



Trabajo Final de Grado

(PIA)

El Divorcio. Ventajas y desventajas en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Carrera: Abogacía

Alumno: Pablo Matías Armocida

Legajo N°: VABG 27034

Resumen

El 1º de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, reemplazando en nuestro ordenamiento jurídico al antiguo Código Civil de Vélez Sarsfield. A partir de entonces se transformó el paradigma del modelo familiar y con ello, todas las instituciones jurídicas reguladas. “Hoy cambian las reglas de juego en la vida cotidiana. Ya nada es igual ante la ley”, publicó -en la fecha señalada- Diario La Nación en el artículo titulado “Entra en vigencia hoy el nuevo Código Civil de la Nación”¹. El divorcio, como solución legal frente al conflicto matrimonial que resulta en la disolución del vínculo, también devino en importantes modificaciones tendientes a lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público. Ejemplo de esto último es la obligación de presentar, junto con la demanda, una propuesta (si se trata de petición unilateral) o de un convenio regulador (si fuera bilateral). Dicho convenio debe contemplar los efectos de la disolución del vínculo y, a partir del nuevo Código, constituye un requisito de admisibilidad de la demanda.-

En el presente trabajo se intentará exponer las ventajas y/o desventajas que acarrear tales modificaciones. Se tendrá en cuenta que si bien lo que se persigue con la nueva regulación es salvaguardar la amplia –no absoluta- autonomía de la voluntad que se ha otorgado a los cónyuges –para regular los efectos jurídicos del matrimonio a través de las llamadas capitulaciones matrimoniales-, y del divorcio en sí –mediante el convenio regulador-, esto no se traduce en una exigencia implícita impuesta a cada cónyuge. En definitiva deberán explicitar cuál o cuáles son los derechos y obligaciones que corresponden ante una situación fáctica que introduce un cambio de tanta trascendencia en sus vidas.-

Palabras Claves:

Divorcio Incausado, Autonomía de la Voluntad, Convenio Regulador, Vía Judicial.-

¹ Link del artículo: <http://www.lanacion.com.ar/1815430-entra-en-vigencia-hoy-el-nuevo-codigo-civil-de-la-nacion>

Abstract.

A On August 1, 2015 the new Civil and Commercial Code of the Argentine Nation came into force replacing in our law system the previous Civil Code drafted by Velez Sarsfield. Since then, the paradigm of the family model has changed, as well as all regulated legal institutions. "Today, the ground rules are different in everyday life. Nothing is equal before the law", La Nación newspaper published in the article entitled "Today, the new Civil Code of the Nation comes into force". Divorce, as a legal solution to the marital conflict which concludes with the dissolution of the bond, also introduced important modifications which try to gain a wider and better balance in the classical tension between the free will of the parties and the public order. An example of the latter is the obligation of submitting, along with the petition for divorce, an offer (if unilateral) or a regulatory agreement (if bilateral). The agreement mentioned must take into account the effects of the dissolution of the bond, and from the new code onwards, it constitutes an admissibility requirement of the petition.-

The current paper attempts to present the advantages and disadvantages of such modifications. It will be taken into consideration that, even though what the new legislation tries to achieve is to preserve the wide –not absolute- free will that was given to the spouses –in order to regulate the legal effects of marriage by means of the so called nuptial agreements- and of the divorce per se –by means of the regulatory agreement-, this cannot be understood as an implicit requirement imposed to each spouse. Ultimately, they must specify the rights and obligations that are applicable to a given situation which leads to such a transcendental change in their lives.-

Key words:

No-fault divorce, free will, regulatory agreement, Judicial means.

Índice

<u>Introducción</u>	Pág. 6
<u>Capítulo I</u> Evolución de la figura del Divorcio	Pág. 10
1. Introducción	Pág. 10
1.1 Breve análisis de la figura del Divorcio.	Pág. 11
1.2 Principios constitucionales fundamentales en los que se resguarda la nueva figura: Art. 14 y Art 19.	Pág. 14
1.3 Nulidad de la renuncia.	Pág. 15
1.4 Concepto y caracterización del Divorcio Art.437.	Pág. 15
1.5 Las causales de disolución del matrimonio.	Pág. 17
1.6 Comparación con la anterior regulación del Código Civil:arts.215 y 229.	Pág. 18
1.7 Conclusión	Pág. 19
<u>Capítulo II:</u> El Divorcio, y su encuadre legal	Pág. 22
2. Introducción	Pág. 22
2.1 El artículo 437 en su redacción originaria. Divorcio y Legitimación.	Pág. 23
2.2. Artículo 438: Requisitos y procedimientos del divorcio.	Pág. 25
2.3 Artículo 439: Convenio Regulador. Contenido.-	Pág. 26
2.4 Artículo 440: Eficacia y modificación del convenio regulador.-	Pág. 27
2.5 Conclusión	Pág. 28
<u>Capítulo III:</u> Los efectos del divorcio	Pág. 30
3. Introducción	Pág. 30
3.1 El orden público matrimonial.	Pág. 31

3.2 Régimen Patrimonial Matrimonial. Breve Análisis del régimen de comunidad de ganancias y régimen de separación de bienes.	Pág. 32
3.3 Los efectos patrimoniales del divorcio: compensación económica familiar, alimentos, atribución de la vivienda familiar.	Pág. 38
3.4 Análisis comparativo entre el Matrimonio y las Uniones convivenciales.	Pág. 40
3.5 Conclusión	Pág. 42
<u>Capítulo IV: Antecedentes Legislativos, Doctrinarios y Jurisprudenciales.</u>	Pág. 44
4. Introducción	Pág. 44
4.1 Antecedentes Legislativos. La postura legislativa que adopta el Código en principios de derechos humanos debidamente receptados por la Constitución Nacional. Requisitos de flexibilidad o facilidad en la presentación de Divorcio.	Pág. 45
4.2 Antecedentes Doctrinarios. Convenio regulador Artículo 439 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Compensación económica Artículo 441 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.	Pág. 50
4.3 Antecedentes Jurisprudenciales.	Pág. 53
4.3.1- "S. R. I. Y OTRO S/ DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO" EXPTE. N°7558. <u>Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, E. Ríos. 06/09/16.</u>	Pág. 53
4.3.2-_"C.F.J. c/ O.S.L. s / Divorcio" Expte. N° 8233. <u>Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, E. Ríos. 13/10/16.</u>	Pág. 54
4.3.3 - "M., R. P. y OTRO S/DIVORCIO" EXPTE. N°7917. <u>Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, E. Ríos. 26/07/16 -</u>	Pág. 54
4.4 Conclusión	Pág. 55
<u>Conclusión final</u>	Pág. 56
<u>Anexos</u>	Pág. 60
<u>Bibliografía</u>	Pág. 76

Introducción.

El objetivo general del presente trabajo es ofrecer una interpretación de las ventajas y desventajas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de Divorcio, analizar los cambios más importantes y el impacto que ha tenido su implementación. En cuanto a los objetivos específicos, se buscará diferenciar la regulación del nuevo Código y sus consecuencias respecto del derogado. Se estudiarán las modificaciones realizadas al Código de Vélez Sarsfield; se indicarán los principios procesales del mismo a través de los efectos de las causales objetivas y subjetivas (que fueron eliminadas a través de la Reforma estableciendo un sistema incausado); se evaluará si la modificación perjudica a algunos de los cónyuges y se analizarán los plazos procesales, entre otras cuestiones. Las preguntas que regirán esta investigación y que definen el problema de investigación son las siguientes: ¿fue pertinente la modificación del Código Civil y Comercial argentino?; ¿cuáles son las ventajas y las desventajas de los cambios introducidos?; los cambios realizados, ¿apuntan a mejorar la vida de los argentinos?-

Una Comisión de Especialistas fue la encargada de redactar el Código Civil y Comercial unificado. Así se estableció mediante el decreto 191 de febrero del año 2011. Entre los propósitos mencionados se solicitó que el texto contemplara los nuevos paradigmas políticos, económicos y filosóficos que permitieran incorporar los derechos consagrados en los últimos tiempos, tales como el Matrimonio Igualitario, la Identidad de Género, entre otros. El nuevo Código dejó atrás el concepto fundacional del derecho privado fuertemente ligado a la concepción liberal, para fortalecer el concepto social del derecho y, en ese contexto, el Estado asume su rol regulador y protector de los habitantes. Por todo ello resulta imprescindible conocer en detalle las modificaciones realizadas y aquí en particular nos interesa la figura del divorcio en la que se ha introducido un cambio fundamental basado en el concepto de autonomía de la voluntad. Nos hemos propuesto ofrecer un texto que incluya una pormenorizada interpretación y un completo análisis -teniendo en cuenta los aportes académicos y especializados que anteceden este trabajo- que permita a todo ciudadano interesado en la temática seleccionada contar con una explicación adecuada y accesible al entendimiento sobre los alcances de la nueva reglamentación.-

Para alcanzar los propósitos antes señalados se trabajará con un marco metodológico descriptivo. Este tipo de estudio busca describir la estructura de los fenómenos y su dinámica a través de técnicas cualitativas principalmente. Por esto mismo y en cuanto a las estrategias metodológicas, se empleará el método cualitativo. Éste encuentra sus fuentes de legitimación en los hechos que permiten una comunicación horizontal entre el sujeto que investiga y lo que se investiga, junto al medio que lo rodea. Permite un conocimiento mucho más profundo y crítico sobre la dimensión normativa y valorativa de lo que se está estudiando.-

Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio (2016, págs. 2-14) explican que en el enfoque cualitativo “los significados se extraen de los datos y no se fundamenta en la estadística”. En cuanto a las bondades de este enfoque destacan que “permite profanidad en las ideas, riqueza interpretativa y contextualiza el fenómeno”. Este tipo de estudio admite la subjetividad, busca describir, comprender e interpretar los fenómenos. El investigador reconoce sus propios valores y creencias e incluso son parte del estudio y ese es el modo en que elegimos proceder. –

A modo de introducción respecto de la figura del divorcio, podemos señalar que el mismo se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno de los cónyuges según lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en su artículo 437². En el derogado Código Civil para solicitar el divorcio se podían alegar causales objetivas o subjetivas. Hasta la puesta en vigencia de la nueva normativa, la forma de presentación del divorcio estaba regulada por dos artículos: el art. 215 que autorizaba la presentación conjunta transcurridos tres años del matrimonio, y con la manifestación al juez de la existencia de causas graves que hacían imposible moralmente la vida en común (conforme a lo dispuesto por el Art. 236 texto según Ley 23515); y el art. 229 que señalaba la vía judicial como la única posibilidad para obtener la sentencia que declare la separación personal o el divorcio vincular. El juez dictaba la sentencia a pedido de uno o de ambos cónyuges.-

² Artículo 437 Código Civil y Comercial de la Nación: Divorcio. Legitimación. “El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”.

Tal como lo explica Herrera, Carmelo, Picasso y Duprat (2015, p.64), el nuevo Código Civil y Comercial establece la figura de un solo tipo de divorcio: el incausado. De esta manera desaparecen las causales objetivas y subjetivas, se elimina la separación personal y los plazos que regían en el derogado Código. A partir de la renovada ley pierde relevancia el tiempo transcurrido desde la celebración del matrimonio para poder solicitar el divorcio por consentimiento mutuo; como así también los plazos de la falta de convivencia que permitían el pedido de separación y divorcio como una causal objetiva, como la tramitación de la doble audiencia.-

La reforma recepta esta evolución doctrinaria y jurisprudencial ampliando el ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia al avanzar con las reformas descriptas. Actualmente la familia ha dejado de ser un centro de imputación afectiva adquiriendo vital relevancia el ser humano integralmente considerado. Es el propio individuo el que elige cómo y con quién vivir.-

En su complejidad, el divorcio presenta discrepancias por lo que se buscará dar un enfoque explicativo, identificando características, requisitos y dificultades. Para abordar la temática en cuestión, el trabajo que aquí se presenta se encuentra dividido en cuatro partes. En el primer capítulo se abordará el desarrollo de la figura del Divorcio como una cuestión general y se presentarán los principios constitucionales en alusión a la temática tratada. En el segundo se ofrecerá un análisis de los articulados del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los requisitos de dicha institución y uno de los puntos centrales: la figura del convenio regulador. En el tercero de los capítulos se tratará el orden público matrimonial, los dos regímenes patrimoniales regulados y los efectos patrimoniales y extrapatrimoniales derivados de la disolución del vínculo. En la cuarta y última parte se abordarán los antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales, adjuntando fallos referidos al tema en cuestión. Asimismo se trabajará la comparación del divorcio con otra de las figuras introducidas por la reforma: la unión convivencial.-

Capítulo I: Evolución de la figura del Divorcio.

1.-Introducción

En simples palabras, el divorcio es la disolución del matrimonio. En términos generales es el proceso que se realiza ante el juez competente para dar término a una unión conyugal. Sin embargo lo que aquí interesa es el modo en que esta figura se adaptó a los tiempos que corren en nuestro país. Actualmente priman los conceptos de autonomía de la voluntad y de igualdad para ambas partes en conflicto, principio constitucional esencial y trascendente en la naturaleza jurídica del divorcio.-

A partir de la puesta en vigencia del nuevo Código el eje está puesto en la voluntad de la persona, en la decisión individual de quien ya no desea estar vinculado con su cónyuge. No deberá demostrar causales objetivas ni subjetivas para probar los efectos en la disolución del vínculo y por ello se lo denomina divorcio incausado. Si uno de los cónyuges no tiene intención de continuar con el matrimonio, será razón suficiente para petitionar su divorcio ante el juez competente.-

Particularmente dos artículos del Código anterior (arts. 215 y 229) que han sido dejados de lado en la nueva normativa, establecían una serie de procedimientos que dificultaban y distorsionaban los plazos para la culminación del matrimonio. A partir de agosto de 2015, solamente basta con que uno de los esposos no desee continuar la unión ya que la presentación se puede realizar de manera individual o conjunta, contando ambas partes con su patrocinio letrado. Estas modificaciones permitieron alcanzar un mejor equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el orden público.-

1.1- Breve análisis de la figura del Divorcio.

Medina G (2012, págs. 6 a 8) expresa que en materia de divorcio las principales novedades del Código Civil y Comercial vigente son las siguientes: se regula la compensación económica, se establece obligatoriamente la necesidad de presentar una propuesta o convenio regulador y se predetermina el régimen y las pautas para la atribución de la vivienda familiar.-

Con esta nueva figura de divorcio incausado ya no es requisito que el matrimonio tenga cierta antigüedad (el derogado código exigía un mínimo de tres años); tampoco se le exige a las partes la presentación de las causales objetivas/subjetivas (que sí eran requeridas en el sistema anterior) para dar lugar a la disolución del vínculo. Con la nueva normativa la petición del divorcio puede ser solicitada por uno o por ambos cónyuges. La voluntad de al menos uno de ellos es suficiente para que se dicte la sentencia del divorcio. Dice Herrera M (2015, p.186) que en la visión contemporánea que prima sobre el divorcio, “la voluntad, la libertad y la autonomía personal juegan un rol determinante” y en el “divorcio incausado que introduce el Código Civil y Comercial” esa visión “encuentra su máxima expresión”.-

Otro de los puntos importantes en esta reforma fue la introducción del convenio o acuerdo regulador a través del cual las partes presentan sus propuestas al Juez contemplando todos los efectos derivados del divorcio. Su incumplimiento impide la tramitación del divorcio. Medina G. (2012, p. 8) lo explica así:

El divorcio puede ser solicitado de manera conjunta o unilateral, en forma similar a la establecida en el Código Civil Español tras la reforma del año 2005 en cuya exposición de motivos se destaca que fue fundado en el libre desarrollo de la personalidad, dando trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge, sin depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, ni de la separación previa, sólo bastando con la expresión exteriorizada mediante la solicitud respectiva.-

Es decir que alcanza con que uno de los esposos no desee continuar con el matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el contrario

pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales.-

En definitiva, de acuerdo a lo establecido en el nuevo Código Civil, el matrimonio se concreta y perdura por la voluntad coincidente de ambos contrayentes, pero si uno de ellos decide poner fin al vínculo cuenta con la facultad de disolver el matrimonio a través del divorcio. Por esta razón se considera que la reforma pone de relieve la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes.-

Por otra parte, se eliminó la figura de la separación personal ya que solo se acepta el divorcio por declaración judicial. Se abandonó la “separación” porque dejó de tener una aplicación práctica relevante precisamente porque ya no se requieren plazos mínimos del vínculo para poder solicitar el divorcio. Así la separación judicial (a la que se acudía cuando no se habían alcanzado los tres años de matrimonio) perdió su razón de ser. Al respecto, Medina G. (2012, p. 8) indica lo siguiente:

El proyecto dejó de lado la separación personal no obstante los reclamos doctrinarios de que se mantuviera como respeto a la libertad de quienes creen en la indisolubilidad del vínculo, sobre todo teniendo en cuenta que es una opción y no una obligación y que la filosofía del proyecto es la del respeto a todas las formas de organización matrimonial.-

Señala Guillermo Borda (h) “tanto se predica y se habla de la importancia de la “democratización de la familia” de la “protección integral de la familia” del “avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia”, que “el proyecto amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio”, que “la injerencia estatal tiene límites”, y sin embargo en contra de todas estas argumentaciones se impide que los cónyuges puedan requerir solamente la separación personal, sin disolución del vínculo. ¿Cuál es la razón? ¿Qué derecho se vulnera al no disolverse el vínculo? ¿Qué razón existe para impedir que los cónyuges se separen, dividan sus bienes, pero mantengan el vínculo matrimonial?, ¿Por qué razones no puede permitírseles mantener su vocación hereditaria o el derecho a recibir

alimentos de por vida si así lo convinieran y que estando divorciados vincularmente no lo pueden hacer?-

En el desarrollo de la figura del divorcio es importante realizar una breve comparación con el matrimonio (Art. 418 Código Civil y Comercial de la Nación)³, requisito indispensable para que se pueda producir el primero. Para que exista matrimonio se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, sin embargo para que el divorcio sea legítimo puede ser peticionado por uno de los contrayentes y ello es suficiente para que el juez dicte la disolución del vínculo. (Art. 437 Código Civil y Comercial de la Nación) -⁴.

³ - Art.418 Código Civil y Comercial de la Nación: “Celebración del matrimonio. El matrimonio debe celebrarse públicamente, con la comparecencia de los futuros cónyuges, por ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de ellos.

Si se celebra en la oficina que corresponde a ese oficial público, se requiere la presencia de dos testigos y las demás formalidades previstas en la ley. El número de testigos se eleva a cuatro si el matrimonio se celebra fuera de esa oficina.

En el acto de la celebración del matrimonio el oficial público da lectura al artículo 431, recibe de cada uno de los contrayentes la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronuncia que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley.

La persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral debe expresar su voluntad por escrito o por cualquier otra manera inequívoca”.

⁴ Art. 437 Código Civil y Comercial de la Nación: Divorcio. Legitimación. “El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”.

1.2- Principios Constitucionales fundamentales en los que se sustenta la nueva figura del divorcio. Artículos 14 y Artículo 19.

Los principios constitucionales en los que se fundamenta el divorcio se encuentran en los Art. 14 y Art. 19 de la Constitución Nacional.-

El Art. 14 establece que:

Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

En el caso específico del divorcio, está directamente relacionado con el derecho de peticionar ante las autoridades, es decir que todo habitante de la Nación goza del derecho de peticionar ante el Juez para que dicte la sentencia de divorcio.-

Por su parte, el artículo 19 de la C.N. indica que:

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

La combinación de ambos artículos constituye la expresión normativa del respeto a la libertad y dignidad de la persona. No son derechos otorgados por el Estado, sino derechos naturales e inalienables que al estar escritos en la C.N. adquieren carácter de derecho positivo.-

Sin embargo, la complejidad de la cuestión aquí analizada radica en la necesidad de equilibrar la autonomía de la voluntad con otros dos principios constitucionales básicos desde la perspectiva de la familia: solidaridad y responsabilidad.-

1.3-Nulidad de la renuncia

El Código Civil y Comercial prohíbe expresamente la posibilidad de celebrar un pacto o convenio que establezca la irrenunciabilidad de petitionar el divorcio. En caso de haberse realizado, se tendrá por no escrita. Más precisamente, el artículo 436 del Código, que rige en materia de familia, establece la prohibición de renunciar al derecho de solicitar el divorcio y la concerniente sanción de nulidad.-

Aquí es dable mencionar que la nueva normativa contempla la posibilidad de que los cónyuges celebren convenciones matrimoniales, pero prevé que la misma solo puede referirse a: la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, la enunciación de las deudas, las donaciones que se hagan entre ellos y la opción que hagan los cónyuges por alguno de los regímenes patrimoniales. Así, toda convención realizada que no verse sobre alguno de los tópicos antes descriptos, se tendrán por no escrita.-

Una vez más vemos como la constitucionalización del derecho de familia se refleja en la legislación de fondo.-

1.4-Conceptos y características del Divorcio: Artículo 437.

Rivera J, Medina G, Esper M. y Velloso (2014, p. 72-73) sostienen que la única vía posible para obtener el divorcio es la vía judicial y que esta es una acción de carácter personal, es decir, solo quienes conforman el matrimonio están legitimados para iniciarlo.-

Tal como se ha mencionado con anterioridad, se da centralidad a la voluntad de las personas cuando ya no desean continuar con el vínculo conyugal y es suficiente la manifestación de dicha decisión a través de la correspondiente solicitud de uno de los esposos para poner fin al matrimonio. La presentación se realiza de forma individual o de manera conjunta y es importante que cada uno de los cónyuges cuente con su propio patrocinio letrado para presentar un único escrito ante el juez. En síntesis, el matrimonio se

celebra y se sostiene por la voluntad de los contrayentes pero cuando esa voluntad -de parte de uno de ellos o de ambos- ya no existe, cualquiera de los integrantes de la pareja puede petitionar la disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio (Rivera J. et al, 2014, p. 72-73).-

El derecho de familia a partir de la reforma del Código ha dado lugar a nuevas miradas principalmente en los cambios repentinos que ha tenido el matrimonio. La solución que brinda el nuevo Código en el divorcio es sin lugar a dudas con base en el diálogo y en el acuerdo. De esta manera se deja de lado la crisis que implicaba el sistema inculpatorio que caracterizaba al Código Civil anterior y que admitía las causales culpables del divorcio.-

De la normativa derogada se criticó el sistema de doble audiencia y el desuso de la figura de la separación personal. Se cuestionó asimismo el rol del juez, quien debía intentar conciliar a ambas partes e investigar las causas que acreditaban los motivos del divorcio obligando a las los cónyuges a comparecer personalmente al Tribunal y manifestar nuevamente su voluntad de no reconciliación. Por ello en la actualidad al establecer el divorcio incausado ya no se mira las causas sino los efectos para resolver de manera inmediata la crisis de la pareja, evitando así, la escalada del conflicto familiar. A esto se suma la agilidad que implican los cortos plazos estipulados, ya que se puede solicitar en cualquier tiempo y en forma conjunta o de manera individual.-

Cabe destacar además que la falta de acuerdo entre los cónyuges acerca de los efectos del divorcio, en ningún caso dilata el dictado de la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial.-

1.5- Las causales de disolución del matrimonio.

En la redacción original del Código Civil la muerte de uno de los cónyuges era la única causal de disolución del vínculo matrimonial que estaba contemplada. Fue la ley 23.515 la que introdujo en nuestro país la posibilidad de solicitar el divorcio vincular, contemplándolo como causal de disolución de la sociedad conyugal. Sobre este punto se introdujeron importantes modificaciones en el nuevo Código.-

El Art. 435 de la normativa vigente establece que el matrimonio se disuelve por: muerte de uno de los cónyuges, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento y divorcio declarado judicialmente.-

En el primer supuesto, la muerte de uno de los cónyuges extingue la mayoría de los efectos del matrimonio, pudiendo el cónyuge superviviente conservar alguno de los derechos adquiridos por el vínculo matrimonial. Por ejemplo, mantiene el derecho a continuar utilizando el apellido del contrayente fallecido, siempre y cuando no contraiga nuevas nupcias o constituya una unión convivencial.-

En cuanto al segundo punto, la sola sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los contrayentes disuelve el vínculo de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial posterior. De esta manera, si el cónyuge declarado ausente reaparece y quisiera continuar con el matrimonio, necesariamente tiene que volver a celebrarse.-

La tercera y última causal de disolución del matrimonio, y la de mayor relevancia para el presente trabajo, es el divorcio declarado judicialmente. Como se ha mencionado con anterioridad, el único divorcio contemplado en la legislación argentina es el divorcio judicial, no siendo regulado el divorcio administrativo.-

1.6-Comparación con la anterior regulación del Código Civil, Artículos 215 y el Artículo 229.

A continuación la propuesta es avanzar en una comparación entre la anterior regulación de los artículos 215 y 229 del Código Civil derogado y el actual Código Civil y Comercial de la Nación.-

El divorcio vincular en el derogado Código Civil requería de la comprobación de la culpa de uno de los cónyuges como causal del divorcio o separación personal. Dos eran los artículos que hacían alusión a la forma de presentación del divorcio. El Art. 215 autorizaba la presentación conjunta, transcurridos tres años del matrimonio, y con la demostración al juez de la existencia de causas graves que hacían imposible la vida en común en el matrimonio. Mientras que el Art. 229 establecía la vía judicial como la única posibilidad para obtener la sentencia que declare la separación personal o el divorcio vincular. El juez dictaba la sentencia a pedido de uno o de ambos cónyuges.-

El Art.215 del Código Civil de Vélez Sarsfield señalaba: “Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236” (Texto según Ley 23515). Este derogado artículo establecía un plazo mínimo de tres años de celebrado el matrimonio para poder petitionar el divorcio y es esta una de las principales diferencias con el actual. El nuevo Código Civil y Comercial coloca por encima del tiempo a la voluntad de uno o de ambos cónyuges.-

En este objetivo de comparar el texto anterior y el actual, también podemos citar el Art. 229 del Código Civil derogado. El texto decía: “No hay separación personal ni divorcio vincular sin sentencia judicial que así lo decrete” (Texto según Ley 23515). El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación conserva la regla de que el juez es el único capacitado para dictaminar el divorcio vincular.-

1.7- Conclusión

En este capítulo se abordaron las principales modificaciones introducidas en la figura del Divorcio a partir de la reforma del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en comparación con el Código Civil de Vélez Sarsfield.-

En el desarrollo de esta primera parte se analizaron las características del divorcio como un sistema incausado, una de las principales modificaciones que introduce el Código en el ámbito de las relaciones familiares. Este concepto que permitió eliminar la separación personal que regía en el derogado Código. Se destacó además la no obligatoriedad de una antigüedad del matrimonio –aspecto que sí establecía el anterior Código Civil- y el predominio de la voluntad de los esposos. Asimismo se aclaró que la disolución debe ser pedida al juez. La figura del magistrado continúa siendo la única autoridad ante la cual se puede solicitar el divorcio, tal como lo establecía ya el Código de Vélez Sarsfield.-

Otro de los puntos tratados en este capítulo fue la eliminación de la culpa de uno de los cónyuges como causal de divorcio. La norma se basó en los principios constitucionales incluidos en el Artículo 14 C.N. donde se expresa que “...todos los habitantes tienen derecho a peticionar ante las autoridades...” y el Artículo 19 C.N. que pone su eje en la libertad individual al afirmar que existe “... la voluntad de realizar todas aquellas cosas que la ley no prohíbe...”.-

En la conclusión del primer capítulo, y a modo de apreciación personal, puedo afirmar que la reforma aplicada en el Código Civil respecto de la figura del divorcio, fue positiva y necesaria. Las modificaciones introducidas permiten una mayor agilidad en la tramitación correspondiente, ya que el derogado articulado se caracterizaba por ser muy rígido y obsoleto. Además, la eliminación de las causales subjetivas del divorcio favorece el mencionado objetivo de la agilidad ya que se evita la compleja tarea de reunir los elementos probatorios necesarios. Pero lo que es más importante aún, contribuye a intentar lograr una resolución pacífica del conflicto. De esta manera se evita someter a las partes al doloroso proceso de tener que exponer los problemas más íntimos de la pareja con el solo objetivo de lograr la disolución del matrimonio. El nuevo Código recupera y coloca en una posición de privilegio principios de derechos humanos debidamente receptados por la

Constitución Nacional y que integran la llamada constitucionalización del Derecho Privado. El principio de libertad, autonomía y desarrollo de la personalidad con solidaridad y responsabilidad son las bases sobre las cuales se construyó la reforma.-

Capítulo II. El Divorcio y su encuadre legal

2. Introducción

La figura del divorcio fue regulada por primera vez en nuestro país por la ley 23.515 del año 1987. Dicha norma permitía que aquellas parejas que estaban separadas de hecho pudieran solicitar el divorcio sin la necesidad del consentimiento de la otra parte pero para ello debía cumplimentar con un requisito ineludible y fundamental para la sentencia: debía demostrar un plazo no inferior al de tres años de separados. En el presente capítulo analizaremos el encuadre legal actual, no sin antes detallar los artículos en su redacción originaria que regulaban el divorcio hasta la modificación del Código Civil y Comercial. Los requisitos, el procedimiento y la incorporación del convenio regulador, también serán materia de análisis.-

En la actualidad el divorcio se encuentra regulado en el Libro II “Relaciones de Familia”, Título I “Matrimonio”, Capítulo 8 “Disolución del matrimonio”. De acuerdo a la norma vigente la disolución del vínculo se puede solicitar por una o ambas partes, sin la necesidad de demostrar las causales de culpabilidad -requisito de la anterior normativa-, así como tampoco se requiere ningún plazo de duración del matrimonio.-

Cabe destacar que la solicitud de divorcio debe estar acompañada del acta matrimonial y de una Propuesta o Convenio Regulador, aspecto que es de suma importancia para la mencionada petición. La normativa actual le otorga la facultad al juez de solicitar a las partes las garantías reales o personales con el fin de establecer la aprobación de este convenio.-

En los fundamentos del Anteproyecto que dieron lugar al Código Civil y Comercial se refiere a la supresión de las causales subjetivas en el divorcio como una “modificación sustancial” y argumenta que “la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso”. El nuevo código en su redacción pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial y en ese contexto la eliminación de las causales subjetivas apunta a un proceso lo menos doloroso posible.-

2.1.- El Artículo 437 en su redacción originaria. Divorcio y legitimación.

El Artículo 437 del nuevo Código Civil y Comercial en su redacción original señala: “El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”. De esta manera se refleja en el articulado un mayor respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Se compatibiliza así el derecho de familia con lo establecido en los tratados de Derechos Humanos de los cuales nuestro país es signatario y cuyo rango constitucional les fue otorgado con la reforma constitucional del año 1994, más precisamente con la incorporación del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna. Previo a estas resoluciones, y bajo el pretexto de considerar las relaciones de familia como una cuestión de orden público, se justificaba la excesiva intromisión del Estado en éste ámbito.-

A partir de la puesta en vigencia del nuevo Código el matrimonio es entendido como una institución voluntariamente elegida por los contrayentes, careciendo de sentido sostenerlo si solamente uno de sus miembros desea continuar con el vínculo. Por esta razón se les otorga la libre determinación de acceder al divorcio ya sin la obligación de presentar causal alguna y sin tener que contar con la conformidad o voluntad de la otra parte. Entonces, en el caso de la constitución del matrimonio se requiere la voluntad de ambos cónyuges para que se pueda hacer efectivo, pero para solicitar la disolución del mismo basta con la voluntad de uno solo de los cónyuges. De todas maneras, a pesar de las modificaciones realizadas se mantiene la necesaria intervención el juez al momento de dictar la disolución del matrimonio. Es la única manera de constituir el estado de divorcio.-

Bossert y Zannoni (2016, págs. 249- 250) ejemplifican la diferencia entre el código anterior y el vigente en materia de divorcio a partir de la comparación entre el divorcio-sanción y el divorcio-remedio. Explican que “la concepción el divorcio-sanción responde a la pregunta: ¿cuál es la causa del conflicto conyugal?; la concepción del divorcio-remedio, responde a esta otra: “¿debe ser el conflicto conyugal causa de divorcio?”. Los autores destacan que es propio de las legislaciones más modernas, el objetivo de hacer prevalecer el concepto de divorcio como remedio “sin investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio”. La reforma llevada a cabo en nuestro país apunta así a evitar que los vínculos familiares se desquicien

por el mismo proceso de divorcio, por las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges.-

Con la nueva normativa desaparecen las audiencias, buscando con esto lograr una mayor agilidad en la tramitación. Pero además se le impide al juez indagar en las presuntas causales del divorcio con el objetivo de reducir los efectos emocionales que la ruptura pudiese producir en el grupo familiar.-

Asimismo, y tal como se ha mencionado anteriormente, la petición de divorcio no se encuentra condicionada por los plazos, pudiendo solicitarse en cualquier momento. Esta determinación –y su inclusión en la normativa vigente- da cuenta de la posición que gran parte de los Tribunales argentinos habían adoptado con anterioridad. En reiteradas oportunidades los jueces se manifestaron a favor de declarar la inconstitucionalidad del requisito del plazo de tres años de matrimonio para la procedencia de la solicitud de divorcio.-

Retomando a Bossert y Zannoni (2016, p. 250) y de acuerdo con la perspectiva del divorcio-remedio:

El concepto de culpa ha sido puesto en crisis. Independientemente de ello, también se lo discute en razón el acierto relativo que puede alcanzar el juez, indagando sobre la culpabilidad en un divorcio, dado que sólo tiene a la vista, para juzgar, los medios de prueba que las partes consiguen aportar.-

A partir de todas estas consideraciones es que considero que el Código Civil y Comercial intenta resolver del modo más pacífico posible el fin del matrimonio, invitando a las partes a adoptar una posición más activa en la resolución del conflicto. En esta nueva modalidad son los cónyuges los que deben presentar una propuesta de solución al juez acerca de los efectos del divorcio y esto permite evitar situaciones más conflictivas. En definitiva son ellos quienes mejor conocen sus necesidades y quienes pueden brindar un acuerdo más efectivo.-

2.2- Artículo 438: Requisitos y procedimientos del divorcio.

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 438⁵ refiere tanto los requisitos como al procedimiento que se debe llevar a cabo para obtener la sentencia del divorcio. En este sentido se destaca que toda petición de divorcio debe estar acompañada por dos documentos esenciales: la partida o acta de matrimonio que acredita la celebración del mismo; y la propuesta de un convenio regulador que, como ya se mencionó, deberá necesariamente establecer el destino de todos y cada uno de los efectos patrimoniales y extrapatrimoniales a partir de la disolución del vínculo.-

La presentación de la propuesta del convenio regulador es un requisito de admisibilidad fundamental y su omisión impide dar curso al proceso de disolución del matrimonio. La oportunidad procesal para introducirlo es al momento de la presentación de la demanda.-

El procedimiento se simplifica notablemente con la nueva normativa de fondo. Si la petición está firmada por ambos cónyuges, el juez simplemente realizará un control de legalidad del mismo, velando por el respeto de los derechos de los integrantes de la familia y homologará el acuerdo sin más trámite. Si, por el contrario, la demanda de divorcio es unilateral, de la propuesta de convenio regulador se correrá traslado a la otra parte. De no existir acuerdo el juez tiene la facultad de celebrar una audiencia con el objetivo de consensuar los puntos en los cuales existan discrepancias. Si pese a ello las partes no logran

⁵ - Artículo 438 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Requisitos y procedimientos del divorcio.” Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que estime pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ninguno de los casos 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”

acordar, el juez resolverá teniendo en cuenta los intereses de los cónyuges y sus hijos, si existiesen.-

Puede ocurrir que las partes no lleguen a un acuerdo acerca de una o varias consecuencias jurídicas del divorcio o que el juez considere que no han aportado elementos probatorios suficientes para fundar sus peticiones. En esos casos el juez tiene la facultad de peticionar de oficio la incorporación de otros elementos que considere necesarios. En ningún caso la falta de acuerdo en el convenio suspenderá el trámite del divorcio, debiendo resolverse las cuestiones litigiosas de acuerdo al procedimiento previsto en la ley local. A modo de ejemplo, si el desacuerdo versa sobre la división de los bienes que integran la comunidad de ganancias, la cuestión bien se podría tramitar como incidente de división de bienes.-

Por último, la audiencia prevista en el nuevo ordenamiento tiene como finalidad el control por parte del juez de que no se ha incurrido en abuso del derecho ni se ha vulnerado el orden público.-

2.3- Artículo 439: Convenio Regulador. Contenido

El Convenio Regulador ostenta un lugar de privilegio en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y está basado en el principio de libertad y autonomía de los cónyuges. Del Artículo 439⁶ es conveniente destacar que la enumeración de las consecuencias jurídicas que se prevén es ejemplificativa, pudiendo las partes acordar acerca de otras cuestiones. Una vez más se refleja en la norma el respeto por la libre voluntad de las partes. En dicha enumeración se menciona la atribución de la vivienda familiar, el ejercicio de la responsabilidad parental, la compensación económica, la distribución de los bienes, entre otras.-

⁶ -Artículo 439 del Código Civil y Comercial de la Nación:” Convenio regulador. Contenido. El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges”.

En el marco del proceso de divorcio y en el contexto del Convenio Regulador pueden presentarse al menos tres posibilidades diferentes: que el divorcio sea peticionado por ambos cónyuges y que acuerden en todos los puntos del convenio; que la petición sea bilateral pero que no exista acuerdo en uno o varios de los efectos; que la demanda sea promovida unilateralmente por lo que, como se ha referido en el punto precedente, se dará traslado de la propuesta a la otra parte, quien puede acordar u ofrecer otra alternativa.-

El convenio debe ser homologado judicialmente pero cabe destacar que dicha homologación no constituye un requisito de validez entre los esposos. Para ellos el convenio resultará válido y tendrá fuerza para obligarlos a cumplir con todo lo allí señalado. La homologación sí constituye un requisito de eficacia y previo a realizarse, se puede exigir el otorgamiento de garantías reales o personales para su efectivo cumplimiento. Asimismo se prevé la posibilidad de una decisión judicial –de acuerdo a la última parte del artículo 438- en caso de existir desacuerdo sobre los efectos del divorcio. El juez también podrá intervenir si el contenido del convenio perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar. En todos los casos, lo acordado judicialmente podrá ser modificado.-

2.4- Artículo 440: Eficacia y modificaciones del convenio regulador.

Constituye un deber del juez el controlar la legalidad del convenio regulador haciendo especial hincapié en la protección de las personas más vulnerables de la familia, como pueden ser los hijos menores de edad del matrimonio. Para ello deberá tener especialmente en cuenta el principio constitucional denominado interés superior del niño.-

El juez tiene la facultad de exigir garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio regulador. En caso de considerarlas necesarias, podrán las partes ofrecer las que estimen importantes, aunque será el juez el que resolverá acerca de su conveniencia. Así, por ejemplo, para el efectivo cumplimiento de un régimen de comunicación del progenitor no conviviente con sus hijos menores de edad, el juez podrá fijar una multa que se impondrá al padre que no cumpla con lo acordado o lo ordenado judicialmente.-

En cuanto a la modificación del convenio regulador, sabido es que las circunstancias fácticas que dieron origen al acuerdo inicial pueden modificarse con el transcurso del tiempo. Por ello se previó la posibilidad de revisarlo y así poder adaptarlo a las nuevas necesidades de la familia. Esta situación puede darse a través de la presentación de una nueva propuesta -la que nuevamente podrá ser presentada unilateral o bilateralmente- y se requerirá de una nueva homologación judicial.-

2.5 Conclusión

En el capítulo segundo se indagó sobre los requisitos que se expresan en el Código Civil y Comercial de la Nación para acceder a la petición de divorcio. Entre ellos se destaca la primacía de la voluntad de las partes, estableciendo ante todo la libre determinación de los cónyuges para solicitar el divorcio. A lo largo del desarrollo del capítulo se explicó que el pedido para poner fin al matrimonio puede ser presentado por uno o ambos esposos y es el juez quien puede dictar dicha petición, sin requerir detalles de las presuntas causales.-

Hemos tratado además el contenido de las nuevas normativas. Se destacó la nueva disposición de no requerir audiencias previas con el fin de lograr una mayor agilidad y economía en la tramitación del divorcio. Asimismo esta modalidad aporta al objetivo de minimizar los efectos negativos que un conflicto familiar produce en sus integrantes.-

Además desarrollamos los aspectos centrales del convenio regulador, documento en el que las partes presentan sus propuestas para un divorcio consensuado en todos sus aspectos. El convenio puede ser presentado por una o por ambas. En el caso de que sea solicitado por uno de los cónyuges, el juez le dará traslado a la otra parte para que presente una contrapropuesta. Finalmente el juez tiene la facultad de exigir el cumplimiento de dicho convenio.-

Lo señalado en este apartado nos permite constatar el aspecto positivo de la reforma realizada en materia de divorcio en el nuevo Código Civil, principalmente en base a los principios constitucionales aplicados.-

Destacamos de esta nueva modalidad el hecho de que la disolución del vínculo pueda ser requerida por la sola voluntad de uno o ambos cónyuges, sin la necesidad de presentar las causales –condición ineludible del antiguo código-, pero con la exigencia para con las partes de presentar una propuesta al juez. De esta manera, a través del acuerdo, se persigue el objetivo de dictar de la forma más equitativa el divorcio para que ninguna de las partes se vea perjudicada. Esto permite además que el proceso sea más ágil y económico en comparación con lo tediosa y costosa que resultaba esta figura bajo la anterior regulación, basada en condicionamientos muchos más estrictos.-

Capítulo III: Los efectos del divorcio

3-Introducción

El desarrollo de la sociedad ha impuesto la necesidad de establecer determinadas pautas para regular las relaciones que surgen entre personas que conviven. La complejidad de la cuestión radica en compatibilizar la autonomía de la voluntad con otros dos principios constitucionales básicos desde la perspectiva de la familia: el de solidaridad y el de responsabilidad.-

Como bien sabemos, el Código Civil de Vélez se abstuvo de regular las relaciones entre convivientes. Gran influencia en ello tuvo el Código de Napoleón cuya premisa establecía: “Si los concubinos prescinden de la ley, la ley prescinde de los concubinos”.-

Sin perjuicio de la falta de regulación, con el transcurso del tiempo se fueron reconociendo diferentes efectos protectorios para los convivientes, como por ejemplo, la protección contra la violencia familiar, régimen de locaciones urbanas, régimen previsional, de trasplantes de órganos, reparación del daño material y moral como consecuencia de la muerte del conviviente, entre otros.-

En el presente capítulo pretendemos analizar las distintas uniones admitidas por nuestro Código, los efectos patrimoniales derivados de las mismas, un análisis comparativo entre ventajas y desventajas con relación al código de Vélez haciendo principal hincapié en que pese a las grandes modificaciones en esta materia existen cuestiones de carácter inmodificable que hacen al orden público y su principal finalidad es, a nuestro criterio, la protección del grupo familiar.-

3.1 El orden público matrimonial.

Graciela Medina (2015, págs.1-7) expresa que la Institución del matrimonio se ha caracterizado por la presencia de la autonomía de la voluntad como una característica inherente a la misma, que con el transcurso del tiempo ha sufrido transformaciones radicales. Y precisamente a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial se puede observar una apertura aún mayor a la autonomía de la voluntad pero al mismo tiempo la preponderancia de normas imperativas y de orden público que no podemos desconocer. En este sentido podemos destacar que en el matrimonio ambos contrayentes ingresan por su libre voluntad pero luego la ley regula la celebración, los efectos y la disolución del mismo.-

Primeramente debemos tener en claro la noción de orden público, siendo una cuestión extremadamente dificultosa en nuestra materia y que ha dado lugar a innumerables discusiones doctrinarias. En este sentido es fundamental tener en claro que se trata de un verdadero límite a la autodeterminación, una auténtica limitación a la esfera individual que tiene como principal finalidad la protección de los individuos y de la sociedad en su conjunto. Al mismo tiempo el orden público funciona como una verdadera limitación a la aplicación del derecho extranjero y así lo expresa nuestro código en su artículo 2600 el cual establece que “las disposiciones del derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales del orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”. Se puede advertir que nuestro código vigente da por sobreentendida la noción de orden público a diferencia del código anterior donde se enumeraba y conceptualizaba el mismo en tres incisos de suma importancia. Ahora en lo que hace al derecho de familia, se puede destacar que su principal finalidad es la protección del interés familiar.-

Ahora bien, en relación al orden público matrimonial se puede decir que se caracteriza por tener una mayor participación y rigurosidad que en otras materias ya que se debe tener presente que es la familia a quien se busca salvaguardar. En ese contexto las partes no pueden pactar contra las reglas establecidas por el ordenamiento y que constituyen las bases de la Intuición del matrimonio. Entre esas reglas podemos mencionar las siguientes:

* Monogamia:

En nuestro país constituye una regla imperativa la celebración del matrimonio entre dos personas, excluyéndose cualquier forma de poligamia contraria al principio de igualdad. En tal sentido se pronuncia el artículo 403 en su inciso d) donde establece que “son impedimentos dirimientes para contraer el matrimonio (...). El matrimonio anterior mientras subsista”.

* Igualdad entre los integrantes del matrimonio:

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 402 de nuestro código vigente, y marca una diferencia con el código derogado el cual no preveía la igualdad entre los cónyuges basándose en una concepción patriarcal respecto de la persona y los bienes del grupo familiar.

* Igualdad entre el matrimonio de personas de igual sexo y las personas heterosexuales:

En nuestro país no solo se consagra la igualdad en la celebración del matrimonio entre personas de igual sexo sino que además la legislación prohíbe tratarlo de manera diferenciada al matrimonio celebrado entre heterosexuales.

3.2 Régimen Patrimonial Matrimonial. Breve Análisis del régimen de comunidad de ganancias y régimen de separación de bienes.

Para comenzar el desarrollo de este tema es importante señalar los caracteres fundamentales del Régimen patrimonial del matrimonio en el código de Vélez, para luego realizar un estudio comparativo con el código vigente.-

Como principales características del Código de Vélez podemos señalar:

* La existencia de un régimen clásico de “comunidad restringida” como régimen legal único, forzoso e inmodificable, compuesto en su totalidad por normas de orden público que como tales no podían ser modificadas por la voluntad de los cónyuges. “Restringida” por que excluía de ella los bienes propios de los que los cónyuges eran

titulares al momento de contraer matrimonio y también los que adquiriesen con posterioridad a título gratuito, por subrogación real con otro bien propio o por causa o título anterior al matrimonio.-

* El régimen de separación de bienes solo procedía en cuatro supuestos de excepción en que se disolvía la sociedad conyugal manteniéndose el vínculo matrimonial.-

* Distinguía entre bienes propios y bienes gananciales.-

* Reglamentaba las convenciones matrimoniales previas al matrimonio y limitadas a los siguientes objetos: inventario de los bienes que cada uno llevaba al matrimonio y acuerdos por los que los futuros esposos se realizaban donaciones por causa del matrimonio.-

* No regulaba el periodo de indivisión post comunitaria. Se regía por las normas de la partición hereditaria.-

En nuestro nuevo Código Civil y Comercial más específicamente en el Título II del libro segundo denominado “Relaciones de familia”, se consagran las normas relativas al “Régimen Patrimonial del matrimonio”. Dividido en tres capítulos se establecen disposiciones generales a la regulación sistémica del régimen de comunidad y el régimen de separación de bienes. En cuanto a la fuente que reconoce el Código Civil y Comercial de la Nación en ese instituto podemos señalar como fuente directa el artículo 438 del proyecto del año 1998 y el 495 del proyecto de 1993.-

Cabe señalar, como apreciación personal, que si bien la autonomía de los particulares se presenta como uno de los paradigmas del Código Civil y Comercial, se puede advertir cómo en esta materia subsisten importantes limitaciones a esa autonomía, por razones de orden público.-

A partir del artículo 446 del código vigente se establecen las “Convenciones Matrimoniales” enumerando taxativamente el objeto de las mismas. Ellos son:

a- Designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio. Constituye una herramienta para evitar cuestiones sobre la calidad propia de los bienes, teniendo especial relevancia en los bienes no registrables. Es así debido a que el Código Civil y Comercial mantiene la presunción de ganancialidad de todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad.-

b- Enunciación de las deudas. Como contrapartida de la enumeración de los bienes, el “inventario de pasivo” facilita la prueba del carácter propio de las obligaciones de los esposos contraídas antes de la celebración del matrimonio.-

c- Donaciones entre los futuros esposos. “Las donaciones por causa de matrimonio son las que se hacen en consideración a éste y antes de celebrarse, a favor de los esposos o de uno de ellos” (Definición del Código Civil de Uruguay art. 1644). El Código Civil de Vélez sólo admitía que el marido hiciera donaciones a la mujer, el nuevo Código no establece distinción de sexo adecuándose a los parámetros establecidos por la ley 26.618. Cabe destacar además que la norma contempla las donaciones realizadas por los esposos entre sí, como así también las donaciones realizadas por terceros a uno de los novios o a ambos. Las donaciones se rigen por las disposiciones relativas al contrato de donación. La donación prenupcial es condicional, su eficacia depende de la celebración y validez del matrimonio.-

d- La opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos. El art. 446, inciso d, del Código Civil y Comercial autoriza a optar por alguno de los dos regímenes regulados: la comunidad de ganancias que opera como régimen supletorio en caso de que nada se haya dicho; y la separación de bienes que es la posibilidad que tienen los cónyuges para regular sus relaciones económicas. Este inciso representa la apertura de la autonomía personal en materia patrimonial y resuelve la dinámica cotidiana de muchas estructuras familiares contemporáneas.-

La enumeración precedente es taxativa debido a que el art. 447 invalida cualquier otro acuerdo ajeno a los cuatro supuestos contemplados por el Código. En consecuencia, no está permitido modificar las reglas establecidas por la ley ni alterar sus efectos.-

Por otro lado es importante tener en claro qué se entiende por “Convenciones matrimoniales”. Zannoni (2006, págs. 488 y sig.) las define como “los pactos entre los cónyuges relativos a los bienes, ya sea adoptando determinado régimen de relaciones patrimoniales que la ley autoriza a convenir, o modificando parcialmente el régimen”.-

A diferencia del derecho comparado, nuestro código no brinda una definición. Tomaremos como ejemplo el caso del Código de Familia de El Salvador. En su artículo 84 expresa:

Son capitulaciones matrimoniales los convenios celebrados para determinar, modificar o sustituir el régimen patrimonial del matrimonio. Los convenios podrán celebrarse antes o después de contraerse el matrimonio, y no podrán contener estipulaciones contrarias a este código y demás leyes de las República.-

En cuando a la ley que les es aplicable se debe tener en cuenta que las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por la ley del primer domicilio conyugal. De esta manera, si un matrimonio celebra una convención matrimonial en el extranjero -en Francia, por ejemplo- y tiene allí su primer domicilio, pero luego se trasladan a la Argentina, el contenido y los alcances de la convención matrimonial se rigen por el derecho francés. Así, para que a las convenciones matrimoniales realizadas con anterioridad al matrimonio les sea aplicable el derecho argentino, es necesario que los cónyuges hayan tenido su primer domicilio en el país.-

Ahora bien, las convenciones matrimoniales realizadas con posterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración. La última parte del art. 2625 del Código Civil y Comercial establece que “en el supuesto de cambio de domicilio a la República los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros”.-

Por último, si bien el contenido de las convenciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio se rige -en principio y siempre que no se viole el orden público internacional- por la ley del primer domicilio conyugal, para su validez formal debe aplicarse la ley del lugar del otorgamiento del acto, por tratarse de un acto jurídico.-

Régimen patrimonial primario

Desde el artículo 455 y sig. el código vigente consagra el denominado “Régimen primario” entendiéndose como el marco normativo común que establece un marco de

protección de interés familiar y de los terceros. Se trata de cuestiones que por razones de equidad y de amparo a la familia y terceros, no están abiertas a la libertad de decisión de los esposos. Integran una plataforma jurídica mínima que rige todos los matrimonios independientemente del régimen de bienes elegido. La libertad e independencia en el actuar quedará limitada en los supuestos comprendidos en ese sistema de base.-

Otra cuestión que vale destacar en cuanto a la forma de las convenciones matrimoniales es que tanto las celebradas antes del matrimonio como las posteriores que modifican el régimen patrimonial, deben realizarse por escritura pública, conforme lo establece el art. 448 y art. 449 de la nueva normativa. La escritura pública es condición de validez de la convención. La falta de este instrumento vicia de nulidad el acto de otorgamiento. Las convenciones matrimoniales pueden modificarse con anterioridad a la celebración del matrimonio, lo que también debe hacerse en escritura pública.-

Los acreedores de los cónyuges tienen derecho a conocer el sistema patrimonial que los rige, pues si uno de los cónyuges contrajo una deuda para conservar o reparar un bien ganancial, el otro también responde con sus bienes propios y con los gananciales. A raíz de esto, el Código Civil y Comercial establece que las convenciones matrimoniales que deciden sobre el régimen patrimonial del matrimonio, no sólo tienen que otorgarse en escritura pública, sino que deben anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Sólo a partir de la anotación marginal en la partida de matrimonio, la convención matrimonial que opte por un régimen o que modifique el vigente, será oponible a los terceros. Además, estas convenciones están sujetas a la celebración del matrimonio, lo que constituye una condición puesto que se trata de un hecho futuro e incierto que puede o no ocurrir.-

El Código Civil y Comercial no estipula un plazo de caducidad de la convención celebrada entre los contrayentes para la celebración del matrimonio. De este modo, si los futuros cónyuges desean dejar sin efecto las convenciones realizadas por ellos deben manifestarlo expresamente con las mismas formalidades exigidas para su realización. De lo contrario, los pactos conservan su fuerza.-

El cambio de régimen debe hacerse mediante escritura pública pero no requiere homologación judicial. El Código Civil y Comercial se aparta así de lo dispuesto por los

Proyectos de 1993 y 1998, donde se requería de homologación judicial como contralor para evitar pactos en contra del interés familiar. La solución prevista prioriza la agilidad del cambio, evita la sobrecarga de los tribunales y salvaguarda los derechos de terceros al establecer el requisito de la escritura pública y la inscripción registral de la misma en el acta de matrimonio como medio de publicidad.-

Régimen de comunidad de ganancias

El Código Civil y Comercial presenta como una de las grandes modificaciones en esta materia la posibilidad de elegir por otro régimen jurídico (Herrera, Caramelo, Picasso y Peracca A., 2015, pag.108 a 110). Desde el artículo 463 y sig. consagra el denominado “Régimen de comunidad”, el cual en el Código de Vélez presentaba las características de ser “único y forzoso”. El nuevo artículo establece que ante la falta de opción o silencio de las partes, rige el régimen de la comunidad. Doctrinariamente se sostiene que la inclinación por esta solución se concretó tras considerar que es el más compatible con la idea de matrimonio como “proyecto de vida en común” y por ende podemos afirmar que se consagra de manera “supletoria”. Es importante destacar como regla fundamental de este régimen que tal como se señala en mencionado artículo, “no puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto en caso de cambio de régimen patrimonial previsto en el artículo 449”. Consideramos esto último verdaderamente acertado teniendo en cuenta que se encuentran involucradas cuestiones que hacen al orden público y por ende no pueden quedar libradas a la voluntad de los particulares.-

Por lo tanto, debemos tener en claro que nuestro código vigente tipifica dos regímenes: el de la comunidad y el de la separación, pudiendo los contrayentes elegir antes del matrimonio e incluso aún después de la celebración del mismo, qué régimen va a regular sus relaciones patrimoniales. Ahora bien, ante el silencio se aplicará el régimen de la comunidad con características similares a lo previsto por el derogado código. Esto supone la exclusión de los bienes que los esposos hayan adquirido antes de la celebración del matrimonio y de los que adquieran con posterioridad por un título que les otorgue el carácter de propio. De esta manera vemos que la denominada “masa común” se conforma por los bienes restantes de modo similar al previsto por Vélez.-

Otra cuestión a tener en cuenta es que el mencionado “Régimen primario” descrito anteriormente se aplica tanto al régimen de la comunidad como al de separación ya que su característica principal es ser “indisponible” para los cónyuges. Una de las principales diferencias que se puede señalar entre el código derogado y el actual, es que el de Vélez daba lugar a silencios normativos en cuestiones inherentes a esta materia mientras que el código vigente presenta reguladas de manera clara y precisa todas las cuestiones que pueden suscitarse en el régimen patrimonial matrimonial no dando lugar a lagunas del derecho.-

3.3 Los efectos patrimoniales del divorcio: compensación económica familiar, alimentos, atribución de la vivienda familiar.

Esta es una de las grandes innovaciones que prevé nuestro código vigente en su artículo 441. Su finalidad principal es “compensar un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura”, es decir, se protege al cónyuge que se ve afectado por estas circunstancias y a nuestro entender significa una gran evolución en el sistema normativo.-

Asimismo el artículo prevé expresamente las distintas formas que pueden adoptar esta compensación y las modalidades de pago. La enumeración no es taxativa ya que en su última parte establece que puede ser de cualquier otro modo que acuerden las partes o determine el juez, otorgando libertad en este aspecto y con el objetivo único de lograr una igualdad de hecho.-

Esta figura solo procede cuando se dan los supuestos previstos en el mencionado artículo. Dichos supuestos deben ser comprobados, lo que no significa que ambos cónyuges puedan acordarlo durante la tramitación de su divorcio. Su fundamento es la “solidaridad matrimonial” y requiere de una necesaria comparación de cómo era la situación del cónyuge afectado antes de contraer su matrimonio y la situación actual, debiendo tener como causal fundamental del perjuicio la incidencia del matrimonio y posterior divorcio.

Lo que caracteriza a la compensación económica es su finalidad: evitar el desequilibrio. Es importante dejar en claro que no requiere la existencia de culpa.-

Como se dijo anteriormente, esta compensación se puede fijar judicialmente (ante la falta de acuerdo de los cónyuges) teniendo en cuenta las distintas circunstancias previstas en el art. 442, y está sujeta a una caducidad en el plazo de seis meses contados desde que se ha dictado la sentencia de divorcio. Cabe aclarar que la enumeración de estas circunstancias es meramente enunciativa cumpliendo una función de orientación.-

Alimentos

El código vigente es claro en el artículo 431 donde expresa: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”. En forma complementaria el artículo 432 indica que “los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria solo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención entre partes”.-

Como vemos se consagra uno de las grandes derechos-deberes que los cónyuges tienen mutuamente. De todos modos es importante destacar que dicho deber de asistencia mutua ya existía en el Código de Vélez.-

El código regula en sus artículos siguientes la fijación de los mismos. Como novedad se destaca la aplicación también en las uniones convivenciales del artículo 455 que establece: “Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar, el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos”.-

Atribución del uso de la vivienda familiar

Otro de los efectos postcese de este modelo de familia consiste en la posibilidad de que se le atribuya a uno de sus integrantes el uso de la vivienda familiar. Esto se da por un tiempo determinado por el juez, el que no podrá ser superior a dos años. Para establecerlo, el juez deberá tener especialmente en cuenta si se tiene hijos menores de edad, con

capacidad restringida o con discapacidad a su cargo y la necesidad extrema de vivienda e imposibilidad de procurársela.-

Esta protección puede ser de dos tipos: atribución de la vivienda propia de uno o ambos integrantes de la pareja o la continuación de la locación del conviviente no locatario hasta el vencimiento del contrato. Cualquiera de los convivientes puede solicitar al juez que, mientras dure la atribución, el inmueble no sea enajenado sin acuerdo expreso de ambos. Para ello es necesaria la inscripción en el registro de propiedad inmueble de la localidad donde se asienta el bien. El conviviente al que no se le atribuye la vivienda le queda solicitar una renta compensatoria por el uso del inmueble, a modo de canon locativo, mientras dure la atribución.-

Como el Código Civil y Comercial le niega al conviviente la vocación hereditaria, se incluyó dentro de los efectos postcese -salvo pacto en contrario- la posibilidad de que el integrante superviviente reclame a los herederos del causante su derecho real gratuito sobre la propiedad que fuera sede del hogar conyugal y propiedad de su ex pareja. Este derecho tampoco es vitalicio sino que no puede superar los dos años. Cumplido ese plazo, los herederos podrán decidir sobre el destino de esa vivienda.-

3.4- Análisis comparativo entre el Matrimonio y las Uniones convivenciales

A modo de síntesis de este capítulo es importante hacer una breve reseña acerca de aquellas características propias de cada institución, a fines de destacar que si bien se ha buscado de cierto modo equiparar en sus efectos las uniones convivenciales con el matrimonio, aún subsisten diferencias consagradas por la legislación vigente pudiendo afirmarse que estas continuarán.

En primer lugar y como hemos intentado reflejar en el desarrollo de este trabajo se puede señalar como a la Institución tradicional del matrimonio se le han suprimido muchos de sus requisitos y se ha innovado en cuestiones que anteriormente eran impensadas. Y

como correlato de esto a las uniones convivenciales se le han agregado numerosas exigencias tal como es el caso de las previstas por el artículo 510⁷ del código vigente.

Respecto de las grandes diferencias existentes entre el matrimonio y las uniones convivenciales podemos mencionar que solo en el primero se pueden adquirir derechos hereditarios y se puede establecer la división de los bienes en el caso de ruptura del vínculo. Estas dos cuestiones no están presentes en las uniones convivenciales donde los convivientes no heredan uno a otro.

Otra particularidad de las uniones convivenciales es la exigencia de mantener la convivencia durante un periodo mayor a los dos años, requisito inexistente en el matrimonio. En caso de divorcio el cónyuge puede solicitar una cuota alimentaria, mientras que el deber de asistencia solo rige durante la unión convivencial más no luego de su cese. Asimismo, las uniones convivenciales no generan parentesco ni la opción de adicionarse el apellido del conviviente.

Estas son algunas de las principales diferencias que reflejan, a nuestro criterio, que si bien a las Uniones Convivenciales se les ha reconocido y otorgado su regulación propia admitiéndoselas como un verdadero fenómeno social, otorgando a una innumerable cantidad de relaciones que se presentaban en la realidad un marco normativo, las diferencias con el matrimonio subsisten y podemos hablar de dos instituciones distintas e independientes.

⁷ - Art. 510 Código Civil y Comercial de la Nación: Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

3.5- Conclusión

A modo de conclusión de este capítulo podemos señalar en primer lugar la importancia de las modificaciones introducidas en la legislación vigente y cómo la misma ha intentado regular los aspectos inherentes al Matrimonio, intentando no dar lugar a lagunas normativas y teniendo en cuenta el particular impacto que dichas modificaciones producen en la organización de los vínculos familiares.

Estas profundas modificaciones significan una evolución en materia legislativa reconociendo derechos – deberes de los cónyuges y, con el reconocimiento de las uniones convivenciales, a los convivientes.

Asimismo es importante destacar que nuestro código vigente otorga un mayor protagonismo de las personas en relación a su patrimonio, otorgándoseles herramientas que les permitan manejar su patrimonio a futuro, tanto es sus vínculos de pareja como a la hora de pensar en su herencia.

Consideramos que la reforma es positiva y que significó un avance preponderante para nuestro país donde basándose en los principios Constitucionales y previstos en los Tratados Internacionales que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN) se reconocen los derechos – deberes de los individuos como verdaderos sujetos de derechos y como tales con capacidad plena para el ejercicio de los mismos, efectivizándose principalmente el principio de igualdad en las relaciones humanas admitiéndose las como un verdadero fenómenos sociales y como tales merecedoras de una regulación normativa.

Capítulo IV: Antecedentes Legislativos, Doctrinarios y Jurisprudenciales.-

4. Introducción

Con el propósito de analizar el marco legal del proceso de divorcio, proponemos a continuación un análisis de los antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales. De esta manera podremos dar cuenta de los cambios efectuados en la forma de llevar a cabo de disolución del vínculo.-

Con lo desarrollado hasta aquí está claro que la nueva figura es un proceso extracontencioso ya que tiene como fin la disolución del vínculo con la presentación del convenio regulador o propuesta. El eje está puesto en lograr el equilibrio de la autonomía de la voluntad y los principios que la rigen.-

La legislación actual se propone lograr un proceso rápido y equilibrado mediante una nueva organización basada en el convenio. Este punto fue necesario para arribar a una efectiva propuesta ante los distintos propósitos que giraban en torno al divorcio. La legislación se aggiornó a los tiempos que corren y en esa adaptación fue que eliminó el requisito de acreditar causales objetivas y subjetivas al momento de solicitar la finalización del vínculo. Aquel requisito establecía la obligación de, por ejemplo, acreditar el adulterio. Este tipo de requerimientos dejaba expedita la vía de daños y perjuicios a las partes, se entorpecía el diálogo y la convivencia familiar durante el transcurso del proceso y aún después de finalizado el mismo.-

A partir de estas consideraciones procedemos a plantear las distintas posturas que han caracterizado las formas de llevar a cabo el divorcio en Argentina y sus evoluciones.-

4.1- Antecedentes Legislativos: La postura legislativa que adopta el Código en principios de derechos humanos debidamente receptados por la Constitución Nacional. Requisitos de flexibilidad o facilidad en la presentación de Divorcio.

Hasta el 1 de agosto de 2015 rigió en nuestro ordenamiento jurídico el antiguo Código Civil de Vélez Sarsfield, con una posterior reforma en 1968 realizada por Dr. Borda por la ley 17.711. Dicho marco normativo se encontraba desactualizado fundamentalmente en el contexto de las relaciones de familia, conculcando incluso normativas de raigambre constitucional como lo es el Art 19 C.N -que reconoce la libertad y la intimidad de toda persona-, y el Art 14 bis -en lo que refiere a la protección de la familia-. Asimismo existieron una serie de normativas anteriores que sin dudas influyeron en la redacción del actual Código Civil y Comercial, más precisamente en lo que respecta al Libro Segundo, Capítulo 8, sobre la disolución del matrimonio.-

El código explicita de manera clara y precisa en los Fundamentos la razón de la modificación sustancial en el régimen del divorcio: la necesidad de pasar de un sistema causado (subjetivo/objetivo) a uno incausado. Ante esta situación se introdujeron cambios de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente al momento de la ruptura.-

Herrera M (2015, p.191) explica la relevancia de los cambios de la siguiente manera:

Lo cierto es que la historia del divorcio en el derecho argentino ha transitado por un camino sinuoso auspiciado por la puesta en crisis de varias de sus normas que tiempo más tarde fueron decretadas inconstitucionales y que esta disociación entre ley y realidad jurídica alcanzó tal magnitud, que la posibilidad o no de divorciarse sin cumplir con los requisitos establecidos por el Código Civil dependía del juez que intervenía en el proceso judicial, es decir, según la postura a la que adhería: apego a la ley y la necesidad de cumplir un plazo mínimo determinado o apego a la perspectiva constitucional-convencional y hacer primar las nociones de libertad, y autonomía y desarrollo personal por sobre la legislación civil.-

La postura legislativa que adoptó el código se inspiró en principios de derechos humanos debidamente receptados por la Constitución Nacional y que integran la llamada

constitucionalización del Derecho Privado, uno de los pilares o cimientos sobre los cuales se construyó la reforma. El principio de libertad, autonomía y desarrollo de la personalidad con solidaridad y responsabilidad, es el equilibrio que campea todo el régimen jurídico en las relaciones de familia. El nuevo texto no obliga a las parejas a divorciarse, eso estaría en abierta violación a la reiterada libertad que pregona el Artículo 19 C.N y tantos instrumentos internacionales de derechos humanos. El matrimonio puede durar todo el tiempo que ambos cónyuges decidan, pero de conformidad con la noción de pluralidad, algunas parejas se separan al poco tiempo de la celebración de las nupcias y éstas también necesitan una solución legal a su problema. De esta manera, un contexto crítico del doble régimen subjetivo-objetivo/causado que admitía la legislación civil se ha alzado con mayor adhesión en los últimos años.-

Siguiendo el criterio analizado anteriormente, cabe destacar la contradicción que existía en cuanto a los plazos y la duración del matrimonio. El artículo 215 autorizaba la presentación conjunta transcurrido tres años y con la manifestación al juez de la existencia de causas graves que imposibilitaban la vida en común; sin embargo bajo el nuevo código se generó una nueva normativa que agiliza el trámite y tiende a evitar los efectos emocionales en el ámbito familiar, privilegiando el interés superior de los hijos que se pueden ver afectados por dicha situación. En tanto, el artículo 229 señalaba la vía judicial como la única posibilidad para obtener la sentencia que declarara el divorcio o la separación personal. Los mencionados artículos -215 y 229- fueron re trabajados y repensados en el nuevo código de manera tal que el pedido de divorcio sirva para poner punto final a la crisis entre los cónyuges y de esta manera facilitar al proceso (Rivera J. et al, 2014, p.72).-

En lo relativo a las causales culpables, Lorenzetti R, Lorenzo M, Lorenzetti P y Herrera M (2014, p.713 a 736) hacen referencia al cuestionamiento de público conocimiento que se ha realizado en el ámbito jurídico como así también en el de la interdisciplina. No sólo el régimen culpable se ha puesto en crisis sino también el objetivo-causado. En este último punto, las vicisitudes no estaban vinculadas solamente al tiempo requerido para la configuración de la causal sino también al tiempo que insumía el proceso. El mismo constaba de dos audiencias entre las cuales no podía haber más de tres meses ni

menos de dos meses de distancia. Así, uno de los primeros precedentes en el que se decretó la inconstitucionalidad del plazo de tres años para solicitar el divorcio vincular estuvo fundado en la causal prevista en el artículo 214, inciso 2°.-

La relectura de las causales de divorcio objetivo pero causado, centrado en el plazo con algunos otros elementos (como la no voluntariedad de unirse o de reconciliación o el convencer al juez de que existen motivos que hacen moralmente imposible la vida en común), también se extendió al plano procedimental al decretarse la inconstitucionalidad del artículo 236 de la legislación civil que establecía dos audiencias para el proceso especial previsto para la causal de los artículos 205 y 215.-

Todas estas declaraciones de inconstitucionalidad se convirtieron en prueba de la puesta en crisis, desde la obligada perspectiva constitucional-internacional, del régimen del divorcio sostenido hasta 2015. Son sabidos los problemas de interpretación y prácticos que trae consigo la declaración de inconstitucionalidad (de parte o de oficio) difusa, ya que ello implica que las causales de divorcio, en este caso las de carácter objetivo, dependen del magistrado que intervenga: es una clara violación de derechos que los justiciables no sepan de antemano cómo se resuelve su conflicto, máxime cuando los divorcios por causales objetivas (separación de hecho sin voluntad de unirse en primer término, seguido de la presentación conjunta) son ampliamente las vías más utilizadas.-

En otras palabras, avances jurisprudenciales como doctrinales para la flexibilización de las causales y los procesos de divorcio mediante la tacha de constitucionalidad de varias normativas que eran pilares en el sistema de divorcio vigente hasta 2015, constituyen la manera más clara y firme de poner en evidencia que ese régimen no podía ser mantenido. Entre esos avances se destaca la eliminación de la audiencia en los procesos previstos por los arts. 204 y 214 inc. 2, y la segunda audiencia en los procesos regulados en los arts. 205, 215 y 236 anteriores; pero ante todo, la posibilidad de cumplir el plazo de separación de hecho durante el trámite del divorcio o incluso cuando el expediente se encuentra en la Alzada. Así, a partir de la reforma nació “una perspectiva bien diferente en materia de divorcio, signada por el pasaje de un fuerte apego a la ley —orden público— hacia una mayor apertura a la libertad —autonomía de la voluntad—; es decir, más a tono con los

principios que emanan del art. 19 de la CN, al entender que el divorcio involucra decisiones que hacen al ámbito privado e íntimo de las personas” (Herrera M, 2015, p.192).-

El código mantiene el divorcio como una figura a la cual se llega mediante el dictado de una sentencia después de un proceso judicial, por varias razones. En primer lugar porque al regularse un único proceso con pautas claras es sencillo y rápido por lo que no habría razones para buscar una mayor flexibilidad o facilidad en el ámbito extrajudicial o administrativo (ante notario o escribano o el Registro Civil). Si antes de la reforma lo que se pretendía era quitar de la órbita de la justicia las peticiones de divorcio aduciendo que en otro ámbito el proceso sería más rápido, el argumento perdió fuerza. En segundo término, porque incluso en algunos supuestos fácticos el divorcio extrajudicial podría ser más lento o verse retrasado en aquellos casos en los que hay hijos, ya que sería siempre necesario la intervención secundaria (conf. art. 103) del Ministerio Público. Por último, porque en la gran mayoría debería tratarse de, al menos, una intervención mixta: administrativa en lo relativo al vínculo jurídico en el que el Registro Civil disuelve el matrimonio y procede a su inscripción, pero también en todos los efectos derivados de tal ruptura: sea que se acuerde y se peticione su homologación pertinente o sea que no se haya arribado a un acuerdo y amerite un tratamiento especial en un proceso propio. Lo cierto es que la justicia debe estar presente y, por lo tanto, esta doble intervención sería más engorrosa e insumiría un mayor tiempo. Esto último es lo que se pretende evitar para que el proceso de divorcio sea lo menos doloroso y estigmatizante posible.-

El régimen de divorcio incausado como sistema único para disolver el vínculo por desavenencia matrimonial es una de las principales modificaciones que introduce el Código en el ámbito de las relaciones familiares. Ésta es una decisión clave para entender a la ley como una herramienta de pacificación y a la vez de prevención al desincentivar disputas en otros ámbitos directamente relacionados como lo son los vínculos parentales o también de parentesco. Esto incluye aquellas situaciones donde un ex cónyuge impide la comunicación con los abuelos u otros familiares.-

Así, tras años en el estudio de las virtudes y los beneficios de la práctica de la mediación, la especialidad y la interdisciplina, sirvieron para poner en crisis sistemas legales rígidos y obsoletos, reconociendo que el Poder Judicial poco puede hacer para

intentar recomponer un vínculo social que los propios protagonistas ya no quieren mantener ni fortalecer. Todos estos avances fueron tenidos en cuenta en la reforma.-

Como última consideración, cabe destacar que incluso antes de la sanción del nuevo Código algunas voces doctrinarias reticentes supieron valorar las virtudes del cambio sustancial que plantea el código en materia de divorcio al adoptar un régimen único incausado. Este nuevo sistema, como lo hacen los sistemas modernos, tienen como vértice a la persona humana y al humanismo como valor supremo (Lorenzetti R et al, 2014, p.713 a 736). Como se dijo, Código Civil y Comercial ya no considera fundamental la existencia de una “causa” –objetiva o subjetiva- para el divorcio y ello está fundado en que las reglas anteriores atentaban contra el principio de libertad y autonomía que la propia Carta Magna protege. Además se ha tenido en cuenta que “plantear causales subjetivas y como se dice ‘sacar los trapitos al sol’ en la justicia, en vez de pacificar relaciones humanas y en especial, las de familia, repotencia y consolida odios, broncas y disputas familiares, abonando un terreno fértil para generar otros conflictos jurídicos como ser violencia familiar, impedimento de contacto (un progenitor que no deja al otro comunicarse con su hijo), contiendas sobre el cuidado de los hijos o resistencias e incumplimientos en la obligación alimentaria para perjudicar, en definitiva, al otro progenitor en su rol de ex cónyuge que aún no se puede despegar” (Herrera M, 2015, p. 193). A partir de dichas consideraciones podemos afirmar el saldo negativo del divorcio causado y la relevancia de las modificaciones introducidas en el nuevo código. Ha quedado demostrado que la justicia no es el ámbito adecuado para analizar el dolor que provoca una ruptura derivada del fracaso matrimonial.-

En síntesis, consideramos que la figura del divorcio incausado y su procedimiento tiene como principal fundamento la conciliación, priorizando a la persona humana como valor supremo y eliminando todo juicio de reproche de un cónyuge a otro. Se reafirma así que el objetivo de la Comisión de Reforma fue priorizar valores, principios y derechos que beneficien el proceso y a brindar una plena autonomía de la voluntad y libertad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado matrimonialmente.-

4.2- Antecedentes Doctrinarios: Convenio regulador Artículo 439 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Compensación económica Artículo 441 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Sin lugar a dudas uno de los grandes logros del nuevo Código Civil y Comercial argentino radica en la adecuación del ordenamiento jurídico interno a los postulados del derecho convencional y así, finalmente, ofrecer un derecho privado constitucionalizado. Ello es más evidente en el ámbito de las relaciones de familia donde la norma se sienta en principios básicos provenientes de los derechos humanos. El mayor despliegue permitido es dentro de la autonomía de la voluntad y, con ello, la capacidad de la regulación de las relaciones de familia. En ese marco a continuación se realizará un recorrido por las diversas alternativas que ofrece el nuevo Código Civil y Comercial.-

Tomando las ideas expresadas por Aón L. y Méndez R. (2016, p.1 a 12), destacamos que la figura del divorcio difiere de lo previsto en el derogado Código en cuanto a su proceso. Tal como hemos explicado con anterioridad, el Código vigente incorpora en materia de aspectos procesales un nuevo régimen de divorcio incausado: ya no se pretende analizar la culpabilidad en la ruptura de la pareja, sino que se trata de un proceso extracontencioso exento de la mediación que establece la ley 26.589.-

Desde el orden público, el artículo 436 del Código Civil y Comercial que rige en materia de familia, establece la prohibición de renunciar al derecho de solicitar el divorcio y la concerniente sanción de nulidad. En cuanto a la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad, uno o ambos cónyuges pueden solicitar su divorcio procurando cuidar los principios generales que rigen en materia de familia: equidad, igualdad, cooperación y solidaridad familiar.-

La autonomía de la voluntad en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial argentino ejerce su rol principal en la decisión de quitar importancia legal a los motivos que llevaron a los cónyuges a decidir el divorcio. Se abandonó así el análisis de sus causas para avanzar a un sistema de divorcio incausado y esto favoreció a una mayor concentración en los efectos que tal decisión provoca en las relaciones de familia. Es por ello que se impone, como requisito de procedencia de la petición de divorcio, la obligación

de efectuar una propuesta (si se trata de petición unilateral) o de un convenio (si fuera bilateral) respecto a sus efectos.-

Belluscio C.A. (2015, p. 150), en su libro “Matrimonio y Divorcio, según el nuevo Código Civil”, realiza un análisis sobre la importancia de tener en cuenta las condiciones económicas y sociales de ambos cónyuges, ya que las mismas no deberán modificarse al momento de producirse la separación:

Lo que se procura con este instituto es que el nivel de vida de los esposos no se vea alterado en relación con el que mantenían durante la convivencia, en virtud de que uno de los cónyuges no puede descender en su condición económica mientras que el otro mantiene idéntica situación que antes del divorcio. Es ajena a toda idea de culpabilidad y ofrece, más bien, los caracteres de una responsabilidad objetiva, estando la cuantía de esta prestación pecuniaria-asistencial sujeta a la discrecionalidad judicial sin tablas determinadas (aun, para aquellos países en que rigen baremos para la determinación judicial de la cuota alimentaria), dada la mutabilidad de circunstancias de cada matrimonio. En definitiva, la llamada prestación compensatoria no constituye un efecto primigenio del divorcio, sino un efecto secundario, eventual, en cuanto a que su apreciación se da en unos casos y en otros no, según concurran en la concreta situación de los esposos los presupuestos de hecho previstos en la norma.-

Retomando a Aón L y Méndez R. (2016, p.1 a 12) podemos expresar que en este sentido se establece que para la admisibilidad del trámite las partes se deben organizar mediante la presentación de un convenio regulador o propuesta. Este aspecto constituye una de las herramientas jurídicas más relevantes que ha mostrado la práctica judicial en materia de divorcio: a partir de esta reforma el objetivo central es que los propios cónyuges puedan arribar a un acuerdo sobre los diferentes efectos que se derivan del divorcio. De todas maneras si no existe acuerdo entre las partes, el dictado de sentencia no se suspende.

El convenio regulador se encuentra revalorizado en el código, ostentando un lugar de privilegio fundado en el principio de libertad y autonomía de los cónyuges. Dicho convenio, como acto jurídico familiar bilateral, puede ser modificado en cualquier momento por los propios cónyuges. Además, tratándose de un acto que debe ser

homologado judicialmente se puede exigir de manera previa el otorgamiento de garantías reales o personales para su efectivo cumplimiento. También, como se dijo anteriormente, se prevé el supuesto de decisión judicial siguiéndose de lo previsto en la última parte del artículo 438. Tal intervención se da 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 y, por ende, el juez no homologó algunas estipulaciones o tales desacuerdos fueron dirimidos en un proceso especial. En todos estos casos, lo acordado o dispuesto judicialmente puede verse modificado de confinidad con la noción de transitoriedad que gira en torno a la gran mayoría de los conflictos que se derivan de las relaciones de familia, en particular del derecho matrimonial.-

En cuanto a la compensación económica, esta norma introduce en nuestro Derecho positivo una institución de gran desarrollo y aceptación en el derecho comparado. En atención a que la noción de culpa ha sido derogada, la compensación económica se funda en una suerte de solidaridad pos conyugal en total consonancia con un régimen de divorcio que no exige expresión de causa alguna. Así, mediante la compensación se intenta evitar que el matrimonio sea causa del enriquecimiento económico de un cónyuge y consecuente empobrecimiento del otro. De este modo, el Código posibilita que los cónyuges acuerden en el convenio regulador o que el juez fije en el proceso una compensación económica. Esta última constituye una valiosa herramienta proactiva para lograr una mayor igualdad real y no sólo formal, tal como pretende el Código en todo su articulado, tomando como eje la protección al más vulnerable o débil. La recepción de esta figura contribuye a que el cónyuge que sufrió un menoscabo económico pueda lograr su independencia económica hacia el futuro, evitando recurrir al pago de alimentos para poder rehacer su vida, con la consecuente estigmatización que éstos podrían generarle (Lorenzetti et al, 2014, p.744 a 765).-

A modo de resumen de este punto, Argeri (2016, p. 1 a 7) expresa que el divorcio continúa siendo del ámbito judicial y el juez interviene con la motivación de uno o ambos cónyuges. La nueva normativa permite un proceso ágil y simple en pos de beneficiar a la familia con sus derechos y obligaciones, y con el principal objetivo de accionar en función del derecho al bienestar garantizado por el Estado.

4.3 Antecedentes Jurisprudenciales

4.3.1- "S. R. I. Y OTRO S/ DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO" EXPTE. N°7558. Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, Entre Ríos. 06/09/2016.—

Análisis del fallo

El mencionado caso de Divorcio por mutuo consentimiento fue analizado e iniciado en aras del derogado código y, teniendo en cuenta el artículo 215, se establecía el plazo de tres años para la presentación conjunta manifestando al juez la existencia de causas graves que hacían imposible la vida en común. La derogación de este artículo favorece a las partes en cuanto a la posibilidad de solicitar el divorcio de forma unilateral o conjunta sin tener que transcurrir dicho plazo y sin tener que verse afectado en el ámbito familiar en virtud de la convivencia pacífica del núcleo familiar. Además, el artículo 236 establecía que una vez presentada la demanda el juez debía llamar a audiencia para procurar conciliar y, como en este caso no se logró la conciliación, el juez fijó una nueva audiencia.

Tras la puesta en vigencia del nuevo código y con todo lo que ello implica, se presentaron las partes junto con una propuesta de convenio a los efectos del divorcio. Este convenio (fijado en el art 439) establece que los cónyuges deben presentar los acuerdos alcanzados en cuestiones relativas a la atribución de vivienda, la distribución de los bienes y las eventuales compensaciones económicas, la responsabilidad parental en especial la prestación de alimentos. Debemos tener en cuenta que la nueva normativa regula un solo tipo de divorcio (el incausado) suprimiendo las causales objetivas- subjetivas, y a partir de ellos se adecua a los tratados y normas internacionales basados en la libertad y la autonomía de la relaciones familiares.

En este fallo el convenio presentado luego de la audiencia del art 438 del nuevo código, las partes no llegaron a un acuerdo pero esto no imposibilitó la sentencia del divorcio. Como consecuencia las partes deberán en su caso concurrir por la vía pertinente. (Ver anexo 1)

4.3.2-“C.F.J. c/ O.S.L. s / Divorcio” Expte. N° 8233. Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, Entre Ríos. 13/10/2016.

Análisis del Fallo:

Este fallo se realizó bajo la normativa del nuevo código y conforme al art. 437 de dicha normativa, el divorcio se decretó judicialmente a petición de ambos o de uno de los cónyuges. Se trata de un proceso dispositivo en los que el juez no puede de oficio disponer la iniciación sino que la parte privada es la que está legitimada para ello. De esta manera se da trascendencia a la voluntad de la persona que no desea seguir vinculado con su cónyuge. Y un aspecto muy importante es que ya no se depende de la demostración de alguna causal o de la separación previa, tampoco del cumplimiento plazo alguno; solamente interesa la expresión de voluntad mediante la solicitud respectiva que deja plasmado el deseo de no continuar con el matrimonio.

En este caso, ambas partes presentaron un convenio regulador, alcanzaron un acuerdo sin objeción alguna y posteriormente se dictó sentencia.- (ver anexo 2)

4.3.3 - "M., R. P. y OTRO S/DIVORCIO" EXPTE. N°7917. Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, Entre Ríos. 26/07/16 -

Análisis del fallo:

En este fallo se establece conforme al nuevo código (en su art. 437) la solicitud del divorcio vincular a petición de una parte quien además presentó una propuesta de convenio respecto a la atribución de la vivienda, distribución de bienes, deberes y derechos de la responsabilidad parental. La propuesta fue aceptada por la otra parte conforme al art. 439 del Código Civil y Comercial.

En este caso se dio una característica que vale destacar: la otra parte no admitió contradicción a la propuesta ni al divorcio y se presentó fuera de término aludiendo cuestiones de salud. De esta manera se aplicó el art. 480 que establece que la anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de

los cónyuges. Por tal motivo este fallo se resolvió con sentencia favorable de divorcio y de propuesta de convenio de la parte actora.- (Ver Anexo 3)

4.4- Conclusión:

A partir de lo visto en el presente capítulo hemos podido realizar un abordaje de la evolución de las normas a través del tiempo y de qué manera se ajustaron a la conducta y las necesidades de la sociedad.-

Se ofrecieron además reflexiones que permiten comprender las principales diferencias con el régimen de disolución matrimonial anterior y la nueva perspectiva con el eje en alcanzar una solución a la conflictiva matrimonial que prevalecía en el régimen anterior. Se analizó de qué manera en el nuevo código se busca brindar una solución a los inconvenientes que eran propios de los procesos de divorcio y cambiar su visión.-

Este cambio de paradigma se subsume en la eliminación de la culpa y los plazos (entre otros), considerando como fin supremo la protección en la familia. En este nuevo proceso no hay necesidad de víctimas ni victimarios para la obtención de asistencia alimentaria posterior al divorcio. Asimismo afirma que por más que exista el divorcio, se procura mantener incólume la familia.-

Del análisis de los antecedentes abordados en este capítulo podemos afirmar que el divorcio incausado ha dado resultados favorables conforme a los fallos estudiados. Los casos incluidos en este apartado fueron rápidos y eficaces, respetando la autonomía de la voluntad, consagrando y valorando principios y derechos que ayudan a mantener la armonía familiar. El juicio de reproche establecido en el anterior código afectaba de alguna manera a la persona humana y perjudicaba en gran medida la conciliación que ahora prima y se prioriza.-

Conclusión Final

Tras haber finalizado el recorrido que implicó el presente trabajo consideramos oportuno dar respuesta a aquellas preguntas que guiaron la investigación y como conclusión principal destacamos que las mencionadas reformas en materia de divorcio eran fundamentales para atender las necesidades propias de una sociedad que atraviesa continuos cambios. A través el análisis realizado podemos afirmar que efectivamente la redacción del nuevo código apuntó a mejorar la vida de los argentinos modificando radicalmente la estructura de la regulación de los vínculos intrafamiliares. Para reforzar esta conclusión basta con tener en cuenta que el código civil que nos regía hasta la reforma había sido redactado en 1869 y claramente los paradigmas sociales cambiaron desde entonces. Fue entonces imprescindible adaptar esos paradigmas a un nuevo contexto social. En los propios fundamentos de la elevación de la Reforma se destacó que hasta entonces “el concepto predominante siempre ha sido el Estado de Derecho, mientras que en la actualidad debe priorizarse el estado Constitucional, social democrático y de derecho, dado que sin la sociedad y sin democracia nunca puede haber derecho. Derecho que debe reflejar los problemas cotidianos que tiene la sociedad”⁸.

Así fue que en octubre de 2014 la Ley 26.994 aprobó el nuevo Código Civil y Comercial unificado que comenzaría a regir a partir del año 2016, pero a través de la sanción de la Ley 27.077 su vigencia se anticipó a partir del 1 de agosto de 2015. Mediante el Decreto 1795/14 el Poder Ejecutivo promulgó la ley y quedaron establecidas modificaciones que desde entonces influyen en las relaciones civiles y comerciales de las personas físicas y de las jurídicas de nuestro país. Los cambios fueron de tal importancia que requieren aún de ciertas evaluaciones. Por ello, este trabajo se propuso reflejar y estudiar las modificaciones introducidas específicamente en la figura del divorcio en el nuevo código a través de un análisis comparativo con el antiguo Código Civil de Vélez Sarsfield. Definitivamente se llevaron a cabo modificaciones relevantes en esta figura

⁸ <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. El Anteproyecto fue redactado por una Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

tendientes a lograr un mejor equilibrio en la tensión siempre existente entre la autonomía de la voluntad y el orden público.

Entre las principales diferencias respecto el derogado código, la nueva normativa se apunta a lograr una mayor armonía en las controversias propias de un proceso de divorcio. De esta manera se avanzó en el objetivo de agilizar el trámite del mismo conforme al principio de economía procesal, a los fines de hacer de este proceso lo más ameno posible en su tramitación. Uno de los cambios más resonantes fue la supresión de la figura de separación personal existente en el código de Vélez. Por esta razón en la actualidad no se requiriere una determinada antigüedad del vínculo como sí se requería en el derogado código: debía ser no menor a los tres años (tal como lo indicaba el art. 215 del código anterior). A partir de la nueva ley perdió relevancia el tiempo transcurrido desde la celebración del matrimonio.

Además resulta clave la eliminación de la culpa, es decir, las partes no se encuentran obligadas a la presentación de las pruebas –causales objetivas o subjetivas- para la petición del divorcio (este era requisito en la norma anterior conforme a lo dispuesto por el Art. 236 según Ley 23515). A partir de la reforma se establece un solo tipo de divorcio que se caracteriza por ser incausado. De esta manera, además de las causas, se elimina la separación personal y los mencionados plazos que establecía la norma anterior.

A partir del nuevo código el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno de los cónyuges. Queda a criterio de la sola voluntad de las partes -ya sea de una o de ambas- para la solicitud de la disolución del vínculo. Esto último se basa en los principios constitucionales expresados en los Arts. 14 (“todos los habitantes tienen derecho a petitionar ante las autoridades...”) y el Art. 19 (que establece “la voluntad de realizar todas aquellas cosas que la ley no prohíbe...”). De todas maneras, y más allá de los cambios introducidos, la disolución del vínculo debe ser pedida al juez. La figura del magistrado continúa siendo la única autoridad ante la cual se puede solicitar el divorcio, tal como lo establecía ya el Código de Vélez Sarsfield. La gran diferencia es que dicha petición puede ser realizada por una o ambas partes de común acuerdo.-

Otras de las alternativas que se destacaron en este trabajo es el no requerimiento de las audiencias previas, procedimiento que en el código anterior era obligatorio. A partir de esta modificación se buscó lograr una mayor agilidad en el proceso y al mismo tiempo reducir los costos de los mismos.

Sin lugar a dudas, el convenio regulador se convirtió en una de las figuras más resonantes de la reforma. A través de la introducción de esta modificación existe la posibilidad de que los cónyuges presenten sus propuestas para así poder lograr la disolución del vínculo de la manera más equitativa posible para que ninguna de las dos partes salga perjudicada. El convenio es un documento que puede ser presentado por una o ambas partes y cuando es solicitado por una de ellas el juez debe hacer traslado a la otra parte con el fin de que esta última presente una contrapropuesta. Es en definitiva el juez el único facultado para exigir el cumplimiento de dicho convenio. Aquí podemos observar -y como ya lo hemos destacado a lo largo del desarrollo del trabajo- que si bien la autonomía de los particulares se presenta como regla del derecho privado y en el código vigente, se puede advertir cómo en esta materia subsisten importantes limitaciones a esa autonomía, por razones de orden público.

Mediante el abordaje de los antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales –con fallos referidos al tema en cuestión- pudimos ahondar en el análisis y la importancia de las modificaciones introducidas. Incluso consideramos clave detallar otra de las figuras introducidas por la reforma, si bien no tiene relación directa con el proceso de divorcio: la unión convivencial. Esta nueva forma de vincularse legalmente presenta ciertas diferencias respecto del matrimonio que son relevantes al momento de comprender el proceso de disolución en su totalidad.

El desarrollo aquí presentado nos permite determinar que el divorcio tal como hoy se conoce, es un proceso extracontencioso ya que se da centralidad al mencionado convenio regulador al momento de llevar a cabo la disolución del vínculo. Esto demuestra que el eje está puesto en lograr el equilibrio de la autonomía de la voluntad y los principios que la rigen. La legislación argentina se aggiornó a los tiempos que corren con la intención de lograr un proceso rápido y equilibrado. Para ello se eliminó el requisito –antes ineludible- de acreditar las causales objetivas y/o subjetivas al momento de solicitar el divorcio. De

esta manera se pasó de un fuerte apego al orden público para apostar a una mayor apertura de la libertad. La disolución del vínculo es una decisión que forma parte del ámbito privado de las personas y por ello se dio centralidad a la autonomía de la voluntad.

.Como síntesis de los temas abordados en este trabajo, destacamos nuevamente que las reformas introducidas en la legislación vigente significan una importante adecuación a la realidad. En la actualidad las relaciones que se suscitan entre las personas encuentran en su mayoría una regulación normativa y en el nuevo código se intenta no dar lugar a lagunas normativas que puedan ser utilizadas arbitrariamente por las partes.

Asimismo es importante destacar, teniendo en cuenta ante todo el impacto que estas reformas producen en los vínculos familiares, el protagonismo otorgado a los integrantes del grupo familiar. Tanto los vínculos surgidos del matrimonio como de las uniones convivenciales son entendidos en un sentido más amplio en comparación con el código de Vélez. Se ha logrado una interesante evolución en materia legislativa reconociendo derechos-deberes de los cónyuges y los convivientes.

Por último, a nuestro entender, la reforma ha arrojado resultados positivos para nuestra sociedad en miras al bien común. Claramente en su redacción se puede advertir la aplicación y efectividad del principio de igualdad entre los distintos miembros de la comunidad, como forma de garantizarles sus derechos. Pero lo que es también trascendental es el objetivo de alcanzar una resolución pacífica del conflicto. El nuevo código permite evitar el sometimiento doloroso de las partes a un proceso que los obligaba a exponer los problemas más íntimos de la pareja. El eje del divorcio incausado está puesto en la conciliación (incluso en relación al patrimonio) dando prioridad a la persona humana como valor supremo y eliminando todo juicio de reproche. Fue este precisamente el objetivo de la Comisión de Reforma: priorizar valores, principios y derechos que beneficien el proceso y a brindar una plena autonomía de la voluntad y libertad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado matrimonialmente. La meta fue alcanzada.

Anexos

Anexo 1:

AUTOS: "S., R. I. Y OTRO S/ DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO"
EXPTE. N°7558. Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, Entre Ríos. 06/09/2016.

Diamante, 6 de Septiembre de 2016.-

Y VISTOS:

Estos autos caratulados "S., R. I. Y OTRO S/ DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO" EXPTE. N°7558, traídos a despacho para dictar sentencia y de cuyas constancias;

RESULTA:

Que a fs. 12/14 se presentan la Dra. S. T. F., como apoderada del Sr. C. M. A. y la Sra. R. I. S., por derecho propio y con patrocinio de la Sra. Defensora de Pobres y Menores, Dra. E. M. P., solicitando se decrete el divorcio vincular de los cónyuges, en virtud de lo dispuesto en el art. 215 CC, vigente al tiempo de la petición.

Que en el acápite de los hechos relatan que contrajeron matrimonio en fecha 22 de noviembre de 1985, en la ciudad de Diamante, provincia de Entre Ríos, acompañando como prueba, copia certificada del acta de matrimonio.

Continúa expresando que de dicha unión nacieron cuatro hijos: O. L. A., el 23/5/1986; S. J. A., el 24/5/1988; E. M. A., el 15/5/1992 y G. N. A., el 2/6/1994 adjuntando las actas respectivas, que acreditan que a la fecha de presentación de la demanda, todos ellos son mayores de edad. Continúan relatando hechos, fundando en derecho y peticionan.

Que a fs. 17, se fija primera audiencia de divorcio, prevista en el art. 236 del CC, la que se celebra según constancias e fs. 18, no arribando las partes a una conciliación y fijándose segunda audiencia.

Que a fs. 19/20, las partes manifiestan su decisión de continuar con el proceso de divorcio.

Que a fs. 21, atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se solicita a las partes adecuen sus pretensiones a la dicha normativa.

Que a fs. 34/35, se presenta la Sra. R. I. S., por derecho propio y con patrocinio letrado de la Dra. E. M. P., Defensora de Pobres y Menores Suplente de esta Jurisdicción, acompañando propuesta de convenio regulador de los efectos del divorcio y acompaña documental.

Que a fs. 39/42, se presenta la Dra. S. T. F. como apoderada del Sr. C. M. A., acompañando propuesta de convenio regulador de los efectos del divorcio.

Que a fs. 43, se ordena correr traslado de la propuesta de la Sra. S. Al Sr. A. y de la propuesta del Sr. A. a la Sra. S.

Que a fs. 44 contesta el traslado el Sr. A.

Que a fs. 48, la Sra. S., solicita se fije audiencia entre las partes y desiste de la prestación alimentaria para la hija G. A. de 21 años.

Que a fs. 49 se fija audiencia y a fs. 50 la Sra. S. solicita se fije nueva fecha de audiencia, atento su imposibilidad de asistir a la señalada en primer término por cuestiones laborales.

Que a fs. 51, se señala nueva fecha de audiencia la que se celebra según constancias de fs. 52, solicitando las partes un cuarto intermedio, a fin de arribar extrajudicialmente a un acuerdo, haciéndose lugar a lo solicitado.

Que a fs. 53, se celebra audiencia, no arribando las partes a un acuerdo.

Que a fs. 54, se corre vista al Ministerio Fiscal, el que dictamina a fs. 55, que es pertinente pasar autos a despacho para resolver.

Que a fs. 56 se llaman autos a sentencia.

CONSIDERANDO:

I.- COMPETENCIA:

Que de conformidad al art. 717 del Código Civil y Comercial de la Nación, "En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta".

En el caso de autos, habiendo denunciado las partes, que el último domicilio conyugal se localizó en la ciudad de Diamante, me declaro competente para entender en el presente.

II.- LEGITIMACION:

Que, a fs. 4 obra agregada copia certificada del acta de matrimonio, donde consta que el mismo se celebró en la ciudad de Diamante, en fecha 22 de noviembre de 1985 y fue anotado bajo Acta N°155, Folio N°89, Tomo 2, del Año 1985, de los libros de la oficina de Diamante.

Que, con dicho extremo queda probada la legitimación de las partes, para solicitar el divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el art. 437 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, la nueva normativa autoriza al juez a decretar el divorcio por petición de uno o ambos cónyuges, habiendo por lo demás -como se sabe-, regulado un solo tipo de divorcio denominado "incausado"; suprimiendo todo tipo de causas -sean objetivas o subjetivas-, como así también los plazos que establecía el antiguo CC, "tanto el que se fijaba desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento como los plazos de falta de convivencia que habilitaban el pedido de separación y divorcio por la causal objetiva, así como el trámite de la doble audiencia". (cfr. "Código Civil y Comercial de la Nación comentado"; Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso Marisa Herrera, Directores, 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 65).-

Fundamenta dicha postura la llamada constitucionalización del derecho de familia lo que significa que nuestro Estado adecúa su normativa interna vigente a la sensible regulación de dicha materia por parte de tratados y normas internacionales, que han reconocido el principio de libertad y autonomía personal en las relaciones familiares. "Por eso, se introducen modificaciones de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente, al momento de la ruptura, de modo que la conclusión pueda realizarse en términos pacíficos, mediante la ayuda de la interdisciplina, la mediación, la especialidad, entre otras, que han colaborado a que las personas entiendan que un buen divorcio contribuye a la paz familiar y social". (CSJN, "S., V. E. y F., M. I.", 05/02/1998, en LL 1998-C- 653, con nota de María Josefa Méndez Costa y en LL 1998-E- 230, con nota de Andrés Gil Domínguez. "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012) (op. cit. pág. 65).-

III- CONVENIO REGULADOR DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO:

Que en autos se ha cumplimentado con el requisito previsto en el art. 438 del CCYCN; y en tal sentido la Sra. S. ha acompañado propuesta de convenio regulador de los efectos del divorcio, haciendo lo propio el Sr. A., a su turno.

Que posteriormente celebrada la audiencia del art. 438 CCYCN, las partes no arriban a un acuerdo respecto a los efectos del divorcio.

Que así las cosas, la norma citada dispone "...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."

Que lo expresado, responde a la necesidad de diferenciar el vínculo matrimonial en sí, de los efectos o consecuencias que se derivan de su ruptura, con lo cual deberá dictarse la sentencia de divorcio, quedando pendiente de resolución judicial en

trámite incidental, aquellas cuestiones sobre las cuales no se haya arribado a un acuerdo, con total independencia de la disolución del matrimonio por el divorcio.

Que en el presente caso, se configura este supuesto y no habiendo acuerdo entre partes, deberán en su caso ocurrir las partes por la vía pertinente, para hacer valer sus pretensiones.

IV.- MOMENTO DE LA EXTINCIÓN:

Que habiéndose iniciado el presente un trámite de divorcio por ambas partes, corresponde se decrete la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la petición de la demanda - esto es el 21 de mayo de 2015 - según constancias de fs. 14 y conforme lo dispone el art. 480 CCYCN.

V.- COSTAS:

Que ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se prevé solo el divorcio incausado, con lo que en sentido estricto no habría parte ganadora ni perdedora, y siendo que se trata además, de un supuesto de resolución judicial necesaria para el reconocimiento de derechos, pues los cónyuges, para obtener el divorcio vincular, se encuentran obligados a someter la cuestión a decisión judicial, de conformidad al art. 435 del CCYCN, entiendo que las costas deben imponerse por su orden.

Por todo ello y lo dictaminado por el Ministerio Fiscal;

FALLO:

1).- HACER LUGAR a la demanda de fs. 12/14, adecuada a fs. 34/35; 39/42, y en consecuencia DECRETAR EL DIVORCIO VINCULAR de R. I. S., DNI xxx y C. M. A., DNI xxx, casados entre sí mediante matrimonio celebrado la ciudad de Diamante, Departamento Diamante, Provincia de Entre Ríos, el día 22 de Noviembre de 1985, y anotado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del lugar de su celebración en Acta N°155, Folio N°89, Tomo N° 2, del Año 1985, de conformidad a lo establecido por el art. 437 ss. y cc del Código Civil y Comercial de la Nación, declarando

disuelta la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la petición conjunta de la demanda, esto es el 21 de mayo de 2015, de conformidad al art. 480 CCYCN.-

2).-COSTAS por su orden.

3).-REGULAR los honorarios profesionales de la Dra. S. T. F. en la suma de PESOS: DIEZ MIL OCHOCIENTOS C/00/100 (\$10.800,00) -40j- con un valor unitario del jurista de \$270, y conforme arts. 1, 3, 5, 12 y 58 párrafo la ley N° 7046; sin regulación de honorarios de la Dra. E. M. P., atento a su patrocinio como Defensora de Pobres y Menores de la Jurisdicción.

4).- FIRME que este la presente, líbrese oficio a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia, con transcripción del Punto 1°) de este resolutorio, a los efectos de la anotación marginal pertinente.-

Notifíquese, regístrese y oportunamente, archívese.

Dra. ANA C. QUINTEROS FAGETTI

Jueza Suplente de Familia y Penal de Niños

y Adolescentes de Diamante

Registrado:

Dra. Julieta Gherardi

Secretaria Suplente

Anexo 2:

“C.F.J. c/ O.S.L. s / Divorcio” Expte. N° 8233. Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, Entre Ríos. 13/10/2016.

Diamante, 13 de Octubre de 2016.-

VISTOS:

Estos autos traídos a despacho para dictar sentencia, de los que;

RESULTA:

Que a fs. 8/9, se presenta el Sr. F. J. C. y la Sra. S. L. O., con el patrocinio letrado del Dr. L. S. L., Defensor Multifuero N°1 Auxiliar - Suplente- solicitando se decrete el divorcio vincular de ambos en virtud de lo dispuesto por el artículo 437 del CCYCN.

Que en el acápite de los hechos relatan que contrajeron matrimonio en fecha 7 de diciembre de 2006, en la ciudad de Diamante, acompañando para su prueba el acta respectiva. De dicha unión nació su único hijo llamado A. J. O. C., en fecha 16 de enero del año 2002.

Continúan expresando que diferentes circunstancias tornaron imposible la vida en común, y atento a que la ley actual no considera necesario exponerlas, se las reservan.

Seguidamente acompañan propuesta de convenio regulador de los efectos del divorcio, denuncian capacidad económica, acompañan prueba, fijan competencia y peticionan.

Que a fs. 11, emite dictamen el Ministerio Pupilar, que entiende cumplimentados los requisitos del art. 437 y sgtes. del CCYCN, no teniendo objeciones que manifestar al convenio regulador presentado, pudiendo pasar autos a resolver previa vista al Ministerio Fiscal.

Que a fs. 12, dictamina el Agente Fiscal, que habiéndose acreditado la identidad de las partes, y el matrimonio celebrado entre F. J. C. y S. L. O., - cfr. fs. 1- y

acompañado propuesta reguladora de los efectos del divorcio, - fs. 8 vta.- entiende que es pertinente decretar el divorcio tal como se impetra, conforme lo previsto en los arts. 437, sptes y conc. del nuevo Código Civil y Comercial, debiendo pasar los autos a despacho para resolver.

Que a fs. 13, se llaman autos a sentencia.

CONSIDERANDO:

I.- COMPETENCIA:

Que de conformidad al art. 717 del Código Civil y Comercial de la Nación, "En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta".

En el caso de autos, habiendo denunciado los cónyuges, que el último domicilio conyugal se localizó en la ciudad de Diamante, y habiéndose constatado además que ambos tienen domicilio en esta ciudad, conf. fs. 3/4, me declaro competente para entender en el presente.

II.- LEGITIMACION:

Que, a fs. 1 obra agregada copia certificada del acta de matrimonio, donde consta que el mismo se celebró en la ciudad de Diamante, en fecha 7 de diciembre de 2006 y fue anotado bajo Acta N°58, Folio N°58, Tomo 1, del Año 2006, de los libros de la oficina de Diamante.

Que, con dicho extremo queda probada la legitimación del Sr. F. J. C. y del Sra. S. L. O., para iniciar el presente trámite conforme lo dispuesto en el art. 437 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, la nueva normativa autoriza al juez a decretar el divorcio por petición de uno o ambos cónyuges, habiendo por lo demás -como se sabe-, regulado un solo tipo de divorcio denominado "incausado"; suprimiendo todo tipo de causas -sean objetivas

o subjetivas-, como así también los plazos que establecía el antiguo CC, "tanto el que se fijaba desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento como los plazos de falta de convivencia que habilitaban el pedido de separación y divorcio por la causal objetiva, así como el trámite de la doble audiencia". (cfr. "Código Civil y Comercial de la Nación comentado"; Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso Marisa Herrera, Directores, 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 65).-

Fundamenta dicha postura la llamada constitucionalización del derecho de familia lo que significa que nuestro Estado adecúa su normativa interna vigente a la sensible regulación de dicha materia por parte de tratados y normas internacionales, que han reconocido el principio de libertad y autonomía personal en las relaciones familiares. "Por eso, se introducen modificaciones de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente, al momento de la ruptura, de modo que la conclusión pueda realizarse en términos pacíficos, mediante la ayuda de la interdisciplina, la mediación, la especialidad, entre otras, que han colaborado a que las personas entiendan que un buen divorcio contribuye a la paz familiar y social". (CSJN, "S., V. E. y F., M. I.", 05/02/1998, en LL 1998-C- 653, con nota de María Josefa Méndez Costa y en LL 1998-E- 230, con nota de Andrés Gil Domínguez. "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012) (op. cit. pág. 65).-

III- CONVENIO REGULADOR DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO:

Que en autos se ha cumplimentado con el requisito previsto en el art. 438 del CCYCN; y en tal sentido se ha acompañado propuesta de convenio regulador de los efectos del divorcio, solicitado su homologación. En tal sentido, han acordado sobre lo siguiente:

- 1) Atribución del Hogar Conyugal: que no poseen inmueble de su propiedad, sede del hogar conyugal;
- 2) Distribución de Bienes: que no son titulares de ningún bien inmueble, ni muebles registrables, y los bienes muebles que poseían al momento de la convivencia ya han sido distribuidos entre ambos de común acuerdo al momento de la separación de hecho;
- 3) Cuidado Personal del hijo de ambos: que en la actualidad es ejercido por la madre, Sra.

S. L. O.; 4) Régimen de Comunicación: se acuerda un amplio, a favor del Sr. C., con una buena comunicación entre los progenitores; 5) Alimentos: el Sr. C. abonará una cuota alimentaria de pesos quinientos (\$500,00) en favor del menor, dicho importe será depositado en una cuenta judicial que se abrirá a tal efecto en el Nuevo Banco de Entre Ríos, Suc. Diamante, en favor de la Sra. O.

Con lo cual encuentro cumplimentado el recaudo legal, y con dictamen favorable de ambos Ministerios Públicos, procedente su homologación.

IV.- MOMENTO DE LA EXTINCIÓN:

Que siendo el presente un trámite de divorcio solicitado por ambos cónyuges, corresponde se decrete la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la petición conjunta- esto es el 9 de Junio de 2016 - según constancias de fs. 9 y vta. y conforme lo dispone el art. 480 CCYCN.

V.- COSTAS:

Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Orgánica del Ministerio Público de Entre Ríos -intervención del Sr. Defensor de Pobres y Menores de la Jurisdicción-, impongo las costas, en el orden causado.-

La intervención del Sr. Defensor de Pobres como patrocinante de las partes, no impide que se impongan las costas en la forma indicada, ya que: ..."La carga de las costas recae sobre las partes, las que deben imponerse o distribuirse conforme las reglas procesales (arts. 68 y concs., Cód. Procesal); por lo tanto no cabe hacer distinción alguna según que la parte concurra al proceso asistida por apoderado o patrocinante particular o lo haga asistida por un representante del Ministerio Público, sea éste el Asesor de Menores o el Defensor de Pobres y Ausentes. En otros términos, la forma en que es representada la parte carece de incidencia sobre la carga de las costas procesales"... (sic cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 21/12/1993 M., S. I. c. F., E. A. DJ 1994-2, 34, fuente La Ley Online).-

Por todo ello y lo dictaminado por el Ministerio Fiscal;

Por todo ello;

FALLO:

1) HACER LUGAR a la demanda de fs. 8/9, promovida por F. J. C., D.N.I. N° xxx y S. L. O., D.N.I. N° xxx y, en consecuencia, DECRETAR EL DIVORCIO VINCULAR de ambos, casados entre sí mediante matrimonio celebrado la ciudad de Diamante, Provincia de Entre Ríos, el día 7 de Diciembre del año 2006, y anotado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del lugar de su celebración en acta N° 58, Folio N°58, Tomo 1, del año 2006, art. 437 del Código Civil y Comercial, declarando disuelta la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de petición conjunta, o sea el 9 de junio de 2016 (art. 480 CCYCN).-

2) HOMOLOGAR el convenio regulador de los efectos del divorcio acompañado por las partes, debiendo adjuntar copia digital, en cumplimiento de lo dispuesto por Acuerdo General STJ, N°20/09, punto. 7.-

3) IMPONER las costas por su orden.-

4) FIRME que este la presente, líbrese oficio a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia, con transcripción del Punto 1°) de este resolutorio, a los efectos de la anotación marginal pertinente.

Notifíquese, regístrese y oportunamente, archívese.

Dra. ANA C. QUINTEROS FAGETTI

Jueza Suplente de Familia y Penal de Niños

y Adolescentes de Diamante

Registrado:

Dra. Julieta Gherardi

Secretaria Suplente

Anexo 3:

"M., R. P. y OTRO S/DIVORCIO" EXPTE. N°7917. Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, Entre Ríos. 26/07/16 -

Diamante, 28 de Julio de 2016.-

Y VISTOS:

Estos autos caratulados "M. R. P. y OTRO S/DIVORCIO" EXPTE. N°7917, traídos a despacho para dictar sentencia y de cuyas constancias;

RESULTA:

Que a fs. 7/8 se presenta la Sra. R. P. M. por derecho propio y con patrocinio letrado de la Dra. E. M. P., en su carácter de Defensor Multifuero N°1, Suplente de esta Jurisdicción, solicitando se decrete el divorcio vincular respecto de su cónyuge H. A. A., en virtud de lo dispuesto en el 437 y sgts. del CCYCN.

Que en el acápite de los hechos relata que contrajeron matrimonio en fecha 30 de Julio de 1962, en la ciudad de Diamante, provincia de Entre Ríos. Que, de dicha unión nacieron cuatro hijos, M. R. A. el 25/6/1961; H. H. A., el 11/11/1962; O. E. A., el 23/2/1968 y N. A. A., el 6/7/1969, acompañando como prueba copia certificada de la libreta de familia.-

Continúa expresando que diferentes circunstancias tornaron imposible la vida en común y atento a que la ley actual no considera necesario exponerlas, se las reserva.

Manifiesta respecto a la propuesta de convenio regulador de los efectos del divorcio, que no poseen bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, y que los bienes muebles que poseían al momento de la convivencia, ya han sido distribuidos entre ambos, de común acuerdo, al momento de la separación de hecho; asimismo manifiesta que todos sus hijos son actualmente mayores de edad, por lo que no corresponde se regule ni cuidado personal, ni régimen de comunicación, ni alimentos. Funda en derecho, acompaña prueba documental, fija competencia y peticiona.

Que a fs. 9, se corre traslado de la demanda al Sr. A., H. A., quien se notifica a fs. 12.

Que vencido el plazo de ley, no contesta el traslado el demandado.

Que a fs. 17 dictamina el Ministerio Fiscal, expresando que entiende pertinente decretar el divorcio interesado.-

Que a fs. 19, se presenta el Sr. A., H. A. por derecho propio y con patrocinio letrado de la Dra. E. M. P., Defensora Multifuero N°1, y manifiesta que si bien la contestación es fuera de término, porque cuando recibió la cédula se encontraba internado, la voluntad del mismo es que se decrete el divorcio tal como lo petitiona la Sra. M., haciendo saber su imposibilidad de asistir a cualquier audiencia que se fije porque se encuentra con su salud muy deteriorada, movilizándose con mochila de oxígeno y andador.

Que a fs. 20, se tiene presente lo manifestado por el Sr. A., y se ordena pasen autos a despacho para dictar sentencia.

CONSIDERANDO:

I.- COMPETENCIA:

Que de conformidad al art. 717 del Código Civil y Comercial de la Nación, "En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta".

En el caso de autos, habiendo expresado la actora en el capítulo VI - COMPETENCIA - que el último domicilio conyugal se ubicó en la ciudad de Diamante, dato que no fue desmentido por el Sr. A., al momento de su presentación, me declaro competente para entender en el presente.

II.- LEGITIMACION:

Que, a fs. 2/6 obran agregadas copias certificadas de la Libreta de Familia, donde consta que el matrimonio se celebró en la ciudad de Diamante, en fecha 30 de Julio de 1962, y fue anotado bajo Acta N°100, Folio 100, del Año 1962, de los libros de la oficina de Diamante; como así también se acredita con dicho instrumento, el nacimiento de los cuatro hijos del matrimonio.-

Que, con dicho extremo queda probada la legitimación de la actora para iniciar el presente trámite conforme lo dispuesto en el art. 437 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, la nueva normativa autoriza al juez a decretar el divorcio por petición de uno o ambos cónyuges, habiendo por lo demás -como se sabe-, regulado un solo tipo de divorcio denominado "incausado"; suprimiendo todo tipo de causas -sean objetivas o subjetivas-, como así también los plazos que establecía el antiguo CC, "tanto el que se fijaba desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento como los plazos de falta de convivencia que habilitaban el pedido de separación y divorcio por la causal objetiva, así como el trámite de la doble audiencia". (cfr. "Código Civil y Comercial de la Nación comentado"; Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso Marisa Herrera, Directores, 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 65).-

Fundamenta dicha postura la llamada constitucionalización del derecho de familia lo que significa que nuestro Estado adecúa su normativa interna vigente a la sensible regulación de dicha materia por parte de tratados y normas internacionales, que han reconocido el principio de libertad y autonomía personal en las relaciones familiares. "Por eso, se introducen modificaciones de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente, al momento de la ruptura, de modo que la conclusión pueda realizarse en términos pacíficos, mediante la ayuda de la interdisciplina, la mediación, la especialidad, entre otras, que han colaborado a que las personas entiendan que un buen divorcio contribuye a la paz familiar y social". (CSJN, "S., V. E. y F., M. I.", 05/02/1998, en LL 1998-C- 653, con nota de María Josefa Méndez Costa y en LL 1998-E- 230, con nota de Andrés Gil Domínguez. "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la

Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012) (op. cit. pág. 65).-

Que no obstante lo señalado, al presentarse el demandado extemporáneamente a fs. 19, manifiesta su voluntad de divorciarse de la Sra. M., pudiendo advertir la suscripta que a pesar de que su escrito no constituye una contestación de demanda desde el punto de vista formal, el mismo se allana a la petición de divorcio.

III- CONVENIO REGULADOR DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO:

Que en autos se ha cumplimentado con el requisito previsto en el art. 438 del CCYCN, en cuanto a que la actora ha manifestado que atento la inexistencia de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal y a que sus hijos son mayores de edad - lo que se acredita a fs. 3/6- no corresponde regular los efectos derivados del divorcio, lo que no fue objetado por el Sr. A., al momento de su presentación.

Con lo cual estimo cumplido el requisito legal aludido.

IV.- MOMENTO DE LA EXTINCIÓN:

Que la actora no hace referencia a la fecha en que concretaron la separación de hecho, dato que tampoco fue aportado por el demandado en su presentación, por lo cual corresponde se decrete la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda, conforme lo dispone el art. 480 CCYCN.

V.- COSTAS:

La intervención del Sr. Defensor de Pobres como patrocinante de los cónyuges, no impide que se impongan las costas por su orden, ya que: ..."La carga de las costas recae sobre las partes, las que deben imponerse o distribuirse conforme las reglas procesales (arts. 68 y cons., Cód. Procesal); por lo tanto no cabe hacer distinción alguna según que la parte concurra al proceso asistida por apoderado o patrocinante particular o lo haga asistida por un representante del Ministerio Público, sea éste el Asesor de Menores o el Defensor de Pobres y Ausentes. En otros términos, la forma en que es representada la parte carece de incidencia sobre la carga de las costas procesales"... (sic cfr. Suprema Corte

de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 21/12/1993 M., S. I. c. F., E. A. DJ 1994-2, 34, fuente La Ley Online).-

Por todo ello y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal;

FALLO:

1).- HACER LUGAR a la demanda de fs. 7/8 y en consecuencia, DECRETAR EL DIVORCIO VINCULAR de R. P. M., DNI N° xxx y H. A. A. DNI N° xxx, casados entre sí mediante matrimonio celebrado en la ciudad de Diamante, Provincia de Entre Ríos, el día 30 de Julio de 1962, y anotado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del lugar de su celebración en Acta N° 100, Folio N° 100, del Año 1962, de conformidad a lo establecido por el art. 437 ss. y cc del Código Civil y Comercial de la Nación, declarando disuelta la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda, esto es el 9 de marzo de 2016 (art. 480 del Código Civil y Comercial de la Nación).-

2).- IMPONER las costas por su orden.-

3).- FIRME que este la presente, líbrese oficio a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia, con transcripción del Punto 1° de este resolutorio, a los efectos de la anotación marginal pertinente.

Notifíquese, regístrese y oportunamente, archívese.

Dra. ANA C. QUINTEROS FAGETTI

Jueza Suplente de Familia y Penal de Niños

y Adolescentes de Diamante

Registrado:

Julieta Gherardi

Secretaria Suplente

Bibliografía

Legislación

- Código Civil de la Nación.
- Constitución Nacional Argentina.
- Ley 17711; año 1968 dictada por el Dr. G. Borda.-
- Ley 26061; Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.-
- Ley 26618; Matrimonio Civil.-
- Ley 26994.-
- Código Civil y Comercial de la Nación.

Doctrina

-Belluscio, C.A. (2015); *“Matrimonio y Divorcio según el nuevo Código Civil y Comercial”*; Buenos Aires: Editorial García – Alfonso.-

-Belluscio, C.A (2015); *“Uniones Convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial”*; Buenos Aires; Editorial García –Alfonso.

-Belluscio, C.A (2015); *“Alimentos según el nuevo Código Civil y Comercial”*; Buenos Aires: Editorial García – Alfonso.-

-Belluscio, C.A. (2016); *“Cuidado personal (tenencia) según el nuevo Código Civil y Comercial”*; Buenos Aires: Editorial García – Alfonso.-

-Belluscio C.A. (2016); *“Práctica del Divorcio según el nuevo Código Civil y Comercial”*; Buenos Aires: Editorial García – Alfonso.-

- Borda G. (1993); *“Tratado de Derecho Civil – Familia- Tomo I”*; Córdoba; Editorial AbeledoPerrot.-

- Bossert G y Zannoni E. (2016); *“Manual de Derecho de Familia – 7º Edición actualizada y ampliada-”*; Buenos Aires – Bogota – Porto Alegre; Editorial Astrea.-

-D' Antonio, D. H. (2010). *Convención sobre los derechos del niño*; Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Fleitas Ortiz de Rosas A y Roveda E, (2009); *“Manual de Derecho de Familia – 2º Edición”*; Buenos Aires; Editorial Abeledo Perrot.-

-Gherzi C. y Weingarten C. Directores; Battaglia M.C Comentarios; (2014): *“Código Civil y Comercial de la Nación, Análisis Jurisprudencial Comentado, Concordato y Anotado”*; Tomo II, Libro Segundo, Art. 299 a 723; Rosario, Santa Fe; Editorial Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L.

-Graham, M. y Herrera, M. (2014) *“Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea.”* -1a Edición-, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus.

-Herrera, M. (2015): *“Manual de Derecho de las Familias”*, Buenos Aires. Compartido por: Walter Gonzalves – FD – UNCuyo en http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/Manual_de_Derecho_de_Las_Familias.pdf

-Herrera M., Caramelo G. y Picasso, S. Directores; Peracca A, Duprat C. Comentarios (2015): *“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”*; Tomo II, Libro Segundo Art. 401 a 723; Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

-Krasnow, A. N. Director; Rosana Di Tullio Budassi, Elena Radyk Coordinadores (2015). *“Tratado de derecho de familia”*; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial La Ley.

-Lorenzetti, R.L., Lorenzo, M.F. y Lorenzetti, P. Directores; Herrera M. Comentarios; (2015): *“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”*; Tomo II; Libro Segundo, Art.401 a 723; Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.

-Rivera J.C, Medina G. Directores; Esper M.Coordinador; Velloso S. Comentarios; (2014): *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo II; Libro Segundo, Art.401 a 723*; Buenos Aires: Editorial La Ley.

- Zannoni, Eduardo A., (2006);” *Derecho Civil. Derecho de Familia*”, 5ª ed., Buenos Aires, t. 1, Editorial: Astrea.-

Jurisprudencia

-“S. R. I. Y OTRO S/ DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO" EXPTE. N°7558. Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, Entre Ríos. 06/09/2016.-

- “C.F.J. c/ O.S.L. s / Divorcio” Expte. N° 8233. Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, Entre Ríos. 13/10/2016.

-“M. R. P. y OTRO S/DIVORCIO" EXPTE. N°7917. Juzgado de Familia de la Ciudad de Diamante, Entre Ríos. 26/07/2016.-

-

Otra bibliografía consultada

- Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar (2016): “*Metodología de la Investigación*”, Mc Graw Hill, México.

Documentos Web:

- Aón L.C, Méndez R.A, (2016), “*Aspectos Procesales del Divorcio*”; <http://www.saij.gob.ar/buscador/doctrina-derecho-familia>

- Argeri, G., (2016); “*El divorcio y su propuesta en el código Civil y Comercial*” [en línea]. Buenos Aires: Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, diciembre de 2016 [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/11/divorcio-civil-comercial.pdf>

. Código de Familia de la República de El Salvador
https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_El_Salvador.pdf

- Medina, G. “*Matrimonio y disolución*” [en línea]. Buenos Aires: Graciela Medina, 2012 [fecha de consulta: 09 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.gracielamedina.com/matrimonio-y-disolucion>

- Medina, G. “*Orden Público en el derecho de familia*” [en línea]. Buenos Aires: Diario La Ley Edición Aniversario, noviembre de 2015 [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.gracielamedina.com/assets/.../Medina-Orden-publico-en-el-derecho-de-familia.p...>

- Sitio gratuito de consulta y debate sobre el Código Civil y Comercial de la Nación, elaborado por la comisión redactora de la reforma, “*Fundamentos del Proyecto*” [en línea]. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Sitios consultados

- <http://www.lanacion.com.ar/1815430-entra-en-vigencia-hoy-el-nuevo-codigo-civil-de-la-nacion>

- <http://www.edicionesjuridicas.com.ar>

- <http://www.nuevocodigocivil.com>