



**EL CONVENIO REGULADOR SOBRE LOS EFECTOS DEL  
DIVORCIO INCAUSADO EN EL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO ARGENTINO**

Trabajo Final de Graduación

Abogacía

Alumno: Tejada Rodríguez, Eduardo Exequiel

Legajo N°: VABG47674

2018

## **RESUMEN**

El nuevo ordenamiento jurídico argentino ha significado en muchos aspectos, una actualización y acomodación a los tiempos actuales. Esto se hace particularmente evidente en el ámbito familiar, institución que se transformó de modo excepcional en las últimas décadas. En este sentido, la legislación busca normalizar el acto formal del matrimonio para quienes desean mantener voluntariamente ese proyecto de vida.

De igual modo, el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015, respeta el derecho de las personas a disolver ese vínculo matrimonial, cuando así lo deciden; por tanto, se ocupa de regular el instituto del divorcio, incorporando los cambios que se consideran pertinentes en bien del futuro de los cónyuges y de los hijos si los hubiere.

Entre ellos, la nueva normativa legal deja atrás el sistema de divorcio con causa, incorporando el llamado divorcio incausado. Es decir que, ya no es preciso hacer referencia a alguna causa para que sea otorgable el divorcio. Asimismo, en el presente se excluye la instancia de reconciliación que planteaba el artículo 234 del Código anterior, el régimen de conversiones y, la figura de la separación personal instituida por la Ley N° 23.515 (1987), entre otras. Al mismo tiempo, se presenta un único divorcio declarado judicialmente, el cual puede ser solicitado por uno de los cónyuges o por los dos.

El presente trabajo abarca esta temática y, más específicamente, refiere al convenio regulador de los efectos del divorcio incausado, analizando sus principales aristas, al tratarse de una de las innovaciones relevantes del nuevo digesto legal.

**Palabras clave**

Matrimonio. Divorcio Incausado. Convenio Regulator

## **ABSTRACT**

The new Argentine legal system has meant in many aspects, an update and accommodation to current times. This is particularly evident in the family environment, an institution that has changed exceptionally in recent decades. In this sense, the legislation seeks to normalize the formal act of marriage for those who wish to voluntarily maintain this life project.

Similarly, the Civil and Commercial Code of the Nation in force since 2015, respects the right of people to dissolve this marriage bond, when they so decide; therefore, it is in charge of regulating the divorce institute, incorporating the changes that are considered relevant for the future of the spouses and the children, if any.

Among them, the new legal regulation leaves behind the divorce system with cause, incorporating the so-called uncaused divorce. That is to say, it is no longer necessary to refer to any cause for the divorce to be granted. Likewise, the instance of reconciliation proposed by article 234 of the previous Code, the system of conversions and the figure of personal separation instituted by Law No. 23,515 (1987), among others, is excluded in the present. At the same time, a single judicially declared divorce is filed, which can be requested by one of the spouses or by both.

The present work covers this topic and, more specifically, refers to the regulatory agreement on the effects of the uncaused divorce, analyzing its main edges, as it is one of the relevant innovation of the new legal digest.

**Keywords**

Marriage. Uncaused Divorce. Regulatory agreement

## **PALABRAS PRELIMINARES**

Esta tesis es el fruto de un extenso, intenso y profundo período formativo en el que me sumergí durante un largo tiempo de mi vida. La elaboración de un trabajo de estas características podría pensarse como una tarea muy solitaria. Sin embargo, luego de haber atravesado todo el trayecto constaté, que este camino nunca se resuelve en soledad. Hubo muchísimas personas a mi lado que me acompañaron a lo largo de este complejo y fascinante recorrido.

Quiero agradecer, en primer lugar, a mis padres, Eduardo y Cristina, porque sin ellos no sería lo que soy, y pusieron su confianza en mí para poder estudiar esta carrera hermosa que elegí. Así también, agradezco a mi hermana Micaela, mis queridos padrinos Miguel y Elena, a mis abuelos, que por más que algunos ya no estén conmigo fueron pilares importantes en mis estudios; y a mi novia. A todos les doy las gracias con el corazón por haberme sostenido y apoyado en cada paso, con amor, comprensión y alegría.

A mis amigos, en el lugar del mundo en el que se encuentren, que si bien tuvieron que lamentar mis ausencias en este tiempo, siempre estuvieron junto a mí.

En el plano profesional, estoy agradecido por las correcciones y los consejos de mi tutora la Dra. Andrea Kowalenko. A la querida Universidad Siglo 21, muchas gracias por acompañarme en este camino que me permitió lograr mis objetivos, brindándome una solución ante cualquier inconveniente.

Y por último, quiero agradecerle a Dios por acompañarme, guiarme y no dejarme caer nunca en la adversidad.

## ÍNDICE

Introducción .....	9
--------------------	---

### CAPÍTULO I EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA

1.1.Familia: Concepto .....	11
1.1.1.La conformación familiar a lo largo de la historia .....	13
1.2.Etimología y conceptualización del término ‘Matrimonio’ .....	16
1.3.Caracteres jurídicos del Matrimonio.....	17
1.4.Requisitos e Impedimentos .....	18
1.5.Nulidad del Matrimonio.....	22
1.6.Deberes y derechos de los cónyuges.....	25
Consideraciones parciales .....	27

### CAPÍTULO II EL DIVORCIO

2.1.Conceptualizaciones generales .....	29
2.1.1.Disolución del matrimonio.....	29
2.1.2.Divorcio.....	31
2.2.Breve reseña histórica del Divorcio .....	32
2.2.1.Evolución en la Legislación Argentina .....	33
2.3.El divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación .....	35
2.4.Tipos de Divorcio .....	36
2.5.El divorcio por vía judicial.....	39
Consideraciones parciales .....	41

## CAPÍTULO III EL CONVENIO REGULADOR DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

### INCAUSADO

3.1.Aspectos generales .....	42
3.2.Definición .....	44
3.3.Caracteres del Convenio Regulador.....	45
3.4.Contenido de la propuesta.....	46
3.4.1.Atribución de la vivienda conyugal .....	47
3.4.2.Distribución de bienes .....	48
3.4.3.Compensación económica.....	48
3.4.4.Ejercicio de la responsabilidad parental.....	49
3.5.Convenio Regulador en la Jurisprudencia .....	50
Consideraciones parciales .....	55

### CAPÍTULO IV DERECHO COMPARADO

4.1.Derecho Comparado .....	58
4.1.1.El Divorcio en la legislación española .....	58
4.1.2.El Divorcio en la legislación mexicana .....	61
4.1.3.El Divorcio en la legislación de Paraguay .....	63
4.1.4.El Divorcio en la legislación de Chile.....	65
Conclusiones .....	67
Bibliografía .....	70



## INTRODUCCIÓN

La legislación Argentina ha regulado a través del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, un único régimen de divorcio, el cual a partir de su puesta en vigencia en el año 2015, presenta dos características relevantes. Por un lado, la ley ya no exige la presentación de causas que fundamenten la solicitud de divorcio; es decir que los motivos por los cuales las personas requieren la disolución vincular, no precisan ser ventilados judicialmente sino que por el contrario, se guardan para el espacio de intimidad de la pareja. Por otro lado, no es menester la voluntad de los dos cónyuges para la petición, basta el pedido de uno de ellos para dar así inicio al proceso de divorcio.

A lo antedicho es dable agregar un tercer aspecto importante, esto es, la obligatoriedad de presentar conjuntamente con la solicitud de divorcio, una propuesta que regule las consecuencias del mismo. En el caso de que sea presentada por uno de los cónyuges y el otro discrepa, igualmente se sigue adelante con el proceso de divorcio. De esta manera, nada hace pensar que sea necesaria la exigencia de la presentación inicial juntamente a la petición de divorcio.

A partir de aquí, es que se considera pertinente el presente estudio, por cuanto puede haber confusión en torno a esta exigencia desde el momento que la legislación no expone una definición, o no aclara si la misma se debe presentar por escrito, o si más adelante es posible agregar algo que no se tuvo en cuenta, entre otros aspectos.

Por ello, es que se plantea el siguiente interrogante, ¿cuál es el argumento que justifica la obligatoriedad de presentar el convenio regulatorio conjuntamente con la solicitud de divorcio vincular según el Código Civil y Comercial de la Nación?

Con este cuestionamiento prioritario, el presente trabajo de investigación examina los aspectos más importantes de la familia desde sus orígenes, y del matrimonio como base legal de la misma, en el primer capítulo.

En el siguiente apartado se alude a la figura del divorcio, su evolución en la legislación argentina hasta la forma que le da la normativa vigente; finalizando este capítulo con una reseña de los distintos tipos de divorcio.

Hasta aquí lo planteado sirve de marco al tema central que se expone en el capítulo III, este es, el Convenio Regulador de los efectos del divorcio, atendiendo a su conceptualización, principales caracteres y esencialmente, los aspectos que debe contener el mismo en su redacción. Estos conceptos vertidos se circunscriben a la legislación vigente en Argentina.

Por último, el capítulo IV, muestra un pantallazo de las principales características de la legislación de España y de México, en lo relativo al divorcio y al convenio regulador de los efectos del mismo.

Finalmente, es oportuno aclarar que, el trabajo en su totalidad se valió de un análisis de tipo exploratorio-descriptivo. Realizando para ello, primeramente una búsqueda bibliográfica, para luego, interpretar la información recabada, la que se obtuvo de fuentes primarias y secundarias.

Toda la metodología implementada, se consideró pertinente a los fines de la presente investigación, teniendo en cuenta que lo que se pretendió a través de la misma, era caracterizar el divorcio de acuerdo a la nueva normativa legal, como así también, describir el Convenio Regulador allí exigido. Considerando que se respondió a los objetivos adecuadamente en relación a la temática propuesta.

## CAPÍTULO I EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA

### 1.1. FAMILIA: Concepto

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), expresa en su artículo 16, inciso 3 que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Se puede decir que es el núcleo básico, la célula principal a partir de la cual se conforma toda sociedad.

Etimológicamente es dificultoso definir el origen del término, existiendo varios puntos de vista; por un lado, ‘familia’ “proveniría del sánscrito, de los vocablos *dha* (asentar) y *dhaman* (asiento, morada, casa). De acuerdo a esta posición, designaba la casa doméstica y en un sentido más restringido, los bienes pertenecientes a esa casa, es decir, el patrimonio” (Valverde y Valverde, 1938, p. 10).

Otra postura sostiene que esta palabra “tiene su cuna en la lengua osca, pudiendo provenir del vocablo *famel* o *fames*, que quiere decir ‘hambre’, significando que en el seno de la familia se satisface esa primera necesidad” (Clemente de Diego, 1930, p. 434). Asimismo, desde igual punto de vista, “el origen se encontraría en el término *famulus*, designando a los que moraban con el señor de la casa, particularmente, los esclavos”.

Valverde y Valverde (1938) expresa que hay quienes “vinculan el vocablo *famulus* con el verbo osco *faamat* que significaba ‘habitar’; con ello, ‘familia’ en sus orígenes, refería al hogar comprendido por la mujer, los hijos y los esclavos domésticos”.

Frente a estas explicaciones poco concretas, se puede decir que el término ‘familia’ fue concebido en base al espacio físico donde habitaban las personas, extendiéndose

posteriormente a aquello relacionado con la casa, ya sea los bienes patrimoniales, luego los esclavos y más tarde, abarcando a todos quienes vivían allí.

A lo largo de la historia el concepto de ‘familia’ ha sido definido de muchos modos, siendo influenciada por la misma y cambiando muchas de las veces con el paso del tiempo. Brevemente, se define como un “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”<sup>1</sup>. En un sentido más amplio Belluscio expresa que “es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto”. El mismo autor define el término ‘familia’ en un sentido más restringido, aludiendo “al núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad”<sup>2</sup>. Por su parte, Díaz de Guíjarro expresa que es “la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación” (1953, p. 117).

Zannoni actualiza el significado del concepto y suma elementos al decir que “en su concepción moderna puede ser considerada como un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco” (2012, p. 9); acercándose de esta manera, a un concepto jurídico de ‘familia’.

Para Méndez Costa, “es el conjunto de personas unidas por los vínculos emergentes del matrimonio o del parentesco, sea éste por consanguinidad, legítima o extramatrimonial, afinidad o adopción” (1982, p. 13).

---

<sup>1</sup> Diccionario de la lengua española. 2017. 23ª ed. (Versión electrónica). [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>2</sup> Ossorio, M. (2016). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1º Edición Electrónica.

En definitiva, esta institución social es importante jurídicamente hablando, por cuanto desde el mismo momento de su origen o constitución, se generan derechos y obligaciones en sus integrantes. Por lo mismo, la ley proporciona el marco normativo que regula lo relativo al matrimonio, la filiación, como así también, todo lo que tiene que ver con la adopción.

Ahora bien, la familia es una institución jurídica; no obstante, no puede decirse que sea una persona jurídica. “Antiguamente se consideraba a la familia como si fuera una persona jurídica, porque tenía bienes y el representante de esta persona jurídica era el padre o el/la jefe de familia” (Machicado, 2009). En el presente esto se dejó de lado ya que la misma no puede asumir obligaciones como tal.

### **1.1.1. La conformación familiar a lo largo de la historia**

Es posible afirmar que, históricamente, la organización familiar atravesó un proceso evolutivo amplio y variado.

En los inicios de la humanidad, no se concebía a la familia como tal; el ser humano primitivo vivía en medio de una completa promiscuidad, sin importar si eran parientes o extraños, las relaciones sexuales, se producían entre hombres y mujeres de una misma comunidad (endogamia). Así, se destaca el carácter matriarcal, puesto que se podía saber con certeza quien era la madre de cada uno de los niños que nacían, pero no su padre; por ello permanecían junto a ella, era ella quién los criaba.

En este contexto, “la primera regulación o limitación fue la familia consanguínea, que excluyó el intercambio sexual de los padres con sus hijos, y posteriormente, se excluyó la cópula entre hermanos” (Córdoba y otros, 2005, p. 14).

Posiblemente, el rechazo hacia el incesto entre otras circunstancias, llevó a “una diversificación de las relaciones carnales que dio lugar a la exogamia o vínculos entre individuos de distintas tribus o clanes” (Córdoba y otros, 2005, p. 16); no pudiendo considerarse todavía, relaciones estables con carácter de exclusivas. Más adelante se avanza hacia la llamada familia *sindiásmica*; bajo esta organización, el hombre tenía permitido el adulterio, podía mantener relaciones sexuales con varias mujeres, no obstante, a ellas les estaba prohibido ese tipo de vida.

Si bien, con algunas excepciones quizá todavía presentes dependiendo del lugar y la cultura, la organización familiar evolucionó hacia la relación monogámica: “un sólo hombre y una sola mujer sostienen relaciones sexuales exclusivas, de quienes deriva la prole que completará el núcleo familiar” (Bossert y Zannoni, 2016, p. 3). Entre ellos las relaciones sexuales podían ser ilimitadas, sin embargo, concretarlas con otro ajeno a la pareja, se consideró adulterio, conducta que incluso era sancionada. En Argentina, la Ley N° 24.453 del año 1995, eliminó el castigo que imponía el Código Penal al respecto.

En la antigua Grecia, la unión de un hombre y una mujer se consideraba esencial a los fines de perpetuar la especie. Esta forma de familia incluía también, a los esclavos y al buey entre aquellos más pobres; esta asociación aseguraba la satisfacción de las necesidades de todos los integrantes. El padre era el líder absoluto, encontrándose tanto la madre como los hijos, sometidos a su autoridad.

La sociedad romana tuvo como característica principal “la construcción de un aparato legislativo al servicio de sus ciudadanos con tres pilares esenciales, los bienes, las personas y las acciones” (Belluscio, 2011, p.17). En este contexto, se destacaba la figura del *paterfamilias*, que pertenecía a quien era la cabeza y guía de su descendencia, y quien ejercía su poder sobre todos ellos., poder que se denominaba *potestas*. En relación a su cónyuge se decía *manus* y sobre sus hijos, *patria potestas*. Por tanto, los integrantes de la familia no estaban unidos por la sangre, sino por el sometimiento a una autoridad que agrupaba tanto a los hijos propios como a los hijos de éstos y sus cónyuges.

La llegada de la doctrina cristiana modificó de modo relevante la moral reinante en la sociedad romana. Así también, “la relación existente entre propiedad, familia y religión, donde el hombre no necesita pertenecer a una familia para ser parte de una religión ni la tierra es fundamental para el culto” (Vial, 2010, p. 303). La propiedad pasa cumplir el papel de medio para alcanzar beneficios en bien de todos los integrantes del grupo familiar.

Otro cambio provocado por el cristianismo estuvo relacionado con el aborto y el infanticidio; la iglesia buscó combatir estas prácticas, llegando al punto de que Constantino dispusiera legalmente considerar parricidio, toda vez que el padre matara a su hijo.

“El influjo del pensamiento católico enseñó a los hijos el deber de honrar y obedecer a los padres, y a su vez, el deber de los progenitores de asistir, proteger y socorrer a su descendencia”. En cuanto a la familia, “sus elementos articuladores son unidad monógama e indisoluble y descendencia legítima de hijos sometidos a la autoridad paterna quien es el jefe del hogar” (Vial, 2010, p. 312).

Son muy significativos los cambios que ha sufrido la familia en las últimas décadas, y como consecuencia, variaron las formas que asume en la sociedad actual; así, es dable observar entre ellas, a la familia nuclear constituida por padre, madre e hijos. Junto a este modelo se encuentra la familia ensamblada, originada por la unión de dos personas que traen a esta relación, hijos de uniones anteriores; la monoparental, cuando sólo el padre o la madre asume la crianza de sus hijos, sea por divorcio, fallecimiento del cónyuge o por propia decisión; familias conformadas por la unión de dos personas del mismo sexo, entre otras.

## **1.2. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL TÉRMINO MATRIMONIO**

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, el término ‘matrimonio’ proviene del latín “*mater* (madre), formado a partir de *patrimonium*. Oficio de la madre o carga de la madre, porque es ella quien lleva el peso mayor antes del parto, en el parto y después del parto; así como el ‘oficio del padre’ (patrimonio), alude al sostenimiento económico de la familia”<sup>3</sup>. Entendiendo por tal concepto “la unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”<sup>4</sup>.

El derecho romano hacía mayor uso del término *justas nupcias*, aplicado como sinónimo de matrimonio. El sustantivo *nupcias* deriva de *nubere*, que significa velar o cubrir, haciendo referencia al velo que escondía el rostro de la novia durante la ceremonia.

---

<sup>3</sup> Diccionario de la lengua española. 2017. 23ª ed. (Versión electrónica). www.rae.es

<sup>4</sup> Ibídem



El matrimonio es considerado el origen y base de toda familia, es decir, que la misma se forma por la unión de un hombre y una mujer, y también, porque a partir de dicha unión es posible hablar de procreación. En la actualidad, debido a la modificación que han sufrido las legislaciones, es propio hacer referencia a la unión de personas de igual o diferente sexo. De idéntico modo, el establecimiento de estas uniones da lugar a la formación de familias, conteniendo los vínculos más importantes que se construyen entre seres humanos, ya sea entre los integrantes de la pareja como entre padres e hijos.

Básicamente, el matrimonio se puede celebrar como un acto civil y como una ceremonia religiosa. En este último caso, las diferentes características que asume, dependen exclusivamente de la religión bajo la cual se consagra la unión.

Ahora bien, esa unión entre personas de igual o diferente sexo denominada ‘matrimonio’, como acto civil se alcanza gracias a un acto jurídico, es decir, un “acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas” (art. 259, CCyC). En este caso, “el establecimiento de relaciones jurídicas conyugales” (Bossert y Zannoni, 2016, p. 65).

Es decir que, tras haberse cumplimentado el acto jurídico bajo ciertas exigencias legalmente estipuladas, los contrayentes dan comienzo a la relación jurídica matrimonial que implica el desarrollo de los vínculos afectivos entre ellos y a futuro, con sus hijos. Al mismo tiempo, se genera en dicha relación, obligaciones o deberes y derechos recíprocos entre los integrantes.

### **1.3. CARACTERES JURÍDICOS DEL MATRIMONIO**

Siguiendo a Bossert y Zannoni (2016), entre los caracteres jurídicos del matrimonio, cabe mencionar los siguientes:

-Unidad: este aspecto guarda relación con la unión monogámica y con lo que la doctrina denomina ‘impedimento de ligamen’, es decir que ningún contrayente puede pretender unirse en matrimonio si aún sigue vigente una unión anterior. Este postulado se encuentra claramente expresado en el artículo 403, inc. d. del CCyC., y sólo puede disolverse como se verá más adelante, “por muerte, divorcio o ausencia con presunción de fallecimiento” (art. 435).

-Permanencia o estabilidad: en este sentido se espera que la unión a la que acceden voluntariamente los contrayentes, sea perdurable en el tiempo y que las normativas tendientes a darle un marco legal, sirvan a los fines de garantizar su estabilidad. Desde el punto de vista religioso, se traduce en un compromiso que se asume para la construcción de vínculos que se conservarán y fortalecerán más allá de las diferentes circunstancias de la nueva vida en común.

-Juridicidad: el matrimonio entendido como la unión entre dos personas de igual o diferente sexo, es reglado por las normativas legales, las que a su vez le proveen de todo el marco de solemnidad exigible.

#### **1.4. REQUISITOS E IMPEDIMENTOS**

Para la realización formal y legal del matrimonio, éste debe ser celebrado ante un funcionario público y frente a los testigos elegidos por los contrayentes (art. 418 del

CCyC). Su solemnidad requiere de cierta formalidad y de una serie de requisitos imprescindibles para otorgarle validez legal al acto.

Además de la documentación, es obligatorio presentar los resultados de los análisis de sangre que se realicen los integrantes de la pareja. El objetivo es poder determinar alguna incompatibilidad sanguínea entre los contrayentes o enfermedad infecciosa que, teniendo en cuenta a futuro la posibilidad de procrear, pueda poner en peligro la vida de la madre y/o la del bebé.

Así también, como requisito legal, ambos cónyuges deben dar su conformidad o consentimiento deliberado y explícito con el matrimonio ante el funcionario que lleve adelante la ceremonia. “Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo” (art. 406 del CCyC), a excepción del llamado matrimonio a distancia considerado por este Código en artículo 422.

Por otro lado, es indispensable como requisito que no exista impedimento alguno para celebrar el matrimonio y para que el mismo tenga absoluta validez. Los impedimentos matrimoniales son “aquellas prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio. Son hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan a uno o a ambos contrayentes” (Bossert y Zannoni, 2016, p. 93-94). Estos impedimentos o prohibiciones se encuentran especificados en el Código Civil y Comercial de la Nación y, básicamente son de dos clases si bien la normativa no los diferencia expresamente; ello se puede deducir de sus efectos o consecuencias.

Los primeros, denominados ‘dirimentes’ se consideran más graves por cuanto “constituyen un obstáculo para la celebración de un matrimonio válido” (Bossert y

Zannoni, 2016, p. 94). Todos estos casos se puntualizan en el artículo 403 del CCyC y tienen que ver con la prohibición del matrimonio cuando existen relaciones de consanguinidad (padres- hijos, entre hermanos, abuelos-nietos); cabe aclarar que, se incluyen asimismo, los casos en que las personas son adoptadas, es decir, que se tiene en cuenta el vínculo sin importar su origen. Es evidente que aquí la legislación considera el llamado tabú del incesto, como uno de los aspectos distintivos de la familia monogámica.

También se considera impedimento cuando algunos de los contrayentes ya está casado con anterioridad y ese matrimonio se encuentra aún vigente, situación considerada bigamia (art. 403, inc. d).

A continuación se especifica la edad, considerando impedimento para contraer matrimonio “tener menos de dieciocho años” (art. 403, inc. f). No obstante, el artículo 404 refiere a la dispensa judicial que se puede obtener para contraer matrimonio cuando el menor no cumplió los 16 años, o entre los 16 y 18 años en el caso de no contar con la autorización de sus representantes legales.

Otro impedimento tiene que ver con “la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial” (art. 403, inc. g). Igualmente, el artículo 405 expresa que “puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial”, si bien, para llegar a esta decisión el juez debe hacer cumplir una serie de requisitos entre los que cabe mencionar, un informe elaborado por un equipo interdisciplinario que ha debido analizar y estudiar a la persona para saber lo más acertadamente posible, la real consciencia que posee en relación al acto que se celebrará y sus consecuencias.

Por otro lado, se alude a los impedimentos ‘impedientes’ “que afectan la regularidad de la celebración del matrimonio, pero no provocan su invalidez” (Bossert y Zannoni, 2016, p. 94); en su caso, como consecuencia puede ser sancionado uno o ambos contrayentes, o el funcionario a cargo de la celebración del matrimonio. Si bien ambos impedimentos, tanto los dirimentes como los impedientes son prohibitivos, la diferencia radica en sus efectos. En estos últimos, “los efectos respecto del vínculo matrimonial se agotan en la prohibición, mientras que en los dirimentes la prohibición es causa de nulidad del acto” (Bossert y Zannoni, 2016, p. 94).

Entre los impedimentos ‘impedientes’ cabe mencionar la lepra y las enfermedades venéreas en su estadio de contagio. La prohibición del matrimonio a causa de la primera, estaba estipulada en el artículo 17 de la Ley N° 11.359 del año 1926, que fue derogada por la Ley N° 17.711 (1968), basado en un informe emitido por la Secretaría de Salud Pública de la Nación donde se expresaba que, de acuerdo a los estudios científicos, la lepra no es considerada una enfermedad hereditaria al tiempo que era bajo su riesgo de contagio. No obstante, la normativa mantuvo su impedimento en los casos de enfermos cuya dolencia derivada de la lepra, sí se estimaba contagiosa.

En cuanto a las enfermedades venéreas, su prohibición para efectivizar el matrimonio, se encuentra establecido en el artículo 13 de la Ley de Profilaxis N° 12.331 (1937); el mismo que expresa que el examen médico prenupcial es obligatorio y gratuito para los hombres. Posteriormente, en el año 1965, por medio del artículo primero de la Ley N° 16.668, la obligatoriedad se extendió a las mujeres. Ambas normativas legales se encuentran vigente en la actualidad. Por ello, si bien el Código Civil y Comercial de la Nación, no puntualiza entre los documentos solicitados para contraer matrimonio en el

artículo 416, el certificado médico, esta acción se considera obligatoria para ambos contrayentes.

Cabe aclarar que, la Ley N° 12.331 alude a las enfermedades venéreas en el espacio de tiempo en que la ciencia las considera contagiosas, por tanto, la prohibición sería temporal. Pasado ese periodo, los contrayentes podrían efectivizar el matrimonio.

Ahora bien, en cuanto al Sida (síndrome de inmunodeficiencia adquirida), los estudios científicos hasta el momento, mostrarían que para quienes son portadores, su tiempo de contagio no finalizaría, es decir, que se hablaría de un impedimento permanente para contraer matrimonio. A su vez, aceptar esto último, podría significar una violación al derecho a casarse que se explicita en la Constitución Argentina (art. 20), como así también, un acto de discriminación y marginación condenado por los tratados internacionales ratificados oportunamente por Argentina, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos.

Éstas y todas las especificaciones relativas al matrimonio, tanto prohibiciones como condicionantes, encuentran su fundamento en el hecho de que, a partir de la celebración del matrimonio se principia un conjunto de cambios que parten de un estado civil de soltero o soltera a casado o casada, hasta alcanzar algunos de diferente complejidad que los incorpora en un estado de familia matrimonial de ahí en adelante.

## **1.5. NULIDAD DEL MATRIMONIO**

El Derecho Canónico refiere a la nulidad matrimonial como “la invalidación de un matrimonio porque en su celebración han existido o se han producido vicios o defectos

esenciales que impiden que el mismo pueda surtir efectos. La nulidad matrimonial supone que el matrimonio no ha existido” (Esbec Rodríguez y González-Trijueque, 2014, p. 151). En este sentido, intervienen para su determinación los Tribunales Eclesiásticos.

Por otro lado, implica un procedimiento judicial que por medio de la investigación de las posibles causales, busca confirmar la inexistencia de una unión matrimonial, considerando que la misma no se efectivizó por diferentes defectos graves.

Cabe aclarar que la nulidad civil de un matrimonio, se da en casos excepcionales, considerados verdaderamente graves y en los que por lo mismo, no cabría el divorcio o separación entre los contrayentes.

Más específicamente, se trata de “la falta o defecto de alguno de los presupuestos que la ley exige para que el acto jurídico matrimonial produzca en plenitud, sus efectos propios”. Dichos presupuestos tienen que ver con “la exigencia de aptitud nupcial de los contrayentes, es decir, ausencia de impedimentos dirimentes, y con la prestación de un consentimiento no viciado” (Bossert y Zannoni, 2016, p. 125).

Teniendo en cuenta que el matrimonio consiste en un acto, al hablar de nulidad, es importante remitir al artículo 386 del CCyC, el cual distingue la nulidad absoluta de la nulidad relativa de los actos, puntualizando que “son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas”, es decir que se trata de un interés particular que atañe a uno o a los dos contrayentes. No obstante, vale la salvedad de que en el caso del acto matrimonial, será nulo en tanto y en cuanto exista “sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido

por parte legitimada para hacerlo” (art. 715 del CCyC). Por ende, no puede ser anulado de oficio.

El Capítulo 6 del Libro Segundo del CCyC relativo a Relaciones de Familia, concentra los conceptos más importante en relación a la nulidad del matrimonio. Así, en relación a la nulidad del matrimonio, la diferencia entre absoluta y relativa está dada por las distintas causales fijadas. El artículo 424 especifica que será nulidad absoluta “el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 403”, expuestos en el punto anterior del presente trabajo.

A continuación, el artículo 425 alude a la nulidad relativa que guarda relación con la falta de edad de los contrayentes exigida por la ley (art. 403, inc. f), la falta permanente o transitoria de salud mental (art. 43, inc. g), y, los vicios del consentimiento a los que refiere el artículo 409 del CCyC.

Es dable agregar que, el CCyC elimina “la causal de impotencia de alguno o de ambos cónyuges que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos”, puntualizada en el Código Civil, artículo 220, inc. 3. Los argumentos que justifican esta supresión se encuentran en los Fundamentos del Anteproyecto del CCyC En este se entiende que, al investigar para dar por cierto o no esta causal de nulidad, “se atenta contra la dignidad de las personas al ventilar intimidades en un proceso judicial cuya prueba es invasiva a la privacidad de los cónyuges” (Lorenzetti y otros, 2011, p. 574). Obtener la prueba que demuestre esta casual implica un proceso complejo de alcanzar, por cuanto los motivos pueden ser físicos y/o psíquicos, temporales o permanentes, con una persona sí y con otra no, por su carácter subjetivo, dificultando todo ello, su determinación.



“Asimismo, en la práctica, ha resultado muy difícil el determinar la buena o mala fe del cónyuge que la alega, por lo que la supresión de la misma en la actual regulación resulta un avance” (Herrera y otros, 2016, T. II, pág. 39).

Cabe agregar el llamado ‘matrimonio putativo’, que forma parte del ámbito del derecho canónico. Su razón de ser sirve a los fines de poder regular las consecuencias derivadas de un matrimonio nulo, cuando la unión se realizó “suponiendo o creyendo uno o ambos contrayentes, que el vínculo era válido”; de allí su denominación que deriva de “*putare* y significa creer, suponer” (Bossert y Zannoni, 2016, p. 135).

Posteriormente, se haría referencia al mismo, expresando que se realizó de buena fe, es decir que al momento de la celebración ignoraban, sea uno o los dos, los impedimentos que serían causa de nulidad (art. 427 del CCyC). Buena fe que caducaría cuando los contrayentes toman conocimiento de dichas causales. Por tanto, hasta el día de la sentencia de nulidad se respetan todos los efectos de un matrimonio válido, es decir que no tienen en cuenta el pasado, sino que su proyección se orienta hacia adelante.

## **1.6. DEBERES Y DERECHOS DE LOS CÓNYUGES**

A partir de la unión matrimonial, se crea entre los contrayentes, de modo recíproco, una serie de deberes y derechos naturales y propios del vínculo que nace. Entre los más elementales se puede mencionar el deber de convivir juntos, pudiendo acordar conjuntamente el lugar que habitarán. Si bien, el CCyC ya no lo incluye como un deber, por cuanto se considera que atenta contra la libertad de las personas. No obstante, en caso de acordar ese espacio en común, todo lo que económicamente implique, será sustentado

con la contribución de ambos. De igual modo, los dos colaborarán en el cuidado de los hijos y en la realización de las tareas del hogar.

En el futuro, ante la presencia de hijos, se entiende que la patria potestad sobre ellos, será ejercida equitativamente por los dos padres. Así también, deben indistintamente asumir la protección y educación de los descendientes.

En Argentina, el CCyC alude en su artículo 431 a la Asistencia, expresando que “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”. Esta última adquiere el carácter de obligatoria, comprendiendo el auxilio que ambos se debe proveer en todo momento y bajo toda clase de circunstancias, particularmente ante un caso de enfermedad o de impedimento para desenvolverse con normalidad. Incluye la protección entre ellos, el buen trato y la tolerancia.

Respecto a la fidelidad, es una característica del matrimonio monogámico, es decir, los cónyuges se encuentran impedidos de tener relaciones sexuales con otra persona ajena al matrimonio. Si bien, como se verá más adelante en el presente trabajo, la infidelidad dejó de ser causa de divorcio, puede sin lugar a dudas, ocasionar la separación de los cónyuges.

Queda claro que, “la fidelidad escapa a la esfera jurídica, no puede exigirse coactivamente, ni su incumplimiento sancionarse por el derecho. No es más que una manifestación de la conducta humana que pertenece al terreno íntimo de los cónyuges” (Herrera y otros, 2016, T. II, pág. 49). Sin embargo, por medio de la normativa se busca estimular el respeto al compromiso que implica el matrimonio, así como también, rechazar acciones que van contra las pautas culturales predominantes en la sociedad.

Seguidamente, el artículo 432 atiende a la obligación sobre los alimentos, tanto durante la convivencia matrimonial, como después de ésta en caso de producirse la separación de hecho, las pautas para la fijación de los mismos (art. 433), y las prestaciones alimentarias luego del divorcio (art. 434). Se interpreta que la obligación es recíproca teniendo en cuenta la igualdad a la que alude el art. 42 del CCyC.

Gran parte de los cambios sucedidos en la sociedad, que llevaron indiscutiblemente a modificar las formas en que se concretan en la práctica, las relaciones conyugales en el seno del hogar, han querido ser plasmados en la normativa legal, de modo que se adapten a las realidades que se visualizan en estos tiempos.

### **Consideraciones parciales**

La familia como núcleo esencial a partir del cual se conforma toda sociedad, todo país, se construye mediante un entramado de vínculos asentados en el afecto y la cooperación. El origen, ese primer vínculo entre dos personas, se inicia con el matrimonio. En Argentina se celebra religiosamente, adquiriendo características propias de cada dogma, si bien, en su mayoría devienen de la religión católica por ser el credo predominante.

A su vez, el matrimonio se celebra desde lo jurídico, solemnemente, y con la aceptación voluntaria por parte de los futuros cónyuges. De este modo, queda comprendido dentro del marco de la ley, pudiendo proteger los deberes y derechos tanto de los contrayentes como de los hijos por venir. Igualmente, tanto durante el tiempo que dure el matrimonio como después en caso de separación o divorcio.

Por ello, para su reconocimiento legal, el Código Civil y Comercial de la Nación, especifica los requisitos para la unión matrimonial, así como también, los diferentes impedimentos que harían prohibitivo dicho acto entre dos personas que no los cumplieren. Más allá de que se podría pensar en la posibilidad de incluir alguna otra restricción, se consideran pertinentes las tenidas en cuenta por la normativa legal, toda vez que este instrumento busca actualizarse y adaptarse a los nuevos modos de vida hacia los que evoluciona la sociedad, tanto de este país como del mundo.

Prueba de ello, lo demuestra la incorporación a la legislación argentina de la Ley N° 26.618 de Matrimonio Igualitario (2010), mediante la cual “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo” (art. 2). La sanción de esta normativa convirtió a Argentina en el primer país de América Latina en aceptar legalmente, el derecho a contraer matrimonio a personas de igual sexo.

## **CAPÍTULO II EL DIVORCIO**

### **2.1. CONCEPTUALIZACIONES GENERALES**

#### **2.1.1. Disolución del matrimonio**

El Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde 2015, especifica en su artículo 435 las tres causas aceptadas como capaces de disolver el matrimonio; estas son: “a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; y, c) divorcio declarado judicialmente”.

La disolución del matrimonio se considerará válida en el momento en que “el vínculo se extingue por causas que sobrevienen a la celebración. Esto significa que el acto matrimonial existió y produjo todos los efectos jurídicos, pero en un momento dado, el matrimonio se disuelve y dejan de existir los efectos que tenía” (Herrera y otros, 2016, T. II, pág. 59).

Es dable aclarar que, la diferencia con la nulidad del matrimonio radica en que, en este último caso, se entiende que nunca existió el vínculo matrimonial jurídicamente válido. En el caso de la disolución, ésta se efectiviza a partir de la confirmación de una de las tres causales antes mencionadas. No obstante, a partir de ambas situaciones los cónyuges reestablecen su aptitud nupcial, es decir, la posibilidad de contraer nuevamente matrimonio.

En relación a la anterior normativa, las causas puntualizadas siguen siendo las mismas, a excepción de un cambio introducido en el inciso b), esto es, disponer que sea la ‘sentencia firme’ la causa de la disolución del vínculo matrimonial. En el Código Civil la

disolución se efectivizaba a partir del momento en que el cónyuge de quien se consideraba ausente, se unía nuevamente en matrimonio (art. 213, CC). Con la nueva reglamentación, el procedimiento sería más simple, puesto que la persona no necesita casarse nuevamente para que se considere disuelto el matrimonio concertado con la persona ausente.

Cabe aclarar que esta figura se ajusta a lo que establece el artículo 85 del CCyC, el que expresa que “La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento. El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del ausente”. En caso de que, considerada esta causa y disuelto el matrimonio, el cónyuge ausente aparece y manifiesta su deseo de conservar el vínculo, deberá oficiarse un nuevo matrimonio.

En cuanto a la primera de las causas enumeradas, que trae como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial, se hace referencia al fallecimiento de uno de los esposos provocando “la cesación *ipso iure* del vínculo matrimonial, aun en el caso en que se produzca durante el trámite del divorcio” (Herrera y otros, 2016, T. II, pág. 60).

A partir de este hecho, se sucede una serie de cambios, siendo uno de los primeros el estado del cónyuge sobreviviente, que pasa a la denominación de viudo o viuda. Así también, en ese mismo momento, recupera su aptitud para contraer nuevas nupcias, situación que se puede efectivizar inmediatamente después de la muerte. En este sentido, la Ley N° 23.515 de 1987 derogó el artículo 93 de la primera ley de matrimonio N° 2.393 (1888). Por medio del mismo, se establecía como impedimento ante la muerte del esposo, que “la mujer no podía casarse hasta pasados diez meses, a menos de haber quedado encinta, en cuyo caso podrá casarse después del alumbramiento”; se evitaba de esta

forma, que la mujer quedara embarazada inmediatamente de acaecido el nuevo matrimonio y no se tuviese la debida certeza sobre la paternidad de este hijo.

### **2.1.2. Divorcio**

La tercera causa de disolución del matrimonio es “el divorcio declarado judicialmente”. Cabe aclarar que es el único tipo de divorcio que regula el CCyC, el divorcio judicial.

El anterior Código Civil lo expresaba con las palabras “sentencia de divorcio vincular”. La actual normativa modificó su redacción teniendo en cuenta que ya no se requiere diferenciación alguna con relación a la separación personal; esta última ya no se describe en el CCyC. También llamada ‘separación de cuerpos’, permitía a los cónyuges dejar de compartir el mismo techo, era por decirlo de algún modo, la antesala del divorcio y una salida legal ante los posibles conflictos entre los cónyuges. No obstante, al no disolver el vínculo, no recuperaban la aptitud nupcial.

El término ‘divorcio’ “deriva del latín *divortium*, y significa disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal”<sup>5</sup>. Más específicamente, el divorcio “es el instituto que permite que dos personas unidas por el acto jurídico matrimonial disuelvan el vínculo que los une y extingan así ciertos efectos que el matrimonio implica para los cónyuges” (Sánchez Márquez, 1998, p. 358).

Es de destacar que, al incorporar el divorcio vincular a la nueva normativa legal en Argentina, se le está dando la debida importancia a esta figura, al tiempo que, por extensión se está respetando “el derecho a la libertad, a la autonomía, a la intimidad, a formar nuevas familias y al desarrollo de la personalidad de las personas” (Herrera y

---

<sup>5</sup> Diccionario de la lengua española. 2017. 23ª ed. (Versión electrónica). [www.rae.es](http://www.rae.es)

otros, 2016, p 63). Su relevancia encuentra fundamento en el hecho de que, al extinguirse el vínculo, la familia toda se modifica generando consecuencias con efectos jurídicos diferentes que requieren ser regulados.

## **2.2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL DIVORCIO**

Si bien, no se puede decir con exactitud desde qué momento de la historia estaba presente el divorcio, se cree que seguramente desde la misma época en que se instaló el matrimonio, aunque dependiendo de cada cultura influenciada por la religión, puede haber demorado más o menos tiempo en ser regulado legalmente. Esto muestra a las claras, que la necesidad de plasmarlo en una normativa significaba que ya era una práctica conocida en la sociedad.

Belluscio (2011), expresa que “en tiempos primitivos, al ser la mujer considerada como una cosa, era factible que ella fuera abandonada por su dueño, es decir, por su marido” (p, 21). Por tanto, en los pueblos de la antigüedad ya existía un modo de dar por extinguida la unión entre personas. Esta se basaba exclusivamente en la voluntad, es decir que era la voluntad del hombre que decidía estar unido a una mujer y en algún momento, por su misma voluntad, esa unión finalizaba.

En la Roma antigua, el divorcio existía sin tener ninguna clase de formalidad; con la sola pérdida de la voluntad de seguir con el matrimonio, es decir con la  *affectio maritalis*, el mismo se terminaba. Esta decisión podía ser transmitida oralmente o por escrito en forma personal y también, enviada por medio de un mensajero.



Más adelante, al irrumpir en la historia el cristianismo, y con él, el derecho canónico, el matrimonio pasó a ser un sacramento mediante el cual, dos personas son unidas por Dios hasta la muerte, convirtiéndose en una institución indisoluble. Sin embargo, en “el siglo X, y aunque el divorcio estaba proscripto, se introdujo por primera vez la nulidad matrimonial por causa de razones particulares, siendo los tribunales eclesiásticos los únicos responsables de declararla” (Herrera, 2015, p. 68).

Posteriormente, la Reforma Luterana reconocería el divorcio en situaciones extremas cuando se consideraba imposible la convivencia. De esta forma, la idea de dar por finalizado el matrimonio se incorpora en los países protestantes.

Poco a poco, el divorcio se fue incluyendo en la legislación de diferentes países; como ejemplo, es dable mencionar la adopción por parte del Parlamento de Prusia (1794), y la inclusión en el Código de Napoleón (1796).

Desde esos primeros tiempos hasta las actuales legislaciones que regulan el divorcio, se debió recorrer un camino con variados escollos y donde ha sido fundamental el reconocimiento del carácter institucional que tiene el matrimonio. De esta forma, se ha podido “atribuir poder a la voluntad del cónyuge sobre el vínculo nacido de la unión” (Mizrahi, 2006, p. 256), es decir, la mirada que destaca el respeto a la voluntad y a la libertad de las personas ante el divorcio.

### **2.2.1. Evolución en la Legislación Argentina**

En Argentina, el Código Civil de Vélez Sarsfield no contenía en su articulado la figura del divorcio; en esa época, sólo se hacía referencia al matrimonio religioso, por tanto, toda posible disolución quedaba circunscripta al ámbito del derecho canónico. Es

con la Ley N° 2.393 del año 1888 que se incorpora el matrimonio civil como ceremonia obligatoria y los primeros atisbos de regulación del divorcio no vincular. Es decir, “el divorcio consistía únicamente en la separación personal de los esposos sin disolver el vínculo matrimonial” (art. 64), repitiendo de modo idéntico el contenido que exponía el artículo 198 de la normativa legal anterior. A continuación, el artículo 66 “repudió el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, exigiendo la alegación de hechos culpables enumerados en el art. 67”.

Así se mantuvo inmodificable hasta el año 1987, donde por medio de la Ley N° 23.515, se incorpora al derecho argentino, el divorcio vincular. Paralelamente, por insistencia de la Iglesia Católica, la nueva normativa mantiene el régimen relativo a la separación personal.

Un hito importante fue la Ley N° 14.394 del año 1954, que modificó “el régimen de ausencia con presunción de fallecimiento, estableciendo la readquisición de la aptitud nupcial del cónyuge del declarado ausente” (art. 31).

Así también, la Ley N° 17.711 (1968), sumó otras causales que se podían esgrimir al momento de solicitar el divorcio. Hasta ese momento sólo se podía petitionar el llamado ‘divorcio sanción’, es decir, cuando uno o los dos cónyuges, era culpable de violar los deberes o derechos que se derivaban del matrimonio.

Por medio de esta normativa, se admitió la separación personal solicitada conjuntamente por los esposos, tras un determinado período de tiempo conviviendo y cuyo argumento se basara en “causas graves que hacían moralmente imposible la vida en común” (art. 67 bis). En este punto, se “empieza a reconocer la ruptura matrimonial basada en el consenso de los esposos” (Herrera, 2015, p. 74).

Fue por iniciativa, tanto de la Cámara de Diputados como por el Senado, que en el año 1984 se comenzó a trabajar en las modificaciones relativas al divorcio de cara a una nueva normativa. Consecuencia de ello, se sancionó en el año 1987 la Ley N° 23.515, cuyo principal aporte ha sido la inclusión del “divorcio vincular como instituto jurídico autónomo y que permite a los cónyuges adquirir nuevamente su aptitud nupcial”.

Por último, ha sido la sanción de la Ley N° 26.994 (2015), la norma en la que se volcaron las modificaciones elaboradas sobre la figura del divorcio, visibles hoy en el actual digesto de la Nación Argentina, y sobre el que se apoya el presente trabajo.

El desarrollo y la validación legal del divorcio en Argentina, implicó un camino engorroso con avances y retrocesos, en gran medida seguramente, por la fuerte influencia de la Iglesia Católica cuyos dogmas se encuentran afanosamente arraigados en su pueblo.

### **2.3. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Huelga decir que las parejas, cuando toman la decisión de contraer matrimonio, lo hacen pensando en una vida en común y probablemente, con el deseo de procreación; así también, la idea de divorciarse no debe estar en sus planes. Sin embargo, por diferentes motivos, pasado un tiempo, uno o los dos consideran esta posibilidad como único camino saludable para ambos y más aún, si hay hijos.

Apoyados en argumentos como estos y también, en innumerables voces esgrimiendo diferentes opiniones, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en lo concerniente al divorcio, quiere dejar sentado que “se entiende que la ruptura del vínculo matrimonial es una decisión que hace a la intimidad de la pareja y que debe ser respetada,

en especial, por el vínculo entre padres e hijos luego del divorcio (Herrera, 2015, p. 95). Por ello, la reforma significó un cambio del divorcio con causa al divorcio sin causa, comprendiendo que no es preciso que los esposos ventilen los motivos que subyacen a su decisión de disolver el vínculo que sostiene legalmente la unión matrimonial.

Siguiendo a Herrera, (2015), “siempre hay una causa o una razón que lleva a que una pareja decida desvincularse definitivamente, pero ésta o éstas no son jurídicas válidas ya que pertenecen a la esfera de intimidad de los cónyuges”.

Cabe aclarar que, al redefinirse el concepto y denominarse ahora como ‘divorcio incausado’ o falta de causa, es dable escuchar que se lo designa también como ‘divorcio *express*’. Algunos argumentan que se relaciona con la ausencia de ‘expresión’ de causas, y no tendría mayor importancia. Sin embargo, este nuevo modo de llamarlo, es considerado erróneo si se está haciendo referencia a una mayor rapidez o reducción en el tiempo que ahora llevaría el proceso.

En realidad, lo que ha cambiado es que ya no se está buscando a un culpable para justificar la disolución del vínculo; las discusiones sobre estas cuestiones quedan fuera del ámbito judicial y se circunscriben al ámbito de la intimidad matrimonial. En este sentido se podría decir que sería más rápido, “lo que no significa que será ‘*express*’, porque hay una carga muy importante, que es proponer acuerdos personales y patrimoniales” (Corbo, 2012, p. 66).

## **2.4. TIPOS DE DIVORCIO**

Se considera pertinente realizar una diferenciación entre los denominados divorcio sanción y divorcio remedio. El primero de ellos refiere a “aquel que disuelve el vínculo declarando culpable a uno de los cónyuges, luego de que el juez haya examinado los hechos y las pruebas ventiladas a lo largo del juicio respectivo” (Chavarría, 2004, p. 71).

En palabras de Bossert y Zannoni (2016), “El divorcio sólo puede ser declarado judicialmente ante la alegación y la prueba, en un proceso contencioso de hechos culpables de uno o ambos cónyuges, y debe circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas por la ley, como adulterio, abandono, injurias graves” (p. 248). Por tanto, es exigencia para que el juez pueda ejecutar la sentencia, la existencia de una prueba cierta y comprobable que acuse a uno o a los dos esposos, convirtiéndose el divorcio en una forma de sancionar al culpable. En la medida en que no presente la prueba, no sería posible efectivizar la disolución matrimonial.

Contrariamente, “el divorcio remedio es aquel que disuelve el vínculo sin culpar a ninguno de los cónyuges” (Chavarría, 2004, p. 71). En este caso, no se persigue la tipificación de las conductas, convirtiéndolas en causales o no de divorcio. Aquí se considera que, lo más importante es poner remedio o dar solución a una situación que puede haberse convertido en insostenible y que provoca daño tanto a la pareja como a los hijos.

Teniendo en cuenta la legislación Argentina en relación a estos dos tipos de divorcio, se puede decir que, la Ley N° 2.393 claramente hacía referencia al divorcio como sanción. Más adelante, la Ley N° 17.711 mostró una posición más moderada al permitir la solicitud de la separación, aludiendo sólo a ‘causas graves’. La normativa siguiente N° 23.515, continua en la misma dirección incorporando las causas objetivas.

Así es que, a través del Código Civil y Comercial de la Nación, se observa un cambio importante hacia el llamado divorcio remedio.

En los fundamentos del anteproyecto se argumentó la eliminación de las causas subjetivas explicando 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” (Lorenzetti y otros, 2012). Lo que se busca es reducir todo aquello que genere más conflicto, derivando en situaciones dolorosas para todos los integrantes de la familia.

Asimismo, se ha demostrado que no se obtiene beneficio alguno discutiendo y deslindando responsabilidades y culpas entre los cónyuges, en un proceso de por sí complejo.

El requerimiento de presentar pruebas comprobables, cuenta en ocasiones con dificultades para poder ser realmente demostradas, y en el afán de conseguirlas para dar validez al proceso judicial, termina convirtiendo a familiares y amigos en testigos de situaciones que son propias de la intimidad de la pareja. Esto los obliga, sin quererlo o sin pensarlo, a tomar partido por uno u otro de los cónyuges.

Cabe agregar además, que es casi imposible considerar que la ruptura matrimonial se origine por una única causa llevada adelante por uno de los esposos. En general, debido a lo complejo de las relaciones entre ellos y las vicisitudes que deben enfrentar en el día a día, ambos terminan siendo protagonistas de un vínculo que se fue desgastando con el aporte de ambos.

“La consagración de un divorcio sin atribución de culpas se condice con el respeto a los derechos humanos de los cónyuges y los demás miembros del grupo familiar,

especialmente los hijos” (Lorenzetti y otros, 2012). Es válido mencionar entre ellos, el derecho a construir una vida familiar sobre los pilares del amor y la paz, y también, el derecho de los hijos de poder desarrollar buenas relaciones tanto con el padre como con la madre, sin que influya en ellos los motivos que llevaron al divorcio de sus progenitores.

Esta mirada refuerza la idea de valorar más el modo en que el grupo familiar avanza hacia el futuro, en lugar de quedar estancados investigando las causas para poder dirimir el conflicto.

## **2.5. EL DIVORCIO POR VÍA JUDICIAL**

En cuanto a la legitimación del divorcio, el artículo 437 expresa que, “El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno sólo de los cónyuges”. Así, por medio del mismo se dejan en claro varios aspectos.

Se reafirma que el divorcio es judicial, no admitiéndose ningún otro dentro de esta legislación. Será el juez quien dicte la sentencia en respuesta a la petición que haya efectivizado uno o los dos cónyuges.

Es dable aclarar en relación al artículo citado, que el texto finaliza con un aspecto muy importante y que tiene que ver con la petición, la que puede efectivizar tanto uno como los dos cónyuges. De este modo, la normativa legal deja asentada una doble posibilidad para llegar al divorcio. Cuando éste es solicitado por uno de los esposos se lo denomina unilateral, y cuando la presentación la realizan ambos, se lo llama bilateral.

La presente normativa legal, elimina de su articulado la separación personal y a través de ellos, regula exclusivamente el divorcio incausado, dejando sin efecto el requisito de presentación de causas.

Asimismo, quedan sin efecto los plazos que debían transcurrir como exigencia legal para solicitar el divorcio, es decir, el tiempo desde la formalización del matrimonio hasta la petición del divorcio. De igual modo, se suprimen las audiencias que tenían como objetivo que la pareja reflexionara y reconsiderara la posibilidad de conciliación.

La Ley N° 23.515 que incorporó el divorcio vincular, conservó la figura de la separación personal “para darle el derecho a quienes, por un tema religioso u objeción de conciencia, no quisieran disolver el vínculo matrimonial” (Herrera y otros, 2016. P. 64). Sin embargo, con el paso del tiempo la práctica demostró que sólo optaban por la misma, mientras esperaban que se cumpliera el plazo exigido por la ley. Al desaparecer éste, la presencia de la separación personal pierde sentido.

El motivo de los diferentes cambios en materia de divorcio, manifestados en los fundamentos del anteproyecto del CCyC, se apoyan en la necesidad de “no atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial” (Lorenzetti y otros, 2012).

Igualmente, se considera que todas las modificaciones se han introducido buscando alcanzar “el mayor equilibrio entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente, al momento de la ruptura, llegando a una conclusión en términos pacíficos, donde las personas entiendan que un buen divorcio contribuye a la paz familiar y social” (Lorenzetti y otros, 2012).



## **Consideraciones parciales**

Tras haber plasmado los aspectos más destacados del matrimonio como acto que da inicio al vínculo matrimonial desde el punto de vista legal, el presente capítulo expuso los conceptos más importantes del acto que pone fin a la unión matrimonial, este es, el divorcio.

Se ha intentado mostrar en estas líneas, el camino recorrido por esta figura durante casi un siglo y medio en Argentina, buscando encontrar un punto de equilibrio entre la necesidad de dar un marco legal al deseo de los esposos de disolver su vínculo, y que las decisiones de los legisladores no sólo no dañaran sino que respetaran los usos y costumbres arraigados a una cultura eminentemente religiosa.

Así, en el año 2015 comenzó la vigencia del nuevo digesto legal, con cambios que se consideran acordes a los tiempos que corren y a las exigencias de la sociedad. También demuestra la clara influencia de los tratados internacionales de derechos humanos, pretendiendo convertirlo en una herramienta que respete de modo taxativo los derechos comprometido en este proceso.

## **CAPÍTULO III EL CONVENIO REGULADOR DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO INCAUSADO**

### **3.1. ASPECTOS GENERALES**

Tal y como se expresó en el capítulo anterior, la normativa vigente introduce una novedad en relación a la petición del divorcio; el artículo 437 deja en claro que, es posible que la misma la lleve adelante sólo uno de los cónyuges, sin necesidad alguna de aludir a las causas de la solicitud. Por tanto, el pedido es válido de manera conjunta o individual por cualquiera de las partes. No obstante, estas diferentes situaciones presentan desiguales derivaciones, como se comprobará más adelante.

Paso seguido, a modo de requisito, el artículo 438 expresa que “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” (primer párr.). Y continua, “Si el divorcio es peticionado por uno sólo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta” (segundo párr.).

Es posible observar aquí la primera diferencia; si la petición de divorcio la realizan en forma conjunta ambos cónyuges, la misma debe ir acompañada de un convenio regulador de las consecuencias de aquel. Ahora bien, si la solicitud la realiza sólo uno de los esposos, es decir, cuando el pedido es unilateral, se debe adjuntar una propuesta con los diferentes temas a tener en cuenta. De igual modo, la otra parte tiene derecho a presentar su propuesta, la que será coincidente o manifestará desacuerdo, tanto en uno como en todos los aspectos planteados.

Sin embargo, el mismo artículo continúa en su texto expresando que, “En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio” (cuarto párr.); es decir que, para el primero, la confección de la propuesta es obligatoria, siendo para el otro una opción. En caso de concretarla y existir discrepancias en cuanto a su contenido, igualmente se sigue adelante con el proceso de divorcio.

Por tanto, la sentencia de divorcio se conduce por vía diferente y no encuentra obstáculo para su definición, aún en los casos en que no exista acuerdo en uno o varios puntos que conforman el convenio regulador. Así, pareciera un sinsentido la obligatoriedad de presentarlo conjuntamente con la solicitud de divorcio vincular. Siguiendo esta lógica, podría decirse que “la exigencia deviene irrazonable” (Solari, 2013, p. 3).

No obstante, la construcción de un convenio o propuesta que incluya la forma que asumirán los aspectos más importantes de la nueva constitución familiar a partir de la disolución del matrimonio, implica que ambas partes puedan convenir y planificar cómo se desarrollarán de ahora en adelante, los diferentes efectos o consecuencias. Es decir, quién más que ellos conocen profundamente todo lo atinente al funcionamiento de la familia como para que sean justamente ellos los protagonistas de la construcción de este nuevo proyecto de vida. Esta etapa se lleva adelante sin la intervención de un profesional en primera instancia, aunque luego las propuestas podrán ser discutidas en una audiencia que cuente con la presencia del juez.

Es dable agregar que, el carácter imperativo que el legislador imprimió a esta obligación mediante el término ‘debe’ en su redacción, adquiere especial relevancia por cuanto “La propuesta en sentido amplio, como manifestación de voluntad de cada

cónyuge sobre lo que espera para el futuro en materia de efectos, constituye un elemento central para dar trámite a la petición” (Lorenzetti, 2015, p. 739).

Por otra parte, es notable entre las modificaciones, el nuevo rol por así decirlo, que la normativa le otorga al juez dándole la autoridad para evaluar las propuestas que presenten los cónyuges. Al igual que, de existir desacuerdo “...las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local” (art. 438, quinto párr.).

### **3.2. DEFINICIÓN**

Así planteado entonces, la norma prevé los requisitos y las condiciones bajo las cuales el proceso de divorcio se llevará adelante, entre ellos, la obligatoriedad de presentar un convenio regulatorio junto a la petición de divorcio. Esto es, “una propuesta que incluye cómo se regularán los efectos derivados del divorcio” (Kemelmajer de Carlucci, 2015, p. 4).

El convenio regulador es “un negocio jurídico familiar de carácter mixto por intervenir los particulares y la autoridad judicial que tiene por finalidad regular los efectos de las situaciones de crisis de matrimonio” (Fernández Gil Viega, 2012, p. 1353). De allí que, se lo puede considerar como el origen de todos los acuerdos posibles que buscarán equilibrar juiciosamente, los aspectos relativos a la nueva forma de vida familiar.

En este punto encuentra su función, que no es otra que dar la oportunidad a los cónyuges de poder poner de manifiesto su voluntad, si bien, dentro de determinados

límites ya que estos convenios “deben presentarse obligatoriamente, deben atender a todas las materias específicamente señaladas y no pueden violentar los principios de igualdad y libertad que inspiran el régimen matrimonial” (Fernández Gil Viega, 2012, p. 1354).

Sin lugar a dudas, la construcción y presentación de un convenio regulador derivado de una petición bilateral, conjunta del divorcio, se considera mucho más beneficioso, por cuanto significó un estadio anterior de intercomunicación entre los cónyuges. Esta situación, sumada a los necesarios acuerdos con sus representantes legales, pone de manifiesto las mejores intenciones por resolver el conflicto acordando y provocando el menor daño posible.

### **3.3. CARACTERES DEL CONVENIO REGULADOR**

Con el objeto de completar la definición del convenio regulador, es oportuno hacer referencia a sus caracteres principales, entre ellos los siguientes:

-Es condicional: su explicación es simple puesto que el mismo se origina bajo “dos condiciones suspensivas, como lo son el que se produzca efectivamente el divorcio o separación y que el juez autorice el acto” (Medina, 2012, p. 9).

-Es un negocio jurídico precario: se lo caracteriza así, debido a que es posible solicitar que se lo modifique por diferentes motivos, pero particularmente, cuando el cumplimiento de algunos de sus puntos estuviese perjudicando a los menores.

Esto se ve respaldado por el último párrafo del artículo 440 del CCyC, relativo a la modificación del convenio regulador, al expresar que “El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente”.

-Es revocable “hasta tanto no haya sido aceptada la propuesta por las partes. En caso de requerirse su revocación posterior, sólo podrá serlo mediante autorización judicial” (Medina, 2012, p. 10).

-Por último, es posible considerar el convenio regulador como limitado, puesto que al momento de confeccionar el convenio regulador, la autonomía de la voluntad de los cónyuges se enfrenta con dos restricciones. “En primer lugar, limitada por el principio de igualdad y por las limitaciones que establece el propio CCyC sobre los derechos intransmisibles, indisponibles, irrenunciables e indelegables” (Medina, 2012, p. 10). En segundo lugar, estos convenios deben homologarse judicialmente antes de su puesta en práctica.

### **3.4. CONTENIDO DEL CONVENIO REGULADOR**

El artículo 439 del CCyC, puntualiza que 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...”; como una muestra más de la autonomía de la voluntad de los cónyuges acogida por la normativa legal.

Al pretender regular las consecuencias jurídicas del divorcio, lo anterior no quita que puedan adicionarse otros temas que los esposos consideren importante y que la

legislación no ha previsto. También puede darse el caso contrario, donde los aspectos que contiene el convenio se ven reducidos, por ejemplo cuando el matrimonio no tuvo hijos o no tienen vivienda propia.

No pareciera que se estuviese obligando a los cónyuges a llegar a un acuerdo sobre todas las áreas descriptas, sino más bien, se los exhorta a entenderse y poder así resolver sólo aquello que consideren conveniente para el futuro de toda la familia.

Cada uno de ellos abarca un tema general que concierne a los cónyuges y a los hijos.

**3.4.1. Atribución de la vivienda conyugal:** deben acordar en este punto, quién continuará viviendo en la casa que compartían mientras estaban casados. En este sentido, no importa si son propietarios del inmueble o es alquilado.

El artículo 443 del CCyC refiere a las pautas que se priorizan al momento de que el Juez intervenga, a los fines de aprobar a quién se le otorga el uso de la vivienda. Así, tendrá en cuenta:

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

Siguiendo en la misma línea de dar mayor protección a quien se considere que más lo necesite, es dable destacar que, el artículo 444 establece que “el juez puede establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se

atribuye la vivienda...”. Y en caso de que esta sea alquilada “el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato”.

En todos los casos, el derecho al uso de la vivienda caduca: “a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez; b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación; c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria” (art. 445).

**3.4.2. Distribución de bienes:** se entiende que los cónyuges deben acordar la partición de sus bienes gananciales. En este sentido, se plasmará la voluntad de ambos o de cada uno de ellos respecto de aquellos, dentro del marco de la ley.

Tal como se expresó anteriormente, el artículo 439 hacía referencia a que los esposos decidían acerca de la distribución de bienes y la posible compensación económica si la hubiese, y esto, debía quedar asentado en el convenio regulador. No obstante, es posible que le hagan saber al juez su decisión de “partir la comunidad extrajudicialmente, autorizado por la interpretación armónica de los artículos 500 -la división es en la forma prescripta para la partición de las herencias-, y el 2369 que prevé la partición privada en la forma que consideren pertinente” (Bossert y Zannoni, 2016, p. 257).

**3.4.3. Compensación económica:** esta compone una más de las innovaciones del CCyC como parte del instituto del divorcio. Su regulación se encuentra en los artículos 441 y 442.



“Es un derecho personal reconocido al cónyuge al que el divorcio le produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba en el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente a la conservada por el otro consorte” (Yzquierdo Tolsada, 2011, p. 519). Por tanto, ante la desigualdad económica, comparativamente entre uno y otro de los cónyuges, relacionando el estado anterior con el posterior al divorcio, se busca equilibrar las condiciones a través de un aporte. Para esto, sólo se requiere probar el deterioro sufrido al cotejar las distintas situaciones antes mencionadas.

La compensación “puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado” (art. 441). Esto último puede suceder frente a situaciones particulares que se consideran tales, que hacen que el desequilibrio sea perpetuo. Es decir que, los condicionantes impiden la existencia de esperanza alguna de que a futuro se revierta. Cabe mencionar “la avanzada edad, la ausencia de instrucción o una salud precaria, o a cargo de hijos deficientes o minusválidos, que cercenan drásticamente cualquier proyecto orientado a la consecución de la independencia económica” (Yzquierdo Tolsada, 2011, p. 537). No queda otra salida que la compensación por tiempo indefinido.

A su vez, la misma “Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez” (art. 441).

**3.4.4. Ejercicio de la responsabilidad parental:** La normativa procura que los esposos definan en el marco del convenio regulador el ejercicio de la responsabilidad parental, lo que implica “la guarda de los hijos menores, que ejercerá uno de los progenitores y, respecto del otro, el derecho a mantener adecuada comunicación con ellos

mediante un régimen de visitas o contacto y prestación de alimentos” (Bossert y Zannoni, 2016, p. 255).

Desde el momento en que se produce la disolución del vínculo matrimonial, los hijos y su estado pasan a adquirir una importancia relevante. Más aún en el presente, cuando los instrumentos internacionales de derechos humanos han dejado sentada su posición respecto al cuidado y protección que los adultos deben proveer a los niños, por su particular estado de vulnerabilidad.

Por tanto, son esenciales las decisiones a las que se arribe en cuanto a la forma que tomará la vida de los hijos a partir del divorcio. Esto ya no se circunscribe, o no debería, a la esfera exclusiva de los adultos; todo atañe particularmente a los menores. En este sentido, “se busca que los progenitores adopten una actitud madura y les den a sus hijos las mayores garantías en cuanto a la continuidad del afecto de sus padres” (Medina, 2011, p. 209).

Los hijos requieren compartir tiempo y actividades igualmente con ambos progenitores; precisan comunicación constante y fluida con los dos. El acuerdo debe contemplar estos aspectos, además de una similar distribución de las responsabilidades parentales.

### **3.5. CONVENIO REGULADOR EN LA JURISPRUDENCIA**

-Juzgado de Familia de Paso de los Libres XXXX y XXXX s/ divorcio. 11/09/2015

Los cónyuges solicitaron su divorcio en los términos de los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial, presentando además el convenio regulador conforme lo prevé

ese ordenamiento legal. El Juzgado decretó el divorcio solicitado, declaró extinguida la comunidad de conformidad con lo establecido por los arts. 475 inc c) y 480, con retroactividad a la fecha de presentación conjunta y homologó el acuerdo.

Dado que los cónyuges, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, han requerido en forma conjunta el divorcio y acordado lo más conveniente para regular sus relaciones personales y patrimoniales y se cumplieron los requisitos establecidos por el art. 438 del Código Civil y Comercial, cabe admitir la pretensión, decretar el divorcio según el art. 437 de esa normativa, declarar extinguida la comunidad conforme lo previsto por el art. 475 inc. 6 y homologar el convenio regulador -en el caso, con la salvedad de que debe estarse a la acreditación de la titularidad del inmueble objeto de la adjudicación y a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Provincia de Corrientes, artículos 110 al 114, 117 y concordantes.

En cuanto al Convenio Regulador realizado por la pareja, y teniendo en cuenta la presencia de dos hijos menores, se atiende al dictamen de la Asesora de menores, quien manifiesta que tras haber analizado el convenio en todas sus partes, no presenta ninguna objeción, ‘pudiendo S.S. homologarlo al dictar sentencia, previa ratificación de firma y del contenido de convenio...’.

-Juzgado de Familia de Corrientes, N° 2. S. R. C. c. S. A. E. s/ divorcio. 04/11/2015

El esposo solicitó el divorcio y presentó el convenio regulador celebrado en forma privada con certificación notarial de firmas. Corrido el traslado, su cónyuge no contestó. El juez únicamente se expidió respecto de la primera petición y decretó el divorcio de las partes según el Código Civil y Comercial entrado en vigencia, y no sobre la propuesta que regula los efectos derivados de este.

Al formular la petición de divorcio en los términos del art. 438 del CCyC, se ordena agregar la documental acompañada y notificar a la contraria la petición de divorcio, se dispone correr traslado de la propuesta reguladora, y se da intervención a la Asesora de Menores.

El actor solicita se homologue el Convenio presentado y, se tenga presente que el mismo deposita un monto superior al convenido en concepto de cuota alimentaria para la hija menor de edad. Presenta además como convenio regulador, un acuerdo sobre cuidado personal, Régimen de Comunicación, alimentos y partición de bienes comunes, que fue celebrado entre las partes en forma privada, con certificación notarial de firmas.

No obstante, se considera que están dados los requisitos establecidos en el art. 438 del CCyC, entendiéndolo la suscripta, conforme lo expresado precedentemente, que están dados los presupuestos fácticos para acceder a la petición formulada decretando el divorcio de las partes en los términos del art. 437 del Cód. Civil y Comercial.

-Juzgado de Familia, N° 1, Tigre. F. G., C. y otro/a s/ divorcio por presentación conjunta. 14/07/2016

Una ex pareja inició de forma conjunta el trámite de su de divorcio. Acompañaron convenio regulador respecto a los bienes gananciales, atribución del hogar, cuidado personal, régimen de comunicación y alimentos. El juez decretó el divorcio y homologó el acuerdo excepto en lo relativo a la atribución del hogar conyugal.

El convenio regulador presentado por las partes en su petición de divorcio acerca de la atribución del hogar conyugal no puede ser homologado, pues ninguno de los ex cónyuges posee ningún derecho actual que implique el uso y goce del inmueble sobre el cual se desarrolló la vida familiar, en el caso, edificaron la vivienda sobre un lote que

correspondía por sucesión a los familiares del marido; sólo poseen la posibilidad del reclamo de un crédito a su favor el que tampoco está determinado, no pudiéndose regular, en el marco del proceso de divorcio, derechos que corresponden a terceros.

En cuanto a los bienes gananciales manifiestan que durante su unión conyugal edificaron su vivienda de dos plantas al frente de un lote que corresponde por sucesión a los familiares del Sr. F., por lo que las mejoras que representan la edificación referida, y que integra su masa de bienes con carácter ganancial. Acuerdan con relación a dichas mejoras gananciales que se adjudiquen a sus hijos por partes iguales y piden se extienda testimonio que así lo refleje para constancia de los interesados.

Frente a este acuerdo presentado he de puntualizar los siguientes conceptos:

El artículo 438 del CC y C indica que las propuestas deben ser evaluadas por el juez, lo que le confiere la facultad de objetar una o más estipulaciones de los acuerdos por ellas celebrados.

La atribución de la vivienda familiar implica conceder a uno de los cónyuges el uso del inmueble en el cual desarrolló la vida familiar durante el matrimonio. Lo que se concede es la facultad de uso del inmueble, sin alterar la titularidad. Pero sí es necesario destacar que requiere que al menos uno de los cónyuges sea titular de algún derecho (sea dominio, locación, usufructo, etc.), que implique el uso y goce del inmueble, pues de lo contrario carece de sustento jurídico una atribución de un uso simplemente fáctico.

En este sentido, el art. 1962 del CCyC establece que si un tercero construye en el inmueble de otro los materiales pertenecen al dueño del inmueble, quien debe indemnizar el mayor valor adquirido.

Es decir, que en primer lugar habría que determinar quién es el titular del lote sobre el cual la construcción fue efectuada. Si luego de la partición hereditaria dicho lote es adjudicado a familiares del Sr. F., la comunidad conyugal tendrá, en caso de comprobarse las circunstancias descriptas, un crédito (ganancial) frente a estos terceros (art. 1962 CCyC). Y en el hipotético caso de que en la partición le fuera adjudicado el inmueble en su totalidad al Sr. F., tendrá posibilidad de reclamar a aquel el crédito a que hacen referencia (art. 464 inc. j del CCyC).

Por ello, teniendo además en cuenta que en el marco del proceso de divorcio únicamente pueden regularse los efectos que de él derivan para los cónyuges y los miembros de su familia y no respecto a terceros, considero que el convenio celebrado, en este punto, en base a los elementos aportados, y tal como fue presentado bajo el título 'atribución del hogar conyugal' no puede homologarse. En cuanto al resto del acuerdo no le cabe ninguna observación.

-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, A., J. c. S., L. E. s/ Divorcio.  
28/06/2018

El juez denegó la homologación del acuerdo al que habían arribado las partes en un proceso de mediación prejudicial, con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial. Apelada la decisión, la Cámara la revocó, aunque solicitó a las partes la fijación de la cuota alimentaria del hijo en común.

El convenio de familia celebrado entre los ex cónyuges debe homologarse, pues aun cuando haya transcurrido bastante tiempo desde la firma del mismo y la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento civil, el negocio se celebró en el marco de un proceso de mediación prejudicial, con la debida asistencia letrada de ambas partes, por lo que no

requiere homologación y es ejecutable directamente; máxime si la Sra. Defensora Pública de Menores de Cámara no adujo que alguna de las cláusulas resulte perjudicial para su defendida, sino que por el contrario, solicitó la homologación de lo oportunamente pactado.

De igual modo, el cambio de normativa no extingue las obligaciones contraídas con el viejo Código y que, en su caso, podría exigirse que se reajusten aquellas que no se adecuen al nuevo ordenamiento.

Al ser un acuerdo privado entre partes, la homologación no es un requisito a los efectos de su cumplimiento, sin que exista ni en la actual normativa ni en la anterior plazo alguno para pedir la homologación del convenio.

La Sra. Defensora Pública de Menores de Cámara agregó, que el hecho de la falta de homologación no invalida la plena validez del convenio como negocio jurídico celebrado entre las partes, la que tendrá eficacia como contrato consensual y bilateral, aceptado y reconocido por las partes, si concurren consentimiento, objeto y causa y se realiza en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

Ante ello, sostuvo que ambos progenitores se encuentran en condiciones de asumir aquello a lo que se comprometieron en beneficio de los intereses de su defendida, en este caso, la hija menor.

El Tribunal resuelve: Revocar,...la resolución [-] de fs. 116, debiendo procederse a la homologación del acuerdo...

### **Consideraciones parciales**

Lo expresado hasta aquí no hace más que confirmar el avance de las legislaciones de modo de ir en paralelo con la evolución de las sociedades, que implica en ocasiones, cambios sociales vertiginosos que influyen en sus principales instituciones.

Así también, las normativas reciben el impulso de los tratados internacionales de derechos humanos, de tal forma que su aporte es muy valioso para delinear con la mayor certeza posible, los lineamientos legales.

En este sentido se observa, como ya se manifestó, que el divorcio sin necesidad de expresión de causa, es un adelanto importante al dejar en el ámbito de la privacidad de los esposos, los motivos que dieron fin a la unión matrimonial.

De igual modo, la ley pretende que sean ellos los que asuman el protagonismo de su vida íntima, al dejar en sus manos la construcción de un convenio regulador de las consecuencias del divorcio. Así, apoyados tanto en la igualdad como en la autonomía de la voluntad, logren adecuar a las circunstancias particulares de cada familia, los aspectos más relevantes y el modo en que se desenvolverán de aquí en adelante.

Por tanto, se considera que lo que la normativa estipula como contenidos del convenio regulador, funcionaría como una lista tentativa y orientadora de lo que los legisladores estiman que se debe atender; no obstante, se manifiesta una total libertad en los temas que los cónyuges pueden acordar y plasmar en la presentación formal.

Se espera con esto, la menor intervención del Estado en la resolución de sus asuntos, con especial acento en los derechos fundamentales de los cónyuges y particularmente, de los hijos si los hubiese. No obstante, también se sabe que este proceso puede ser un camino espinoso, donde ambas partes intenten perjudicar al otro a cambio del bien propio; ya sea en lo económico o en lo relativo a los hijos, o en asuntos de otra



índole. De ahí, que algunos lineamientos deben estar claramente argumentados para poder así, dar contención legal en todos los casos que se considere pertinente.

Cabe destacar, la importancia de la petición unilateral del divorcio acompañada de una propuesta, habida cuenta de la existencia de múltiples situaciones que por su complejidad misma, se veían impedidas de acceder a él; este paso resalta igualmente, el respeto a los derechos, a la igualdad y a la voluntad puesta en esa decisión.

## **CAPÍTULO IV DERECHO COMPARADO**

### **4.1. DERECHO COMPARADO**

Cada país, dependiendo de su cultura, religión, aspectos sociales y políticos, adecua sus normativas legales, basado en acuerdos a los que llegan sus legisladores luego de profundas investigaciones, tanto de su propia sociedad como de ámbitos internacionales.

Es así que, en ocasiones se observan coincidencias en digestos legales donde las raíces culturales pueden ser similares o cuando la mayoría religiosa se apoya en los mismos dogmas. Por el contrario, también se visualizan diferencias que guardan sus propios fundamentos.

En relación al tema central del presente trabajo, circunscripto a la unión matrimonial, el divorcio como disolución de la misma y el convenio regulador de las consecuencias o los efectos de aquel, a modo de ejemplo entre distintas normativas que regulan estas realidades en diferentes países, a continuación se muestra brevemente los casos de España y México.

#### **4.1.1. EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

En España, el matrimonio se erige como una de las instituciones jurídicas más destacadas, puesto que como base de la familia y conjuntamente con ella, forman los cimientos en los que se asienta la sociedad toda. De ahí que, la legislación ha buscado acomodarse a la realidad imperante a lo largo de la historia. Así es que, distintas

concepciones evolucionaron desde posiciones extremas donde sólo “era válido el matrimonio canónico hasta la consolidación de un régimen de matrimonio civil de libre elección” (Rives Gilabert y Rives Seva, 2001, p. 2), el que se asienta en la Constitución Española de 1978 y en la Ley N° 30/1981.

Cabe señalar que, en tiempos anteriores a la legislación del año 1870, donde queda establecido el matrimonio civil, las uniones se formalizaba exclusivamente por medio del sacramento que estipulaba la religión católica. Esta situación se encontraba muy alejada de la actual condición, tanto de la unión matrimonial como de su disolución y del convenio regulador de los efectos de la misma.

En lo sucesivo, se sancionaron leyes que modificaron la carta magna española, tendientes a regular diferentes áreas del Derecho de Familia. Como ejemplo, vale citar la Ley N° 30/1981, por medio de la cual se incorpora al Código Civil la figura del Convenio Regulador.

Así también, la Ley N° 15/2005, relativa a la Separación y Divorcio, introduce importantes cambios, tales como la modificación de los artículos 81 y 86 del Código Civil, “decretando la separación o el divorcio a petición de ambos cónyuges o de uno sólo de ellos, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio”.

En cuanto a la regulación del divorcio, el artículo 86 expresa que, “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el Consentimiento del otro...”.

Por otro lado, queda derogado el artículo 82, suprimiendo por medio del mismo, “todo elemento causal, sea por hechos culposos o por cese de la convivencia”. De esta

forma, toma relevancia la voluntad de individuo, al poder decidir dar por finalizada la unión matrimonial sin estar obligado a exponer las causas, así como también, sin estar obligado a cumplir con un período previo de separación; de igual modo que en el ordenamiento argentino.

Ya sea el caso de divorcio como de separación de mutuo acuerdo, contemplada por la normativa legal española, continua siendo requisito la presentación del convenio regulador. En este último, se priorizan dos aspectos destacados, “las relaciones económicas entre los cónyuges y los hijos, profundizando la responsabilidad parental mediante la necesidad de presentar un Plan de ejercicio de la Patria potestad conjunta” (Pérez Vallejo, 2000, p. 54). En su desarrollo, este plan contará con el control permanente de la justicia y deberá incluir “la forma de decidir, los tiempos de convivencia, y hasta las reglas de recogida y entrega del menor” (Pérez Vallejo, 2000, p. 55).

Cabe aclarar que, este Código Civil no define en su texto el convenio regulador, lo menciona en los artículos 81, 82, 83, 86, 87 y 90. No obstante, se considera pertinente citar a Moreno (2002), quien al respecto expresa que el mismo, “supone la manifestación más evidente de la autonomía de la voluntad, por el que las partes proponen al juez respuestas o regulaciones de mutuo acuerdo a todas y cada una de las previsiones, y éste, homologa las mismas” (p.10).

Por tanto, es un acto jurídico de índole exclusivamente familiar, donde se debe contemplar de manera prioritaria, el aspecto económico en relación a los cónyuges, contando aquí con mayor libertad de decisión y acuerdo. Asimismo y más importante, el aspecto relativo a las relaciones paterno filiales en el que interviene concluyentemente el

juez, valorando el texto del convenio, puesto que debe velar y salvaguardar a los hijos. En este sentido, debe priorizar el interés superior de los menores.

#### **4.1.2. EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA**

En México, el instituto del divorcio fue tomado de normativas legales de distintos países, aunque sin lugar a dudas, su carta magna deriva del Derecho Romano.

Esta figura mostró a lo largo del tiempo, diferentes modificaciones que no hicieron más que obstaculizar la acción de poner fin a la unión matrimonial. Esto se debió, no tanto por incompetencia de los legisladores, sino por el afán de conservar a la familia unida como fuente originaria de la sociedad, dominada por una gran influencia religiosa y cultural. No obstante, se comenzó a entender que las dificultades que atraviesa una pareja, lleva a que la convivencia se convierta en algo perjudicial, ocasionando daño ya no sólo a los esposos, sino también y más relevante a los hijos.

En el año 1914, Venustiano Carranza en Veracruz, modifica la Constitución y la ley en ese momento vigente, del año 1874, dando lugar a la sanción de la Ley de Divorcio, donde éste,

Pasa de ser indisoluble a ser plenamente soluble, regulándose por primera vez el divorcio vincular voluntario y necesario en el que se contenían sólo dos causas, 1.- cuando ya no se pudiera o fuera indebido realizar los fines del matrimonio y 2.- cuando se cometiesen faltas graves por uno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal (Domínguez Martínez, 2008, p. 329).

Podía solicitarse de mutuo acuerdo y en todos los casos tenía como condición, que hayan transcurrido por lo menos tres años desde la unión formal del matrimonio, de no mediar causa que hiciera insostenible la convivencia de los esposos.

El Código Civil del año 1928, vigente a la fecha, alude a iguales tipos de divorcio.

Entre los tipos de divorcio que contempla la legislación mexicana, cabe mencionar al divorcio por separación de cuerpos. Se puede decir que es la más antigua de las formas de divorcio en México, encontrándose en el Código Civil de 1859. No obstante, esta figura por ese entonces, no implicaba la disolución del vínculo entre los cónyuges y por tanto, no se modificaba su aptitud nupcial, es decir que no podían volver a contraer matrimonio. Es decir, que sólo había una separación de cuerpos.

De allí que, se considere mal denominado, divorcio; aunque estuvo vigente hasta la modificación del año 1914.

Otra clase de divorcio es el administrativo. Este fue incorporado en el Código Civil del año 1928, convirtiéndose en “una modalidad de divorcio voluntario accesible a aquellas parejas en que los cónyuges fueran mayores de edad, no tuvieran hijos y se encontraran casados bajo el régimen de separación de bienes” (Domínguez Martínez, 2008, p. 362).

El divorcio administrativo cuenta con la particularidad de facilitar la disolución de la unión matrimonial, al tramitarse en el Registro Civil. Allí los cónyuges, declaran ante la autoridad de la mencionada entidad, su voluntad de no convivir más juntos.

El Código Civil Federal de México, en su apartado relativo a Registro Civil, alude al divorcio administrativo mencionando los requisitos que deben presentar los cónyuges (art. 115). Al finalizar la declaración, la normativa legal manifiesta que, “Extendida el

acta se mandará anotar la de matrimonio de los divorciados y la copia de la declaración administrativa de divorcio se archivará con el mismo número del acta” (art. 116). Como ya se expresó en el presente trabajo, esta clase de divorcio no se encuentra reglamentada en el ordenamiento argentino.

Por último, cabe mencionar el llamado divorcio vincular. Esta figura se encuentra en la normativa legal mexicana desde el año 1914, siendo así uno de los primeros países del mundo en incorporarla a su legislación. Con ello, se “disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro” (art. 266, CCF). Aspecto que se prevé de igual forma en Argentina.

A continuación, el artículo 267 puntualiza las veinte diferentes causales de divorcio, entre ellas en primer lugar se encuentra, el adulterio.

#### **4.1.3. EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN DE PARAGUAY**

En Paraguay, la Ley N° 45 del año 1991, es la normativa que “establece el divorcio que disuelve el vínculo matrimonial y habilita a los cónyuges divorciados a contraer nuevas nupcias. No hay divorcio sin sentencia judicial que así lo decrete” (art. 1). En igual sentido que el ordenamiento argentino.

Por medio de la promulgación de la Ley N° 5422 en el año 2015, se modificaron los artículos 4, 5, 6, 7 y 13 de la normativa antes mencionada, caracterizada por un divorcio causal. Es así que, el artículo 4 conserva su estructura determinada por una serie de actos o situaciones consideradas causales de divorcio, pudiendo servir cualquiera de ellas a modo de fundamento o justificativo de la solicitud de divorcio vincular unilateral.

No obstante, en la nueva ley se amplió, abarcando “situaciones en forma genérica que pudieran darse y que no sería posible tipificar por el legislador, incluyendo todo tipo de situaciones graves y al mismo tiempo las previstas por la legislación penal respecto a la familia”, explicó el senador Enrique Bacchetta. Así también, se consideró que la terminología ya no se consideraba pertinente en algunos casos, como por ejemplo, hablar de enfermedad mental (art. 4, inc. e), Ley N° 45). La nueva ley alude a “la interdicción declarada judicialmente” (art.4, inc. d), Ley N° 5422). Los artículos 6 y 7, que se derivan del mencionado inciso, conservan su redacción y por tanto, su intención.

A continuación, la modificación del artículo 5 implica que toda vez que el divorcio sea solicitado de manera conjunta por ambos cónyuges, mutuamente acordado, ya no será preciso esperar el plazo mínimo de tres años que se exigía. De todos modos, antes de ello, “el juez escuchará separadamente a las partes, procurando su reconciliación y fijando un plazo de treinta a sesenta días dentro del cual convocará a las partes a una audiencia para que se ratifiquen o no en su voluntad de divorciarse” (art. 5, Ley N° 5422).

De no existir dicho acuerdo, cualquiera de los esposos solicitará el divorcio apoyado en una de las causas citadas en el artículo 4, dándosele curso al juicio ordinario.

Lo antes expresado, no encuentra similitud con la normativa argentina, por cuanto en esta última ya no se hace referencia a causales de divorcio.

Una nota características como limitante se asienta en el artículo 10, al decir que, “Los cónyuges divorciados no podrán contraer nuevas nupcias antes de transcurrido trescientos días de haber quedado firme y ejecutoriada la sentencia respectiva”.

Por último, cabe agregar que, el ordenamiento legal paraguayo no alude en ningún caso, al convenio regulador de las consecuencias del divorcio vincular.



El artículo 11 prevé en caso de existir hijos menores, cómo se hará frente a cuestiones que afectan directamente a los mismos, tales como alimentos, régimen de visitas o las atribuciones del hogar conyugal.

#### **4.1.4. EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN DE CHILE**

En Chile, la Ley N° 19.947 promulgada en el año 2004, establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. La misma sustituye la Ley de Matrimonio Civil que data de 1884.

El Capítulo VI relativo al divorcio, expresa que éste “pone término al matrimonio, pero no afecta en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella” (art. 53).

A continuación, el artículo 54 muestra claramente que la legislación plantea un divorcio de tipo causal, al puntualizar los diferentes motivos que pueden dar lugar al mismo.

Estas últimas legislaciones citadas, son un ejemplo de aquellos países que aún conservan el modelo de divorcio causal.

Paso seguido, el artículo 55 expresa que “el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año”, por tanto, es obligatorio que transcurra ese periodo de tiempo.

Ahora bien, de presentarse esta última situación, “los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos”. Este guarda en alguna medida, similitud con el

convenio regulador de los efectos del divorcio que exige el ordenamiento argentino, al velar por el bien a futuro, tanto de los hijos como de los cónyuges.

Subsiguientemente, el mismo apartado manifiesta que para su correcta redacción, se deben tener en cuenta todos los aspectos planteados en el artículo 21 de esta ley. Así, el acuerdo “se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita”.

Por tanto, tienen que ver con la regulación de sus relaciones, alimentos y bienes del matrimonio. En el caso de que “hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado”. Es decir, que atiende a todo lo que tenga que ver con el cuidado de la calidad de vida de los hijos, pudiendo ser el mismo compartido por ambos progenitores.

## CONCLUSIONES FINALES

Huelga decir, que es por demás valioso que la legislación haya evolucionado, acompañando los cambios sociales, de modo tal que pueda dar respuestas lo más certeras posible, a toda problemática que sufren los integrantes de la sociedad.

Puntualmente, la actualización del Código Civil y Comercial de Argentina, ha dejado entrever por medio de su articulado, la decisión de los legisladores de dar marco a situaciones propias de una sociedad con multiplicidad de culturas, ideologías y opiniones, buscando contenerlos a todos. Asimismo, el texto pretende mostrar su acuerdo a lo expresado por los tratados internacionales de derechos humanos a los que oportunamente, Argentina adhirió.

Esto se visualiza al poner especial atención en la protección integral de la familia, en el interés superior del niño y en los derechos que le caben a los más pequeños, entre ellos, el derecho a ser parte de una familia con todo lo que ello conlleva.

Así las cosas, los habitantes de la República Argentina cuentan con el marco legal para llevar adelante una unión matrimonial, incluida la procreación si ese es su deseo. Esto será toda vez que deseen mantener una vida en común; sin embargo, cuando por diferentes razones, se quiera interrumpir la convivencia y disolver el vínculo matrimonial, los cónyuges contarán también con un camino judicialmente aprobado que garantice el respeto a sus derechos esenciales y a los de su familia.

Por otro lado, es posible hacer mención a algunos aspectos que se consideran pasibles de mejoras, teniendo en cuenta previamente, una adecuada recopilación de opiniones e investigaciones que las fundamenten.

Por ejemplo, ya se hizo alusión a los beneficios que conlleva el divorcio incausado al no tener que ventilar los esposos, aspectos importantes que forman parte de su vida íntima. De más está decir, lo incómodo y problemático en que se convierte el proceso, cuando alguno de los cónyuges acusa como causa de divorcio, la infidelidad del otro. No obstante, otra mirada deja ver, que aquel que es infiel, no recibe castigo alguno en tanto la otra parte, víctima de esos actos inmorales, queda imposibilitada de accionar, sólo puede petitionar el divorcio.

En este sentido, no se vislumbra con claridad la igualdad entendida como un principio que da dirección y sustento a la normativa legal, teniendo en cuenta la posición en que quedan cada uno de los cónyuges. El peligro radica en que se lo pueda tomar como un contrato fácil de deshacer por cualquiera de las partes.

Siguiendo con la petición de divorcio unilateral, la que debe ir acompañada de una propuesta, se entendió que la otra parte, también puede presentar una propuesta con los temas considerados más importantes a tener en cuenta luego del divorcio. Ahora bien, es posible que la parte que no solicita el divorcio, desconozca las intenciones de su cónyuge. Por tanto, no quedaría claro de qué forma, bajo qué canales y en qué momento, esta persona será noticiada de lo que su cónyuge ha decidido, para poder entre otras cosas, elaborar y entregar una propuesta. Tanto el tiempo como la forma no se establecen en la normativa legal.

Puntualmente, en relación al convenio regulador de los efectos del divorcio incausado, el Código Civil y Comercial de la Nación (2015), marca claramente una diferencia con lo planteado por Vélez Sarsfield. De acuerdo a éste, cuando la petición de

divorcio se realizaba de manera conjunta por ambos cónyuges, la presentación simultánea de una propuesta, era opcional.

Este sería de algún modo, el argumento que sustenta la crítica por el carácter obligatorio de la propuesta que marca la nueva normativa, puesto que, “precisamente por el principio de la autonomía de la voluntad, habría que haber dejado en libertad de acción a los cónyuges para agregarla o no a la propuesta” (Solari, 2013, p.24).

Sin embargo, la fundamentación que muestra la contracara es dable encontrarla en los fundamentos del anteproyecto del CCyC, al expresar allí que debiendo respetar la voluntad de los integrantes de la pareja conyugal y con el objeto de que ellos sean quienes protagonicen este proceso, es que “se consigna la necesidad de incorporar al proceso un convenio regulador, que puede ser acordado por las partes o, cuando se trate de un divorcio unilateral, surgido de una propuesta” (Lorenzetti y otros, 2011, p. 3). Se consideraría así, obra de los protagonistas, en lugar de quedar en manos de la justicia, si bien ella interviene en última instancia.

Se ha querido dejar sentado los puntos más destacados que se circunscriben al modo en que se desarrollaría en la práctica, el proceso de divorcio dentro de la legislación vigente. Es importante que más allá de los acuerdos o no con respecto a la normativa, tanto letrados como los cónyuges, asuman transcurrir este camino con suma responsabilidad, teniendo presente los derechos que se juegan al momento de disolver una unión matrimonial.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Acedo Penco, A. y Pérez Gallardo, L. (2009). *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*. Buenos Aires: Zavalia.
- Álvarez Torres, M. (2013). *Mediación Familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*. Madrid: Dykinson.
- Belluscio, A.C. (2011). *Manual de Derecho de Familia*. 10 ° ed. actualizado. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bossert, G. y Zannoni, E., (2016). *Manual de Derecho de Familia*. 7° ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea.
- Buonacore, D. (1980). *Diccionario de Bibliotecología*. (2ª ed.). Buenos Aires: Marymar.
- Calvo Costa, C. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T I. Buenos Aires: La Ley.
- Chavarría, A. (2004). *El derecho sobre la familia y el niño*. Costa Rica: EUNED.
- Clemente de Diego, F. (1930). *Instituciones de Derecho Civil Español*. Tomo II. Madrid: Pueyo. En Corral Talciani, H. (1990). Concepto y reconocimiento legal de la ‘Familia de Hecho’. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 17. págs. 35-85.
- Corbo, C.M. (2012). *Análisis del Proyecto en materia de divorcio*. *Revista Derecho de Familia y de las Personas*. Año 4, N° 6. Buenos Aires: La Ley.
- Córdoba, M., Vanella, V. y Vásquez, A. (2005). *Derecho de Familia*. Parte General. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948).
- Diccionario de la lengua española. 2017. 23ª ed. (Versión electrónica). [www.rae.es](http://www.rae.es).

- Díaz de Guijarro, E. (1953). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. En Azpiri, J.O. (2000). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Domínguez Martínez, J.A. (2008). *Derecho Civil, Familia*. 1º ed. México: Porrúa.
- Esbec Rodríguez, E. y González-Trijueque, D. (2014). *El informe pericial psicológico en las causas de nulidad matrimonial eclesiástica*. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 14, 2014. ISSN: 1576-9941. Madrid, España.
- Fernández Gil Viega, I. (2012). *Efectos Comunes de la Separación y Divorcio*. En *Derecho de Familia Coordinado por Diez Picaso Gimenes, G.* Madrid: Thomson Reuter.
- Hernández Orozco, C. (2007). *Análisis Administrativo. Técnicas y Métodos*. 5ª reimpresión. Costa Rica: EUNED.
- Hernández Sampieri, R. (2006). *Metodología de la Investigación*. 4ª ed. México: McGraw-Hill.
- Herrera, M. (2014). *El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación*. En A. Kemelmajer de Carlucci y M. Herrera (Directoras), *Código Civil y Comercial de la Nación. Familia. Suplemento Especial*. Buenos Aires: La Ley.
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. 1º reimp. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 2º ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). *La autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia Argentino*. En M. Graham y M. Herrera (Directoras), *Derecho de las Familias*,

Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. 1ª ed. Buenos Aires: Infojus.

-Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino de 2014*. Buenos Aires: La Ley.

-Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

-Lorenzetti, R.L., Highton de Nolasco, E. y Kemelmajer de Carlucci, A. (2011). *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*. Información

recuperada el 04/10/2017 de:

[http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS\\_DEL\\_ANTEPROYECTO\\_DE\\_CODIGO\\_CIVIL\\_Y\\_COMERCIAL\\_DE\\_LA\\_NACION.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf)

-Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T.II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

-Machicado, J. (2009). *La Familia*. La Paz, Bolivia: CED, Centro de Estudios de Derecho.

-Mazzinghi, J.A. (2006). *Tratado de Derecho de Familia*. 4ª ed. T. 4. Buenos Aires: De Palma.

-Mazzinghi, E. (2015). *Las propuestas, el convenio regulador y otras vicisitudes del proceso de divorcio*. La Ley 2015-C, 1122. 18/06/2015. Cita Online: AR/DOC/1955/2015.

-Medina, G. (2011). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Divorcio y Proceso de Divorcio*. Buenos Aires: La Ley.



- Medina, G. (2012). *Matrimonio y disolución*. Información recuperada el 22/05/2018 de:  
<http://www.gracielamedina.com/matrimonio-y-disolucion/>
- Méndez Costa, M.J. y otros. (1982). *Derecho de Familia*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Minyersky, N. (2012). *El Impacto del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en Instituciones del Derecho de Familia*. Pensar en Derecho. ISSN (versión electrónica. 2314-0194.
- Mizrahi, M. L. (2006). *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Montserrat Pérez, M. (2010). *Derecho de Familia y Sucesiones*. México: Nostra Ediciones.
- Moreno Aroca, J. (2002). *El convenio regulador en la separación y en el divorcio. La aplicación práctica del art. 90 del Código Civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ossorio, M. (2016). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 1º Edición Electrónica.
- Pérez Martín, A.J. (2009). *Pactos prematrimoniales. Convenio Regulador*. España: Lex Nova.
- Pérez Vallejo, A.M. (2000). *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*. Granada: Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado.
- Rives Gilabert, J.M. y Rives Seva, A.P. (2001). *Evolución Histórica del Sistema Matrimonial Español*. España: Noticias Jurídicas.
- Sambrizzi, E. (2007). *Separación Personal y Divorcio*. T. I y T. II. 2º ed. Buenos Aires: La Ley.

- Solari, N. (2013). *El convenio regulador en el divorcio proyectado*. Revista Derecho de Familia y de las Personas. AR/DOC/2249/2013.
- Tamayo y Tamayo, M. (2003). *El proceso de la Investigación Científica*. 4ª ed. México: Editorial Limusa S.A. Grupo Noriega Editores.
- Valverde y Valverde, C. (1938). *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV. 4º ed. Valladolid: Talleres tipográficos Cuesta. En Corral Talciani, H. (1990). Concepto y reconocimiento legal de la 'Familia de Hecho'. Revista Chilena de Derecho. Vol. 17. págs. 35-85.
- Vial, M. (2010). *Familia, Muerte y Matrimonio. De la familia extensa de la Roma Arcaica a la familia nuclear de la Antigüedad tardía*. Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 22.
- Vidal Taquini, C. (2013). *El orden público y las relaciones personales*. LL 2013-B, 793.
- Vieytes, R. (2004). *Metodología de la investigación en organizaciones, mercado y sociedad. Epistemología y técnicas*. Buenos Aires: De las Ciencias.
- Yuni J. A. y Urbano C.A. (2014). *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. Córdoba: Ed. Brujas.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2011). *Tratado de Derecho de familia*. V.II. Navarra, España: Aranzadi.
- Zannoni, E. (2012). *Derecho Civil. Derecho de Familia*. T II. Buenos Aires: Astrea.

## **Legislación**

- Código Civil de España
- Código Civil Federal de México

-Ley N° 2393 (1888).

-Ley N° 17.711 (1968).

-Ley N° 23.515 (1987). Código Civil de la Nación Argentina.

-Ley N° 26.994 (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

### **Jurisprudencia citada**

-Juzgado de Familia de Paso de los Libres XXXX y XXXX s/ divorcio. 11/09/2015

-Juzgado de Familia de Corrientes, N° 2. S. R. C. c. S. A. E. s/ divorcio. 04/11/2015

-Juzgado de Familia, N° 1, Tigre. F. G., C. y otro/a s/ divorcio por presentación conjunta.  
14/07/2016

-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, A., J. c. S., L. E. s/ Divorcio.  
28/06/2018