

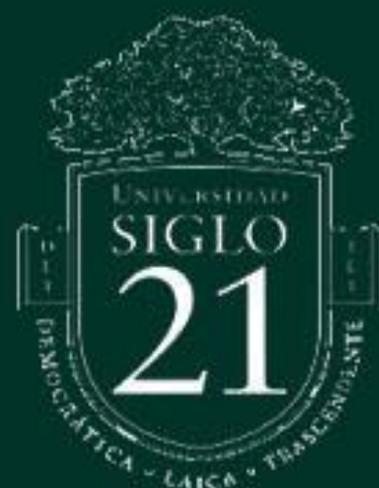
TRABAJO FINAL DE GRADO

Divorcio Administrativo

Abogacía

Autor: Mendoza Sebastián

2019





Trabajo Final de Grado:

DIVORCIO ADMINISTRATIVO

Alumno: Sebastián Mendoza

Carrera: Abogacía

Legajo: VABG58279

DNI: 27211142

RESUMEN

Este trabajo representa la posibilidad de la aplicación de un sistema diferente al actual en materia de divorcio, más dinámico, sin complicación y más eficaz, llamado divorcio administrativo. A lo largo del presente se intentará aproximar al lector a una idea simplificada explicando lo engorroso que fue la evolución del instituto a través de la historia. Se explicará que hay situaciones procesales innecesarias dentro de los procesos que hacen más lento al actual, quitándole dinamismo al propuesto por la reforma de nuestro Código Civil y Comercial, cayendo en saco roto toda la novedad y mejora. Se fundamentará cada cuestión planteada y de esta manera se acercará al lector a la idea principal sobre el cual circunda el presente trabajo final de grado.

Palabras Claves: Matrimonio-Divorcio-Registro Civil- Ley- Leyes- Divorcio Unipersonal- Divorcio Administrativo- Código Civil y Comercial- Iglesia- Voluntad- Cónyuges- Ministerio Público- Oficial Público-Partes- Familia- Menores- Juzgado-Tribunal-Sentencia- Demora- Trámite-Paradigma-Evolución- Artículo.

ABSTRACT

This work represents the possibility of applying a system different from the current one in terms of divorce, more dynamic, uncomplicated and more effective, called administrative divorce. Throughout the present one will try to approach the reader to a simplified idea explaining how cumbersome the evolution of the institute through history was. It will be explained that there are unnecessary procedural situations within the processes that slow down the current one, taking away the dynamism proposed by the reform of our Civil and Commercial Code, dropping all the novelty and improvement. Each question will be based and in this way it will bring the reader closer to the main idea that surrounds the present final degree project.

Key Words: Marriage-Divorce-Civil Registry- Law- Laws- Unipersonal Divorce- Administrative Divorce- Civil and Commercial Code- Church- Will- Spouses- Public Ministry- Public Official-Parties- Family- Minors- Court- Court-Judgment- Delay- Processing- Paradigm-Evolution- Article.

Índice	
Introducción:	5
Capítulo 1. Aspectos generales.	8
1.1 Origen y Evolución del matrimonio	8
1.2 El matrimonio en el derecho argentino. El cambio del paradigma	11
1.2.1. Los derechos y deberes recíprocos en el derecho argentino y su evolución....	13
Capítulo 2. La regulación procesal civil y la demora de la sentencia de divorcio unilateral	22
Capítulo 3. Falta de Utilidad de la intervención del Ministerio Público en el nuevo proceso de divorcio.	32
Capítulo 4. Separabilidad de los condicionamientos que legisla el art. 438 del Código Civil y Comercial de la Nación	38
4.1 Condiciones	39
4.1.1 Propuesta reguladora	41
4.1.2 Evaluación y audiencia para las propuestas	42
4.1.3 Sentencia de divorcio	42
4.1.4 Desacuerdos entre las partes	43
4.2 Separabilidad de los condicionamientos.....	44
Capítulo 5. Uso de sistemas administrativos en la legislación comparada.....	45
5.1 México	45
Trámite.....	46
5.2 Uruguay	47
Trámite:.....	48
5.3 Cuba	49
Trámite:.....	50
5.4 Bolivia.....	51
Trámite.....	51
Capítulo 6. Posibilidad de extensión de funciones del Oficial Público del Registro Civil.	53
Capítulo 7: El divorcio administrativo como solución a la demora y explicación del procedimiento nuevo.	63
7.1 Tramite.....	68
Conclusión	70
Bibliografía	73

Introducción:

¿Por qué la justicia en los casos de divorcio demora tanto en la toma de decisión siendo que está garantizada su celeridad por el nuevo Código Civil y Comercial? No existe en nuestro ordenamiento jurídico una alternativa que ayude a sortear este problema judicial, ni en el Código Civil ni en los ordenamientos adjetivos.

Presentación del problema: Se convive día a día con los retrasos judiciales en materia de divorcio respecto de la lenta decisión sobre los casos que realizan los jueces en sus estrados. Cientos de causas de divorcio ingresan a los tribunales bajo la premisa de un divorcio rápido y expedito proclamado desde la sanción de nuestro nuevo código civil y comercial que promete entre sus artículos la disolución vincular del matrimonio en un tiempo útil, promesa que nunca llega a concretarse por el árido y tortuoso camino que llevan los jueces al proceso del divorcio.

El objetivo del presente trabajo es analizar la falta de adaptación de la actividad judicial a la actualidad legislativa, la demora en los trámites judiciales y los retrasos en el cumplimiento de la novedosa disposición del divorcio por voluntad unilateral, la necesidad de adaptar los tiempos a la finalidad de la ley es el objetivo de este trabajo. El matrimonio como contrato y no como institución de orden público fue acelerando los trámites para su concreción hasta llegar en la actualidad al distracto por voluntad única, objetivo que en la práctica no se cumple.

Se hace indispensable y conveniente una reglamentación que unifique el trámite en todo el territorio argentino, sea por vía de reglamentación administrativa específica o bien de regulación procesal judicial. En este trabajo se ofrecerán las bases de una solución administrativa para estos trámites de divorcio sobre una sola presentación ante el Oficial Público del Registro Civil y Capacidad de las Personas sin mediar actos judiciales para la declaración del fin del vínculo sin demoras innecesarias.

La conveniencia de la solución que se plantea en esta propuesta tiene implicancias en cuanto a la economía procesal y evitaría el abarrotamiento de causas en juzgados de familia permitiendo que ellos se avoquen a las temáticas familiares sociales más importantes y relevantes al orden social.

Esta propuesta administrativa implicaría una herramienta práctica y ágil que pone en ejercicio efectivo las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación sobre el divorcio por voluntad unilateral.

Con la presente propuesta, en un solo acto administrativo y en una sola presentación el oficial público toma nota de la voluntad de rescindir el vínculo matrimonial del contrayente, voluntad que se inscribiría como nota marginal en el acta de matrimonio generándose inmediatamente la restitución de la capacidad nupcial.

El presente trabajo representa una investigación realizada desde la evolución histórica del divorcio hasta el presente, el cual demuestra una necesidad de llegar a una actualización para solucionar el problema de la demora judicial en el dictado de la sentencia. Se ha analizado la situación actual en gran parte del territorio nacional y se demuestra que esta problemática jurídica coexiste en las provincias de nuestro país.

A lo largo del presente se intentará acreditar la demora en la concreción de la sentencia de divorcio unilateral, demostrar la innecesaridad de intervención del Ministerio Público en el proceso de divorcio, determinar la separabilidad de los condicionamientos que legisla el art. 438 del Código Civil y Comercial, en relación a la pretensión de divorcio unilateral, comparar el desarrollo de la temática propuesta en este trabajo en relación a la legislación y práctica en el extranjero y proponer la extensión de funciones del Oficial Público del Registro Civil que representa un vértice importante en nuestro camino ya que girará en torno a esta la decisión sobre la disolución matrimonial.

Todo esto con la finalidad de analizar la posibilidad de introducir modificaciones al procedimiento del divorcio unilateral y extraer de la órbita judicial el trámite de divorcio, ya que el matrimonio, al perder su carácter de institución de orden público, no requiere la intervención del Estado para su concreción.

El trabajo estará compuesto de siete capítulos. El primero de ellos abordará la evolución del matrimonio en el tiempo y el cambio del paradigma en la institución matrimonial. El segundo capítulo se referirá a la demora existente en los procesos de divorcio unilateral. El tercer capítulo expresará la innecesaridad de la intervención del Ministerio Público en lo que hace al proceso del divorcio unilateral. El cuarto capítulo

establecerá la posible separabilidad de los condicionamientos que legisla el artículo 438 del Código Civil y Comercial de la Nación. En el punto cinco se abordará el estudio de los sistemas administrativos para el divorcio en la legislación comparada. En el último capítulo, sexto, se analizará la posibilidad de extensión de funciones del Oficial Público del Registro Civil.

Capítulo 1. Aspectos generales.

En este capítulo se abordará la evolución histórica que fue sufriendo el matrimonio (desde la simple unión de hecho hasta su concepción actual) con el paso del tiempo y el desarrollo de los derechos individuales, el afianzamiento del derecho de la mujer en la sociedad y su influencia en el matrimonio, los cambios sustanciales desde la creación de la institución, su inscripción eclesiástica y el cambio por la creación del Registro Civil y de la Capacidad de las Personas. Se verá además el cambio del paradigma en la institución matrimonial en el origen de la institución en estudio, desde la intromisión del estado en las relaciones matrimoniales propias del orden público (donde el Estado a través de la ley determina cuales son causales de separación y/o divorcio) determinando cuales son las obligaciones de los cónyuges hasta la teoría de la voluntad de las partes donde el matrimonio es casi una relación contractual donde cada cónyuge puede plantear acuerdos a ser cumplidos por la otra parte dejando de lado toda injerencia externa a las relaciones.

1.1 Origen y Evolución del matrimonio

El matrimonio no nació como institución, sino que se desarrolló como un simple hecho de unión entre hombre y mujer, sin otras connotaciones. Esta unión -que luego se transforma en un hecho jurídico-, se inicia como consecuencia del rapto o de la guerra, siendo la mujer absolutamente dependiente de la voluntad omnímoda del hombre, sometida a la ley del vencido. Paralelamente, también aparecen los acuerdos nupciales entre los padres de clanes o familias no enemigas así, en la época preislámica existían diferentes tipos de matrimonios con tinte matriarcal y estaba acordado entre clanes que la hija mujer casada debía vivir con su familia de origen y que su marido solo podía visitarla durante cortos periodos de tiempo.

Entre los romanos, era costumbre que los futuros esposos debían conocerse y antes de casarse se firmara un acuerdo en el cual se establecían los derechos y obligaciones de cada uno de ellos.

En el derecho romano, se conocieron tres formas de matrimonio: la confarreatio, forma de celebración religiosa llevada a cabo con presencia de testigos, ante el flamens

Dialis; la coemptio, o compra y el usus, especie de prescripción por la convivencia de un año.

El originario sometimiento del instituto, concluyó en uniones sin intervención de la voluntad de los celebrantes, por conveniencia o razones de índole económica, por lo que la Iglesia Católica salió al paso de esta situación y en un intento de dignificar el matrimonio, obligó a que el vínculo surgiera de la decisión de los contrayentes, creando entre ellos algunos deberes, tales como el de fidelidad tanto para el hombre como para la mujer. De este modo, se evitaban no solamente las formas salvajes que se mencionan precedentemente, sino que se evitaban los matrimonios de conveniencia organizados por los padres de los contrayentes, sin intervención de éstos.

De cualquier modo, la injerencia de la Iglesia Católica estructuró bases sólidas para la consideración de la unión matrimonial que adopta la condición de una institución, aunque la misma sufrió serios ataques del comunismo ruso y del nacionalsocialismo alemán.

En efecto, el comunismo soviético reconoció como base de la familia a la unión de hecho, la cual podía iniciarse y concluir sin intervención de autoridad alguna. El art. 130 del Código de Familia de la U.R.S.S. reza: *“El parentesco de hecho será reconocido como base de la familia”*.

El nacionalsocialismo, partiendo de la teoría panteísta, reconoce a Dios en el cosmos viviente, y encarnado en el hombre que debe desarrollar plenamente su condición humana destruyendo todos los prejuicios y obstáculos que se opongan a su realización.

Es así que el nacionalsocialismo aplica la teoría de la raza superior también a la unión matrimonial, de la cual no le importa tanto la unión de los contrayentes, como la descendencia sana y fuerte característica de la raza aria. No pone el acento sino en lograr el mejoramiento de la especie, a la cual preparará tecnológicamente fuera del seno del hogar, tomando el Estado a su cargo el desarrollo psicofísico e intelectual de los menores. En la persecución de la mejora de la especie o de la raza aria, la regulación del matrimonio prohibía la unión entre alemanes y judíos. Se consideraba una deshonra si un ciudadano alemán (más aún para una ciudadana alemana) que un judío se le aproximara o los provocara sexualmente.

Partiendo de la base de que el matrimonio no es sólo una unión civil, sino que se imbrica otro tipo de valores, morales y espirituales, es que las religiones de todos los tiempos han intentado inmiscuirse en su regulación.

En un comienzo, la acción de la Iglesia se enderezó solamente a moralizar el matrimonio desde el punto de vista religioso. Operaba sobre las conciencias y las costumbres. Pero a medida que se fue desarrollando el Derecho Canónico y, sobre todo, a medida que aumentaba el poder espiritual y político de la Santa Sede, comenzó a atribuirse competencia legislativa y jurisdiccional. Las primeras medidas datan del siglo IX; paulatinamente fue aumentando su injerencia hasta que finalmente el Concilio de Trento (1563) afirmó definitivamente su competencia. El matrimonio fue elevado a la categoría de sacramento; por tanto, el poder civil carecía de facultades para legislarlo. No solamente la celebración y el régimen jurídico eran fijados por el derecho canónico, sino que las causas judiciales que le atañían caían bajo la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos. (Borda, 1975)

Es a partir de la Reforma, que Calvino y Lutero niegan carácter sacramental al matrimonio, reconociendo el primero únicamente dos sacramentos, el bautismo y la eucaristía.

Lutero se forjó un concepto puramente interior de la Iglesia y rechazaba en ella todo elemento constitucional. La Iglesia no sería, por tanto, depositaria ni intérprete de la Revelación: la «sola Escritura» era, según él, única fuente de la Revelación y su interpretación correspondía a cada fiel en particular, directamente inspirado por Dios. Lutero no formuló esta doctrina de una sola vez, sino gradualmente, alejándose cada vez más de la ortodoxia católica y con ello adoptando un criterio de libertad de los católicos, quienes de tal modo se rebelaban contra el poder del papado, cuya corrupción había conocido el joven Lutero en el Vaticano.

Calvino (1509-1564), abrió nuevos caminos al protestantismo. Llevó hasta sus últimas consecuencias las premisas fundamentales de la doctrina protestante. Reconoció sólo dos sacramentos, el bautismo y la Cena eucarística. Con ello, el sacramento del matrimonio desaparece, con fundamento en las doctrinas de él y su predecesor Lutero, reconociendo la libertad absoluta del hombre en su relación con Dios.

El anglicanismo, nace como consecuencia de la negativa del Papa romano a conceder el divorcio a Enrique VIII, por entonces unido en matrimonio con Catalina de Aragón, para casarse con Ana Bolena. Ello lo condujo al repudio del Primado romano y al cisma, proclamándose entonces Enrique VIII, “Cabeza Suprema de la Iglesia de Inglaterra” exigiendo el reconocimiento de su supremacía.

La Iglesia reaccionó enérgicamente contra la laicización del matrimonio, generada por las doctrina de Lutero y Calvino, pero más tarde moderó su postura, admitiendo que la intervención del Estado en su regulación jurídica, reconociendo la necesidad de llevar un Registro de Estado Civil, y de asentar en libros los matrimonios, reconocimiento efectuado al gobierno italiano en el Concilio de Letrán (1.123). En éste admitió también la intervención del estado en relación a la separación de cuerpos, siempre que las autoridades judiciales no tuvieran competencia en relación a la validez del vínculo.

1.2 El matrimonio en el derecho argentino. El cambio del paradigma

Conforme lo manifestado precedentemente, era la Iglesia Católica la que regía los matrimonios, los celebraba y llevaba el registro de los mismos. De tal manera ejercitaba un poder omnímodo en la materia, lo que le permitía incluso ejercer poder sobre las más altas jerarquías. Era el ejercicio del poder clerical, que lleva al cisma protestante, con Enrique VIII en Inglaterra.

En Argentina, tanto era el poder clerical que Vélez Sarsfield no se animó a introducir la regulación del matrimonio y menos aún el divorcio en el Código Civil de 1869.

“Con anterioridad al Código Civil, Nicasio V. Oroño, Gobernador de Santa Fe (1864-1868), logró que la Legislatura santafesina sancionara, el 25 de septiembre de 1867, la ley que estableció el matrimonio civil. Anteriormente también se habían declarado de propiedad municipal los cementerios públicos, que hasta entonces eran parroquiales y destinados a los feligreses... Recién 20 años después, en 1888, el Congreso de la Nación estableció el matrimonio civil en la República Argentina, pero en Santa Fe debieron transcurrir más de tres décadas después del derrocamiento de Oroño para que se legislara sobre el tema creándose el 4 de enero de 1899 la Dirección del

Registro Civil de la Provincia, secularizándose los tres actos básicos que sustentaban los derechos civiles: el nacimiento, el matrimonio y la muerte... ”¹

Tanto era el poder de la Iglesia que los conservadores santafesinos derrocaron al gobernador Oroño, reconocido por la modernidad de sus proyectos y leyes sobre diferentes materias, pero a los fines de esta exposición solamente se tratarán los referidos al matrimonio.

El matrimonio, desde su instauración como momento fundacional de la familia, fue variando en sus orígenes hasta nuestros días. Si bien al principio tenía su fundamento en el orden público, ahora entre las partes pasó a celebrarse como cualquier otro contrato basado en el derecho privado y bajo las condiciones impuestas por las partes, se explicará este cambio de paradigma.

Históricamente se ha disputado si el matrimonio es una institución o un contrato, tratando de desentrañar la naturaleza jurídica del mismo. La doctrina clásica veía en él un contrato, puesto que requiere el acuerdo de los cónyuges. Los canonistas usaron este mismo principio para evitar los matrimonios que no resultaran de la libre decisión de los contrayentes. Pero los revolucionarios franceses utilizaron este argumento para justificar el divorcio, pues tratándose de un contrato, las partes podrían dejarlo sin efecto de común acuerdo.

Algunos autores que consideran al matrimonio como una institución, fundamentan su posición en que si bien las partes dan su consentimiento, todos los derechos están fijados por la ley y las partes no pueden apartarse de estas prescripciones de orden público.

Con esto se hace referencia a que la voluntad de las partes no posee la misma fuerza generadora que en los contratos ya que el acto requiere de la declaración de voluntad de los contrayentes pero esta declaración *se integra* con la intervención de un oficial público que los declare unidos mientras que en los contratos la sola expresión de voluntad de las partes es condición suficiente, y la intervención de un oficial público fedatario (escribano), no integra la relación jurídica.

¹Fuente:Marco(h), M. A. (Veinticuatro de Abril de 2015). De Nicasio Oroño a Gerónima. *La Capital*, <https://www.lacapital.com.ar/opinion/de-nicasio-orono-geronima-n493278.html>.

Decía Renard con respecto a esta diferencia que: A) *El contrato es una especulación; vendedor, procuro el precio más alto; comprador, procuro el más bajo. La institución es un consortium en el que todos los intereses son coincidentes.* B) *La igualdad es la ley del contrato; por el contrario quien dice consortium dice organización y disciplina: la jerarquía es, pues, la ley de la institución.* C) *El contrato es una mera relación y en consecuencia solo produce efecto entre las partes; la institución es una entidad y, por tanto, se impone tanto a las partes como a terceros.* D) *El contrato es una relación exterior a los contratantes, un lazo de obligación, vinculum juris; la relación institucional es una interiorización.* E) *El contrato no es más que una tregua en la batalla de los derechos individuales; la institución es un cuerpo cuyo destino es ser compartido por sus miembros; en otras palabras, el contrato es un producto de la concurrencia, la institución es un producto de la comunicación.* F) *el contrato es precario, se desata como se ha formado y toda obligación está destinada a extinguirse con el pago; la institución está hecha para durar, para perpetuarse, desafía la muerte.* G) *El contrato es rígido, estático; la institución se adapta.* H) *El contrato es una relación subjetiva de persona a persona; las relaciones institucionales son objetivas y estatutarias.* (Borda, 1975)

El matrimonio era el elemento fundador de la familia el cual generaba entre las partes derechos y deberes de reciprocidad, de manera tal que su quebrantamiento generaba auténticas causales para la disolución del matrimonio las cuales fueron evolucionando y morigerándose a través del tiempo, la evolución de las relaciones humanas y el reconocimiento legal de mayores derechos a las mujeres.

1.2.1. Los derechos y deberes recíprocos en el derecho argentino y su evolución

Existen una serie de deberes vinculados al matrimonio:

DEBER DE FIDELIDAD: Este principio hacía a la esencia del matrimonio, poseía fundamento moral e intentaba disuadir las relaciones de las partes de manera extraconyugal, trataba de que los sentimiento de los cónyuges no se vieran lesionados por el actuar impropio del otro. La violación del deber de fidelidad traía aparejada sanciones de carácter civil y penal. Desde el punto de vista civil, el divorcio daba causa a la mera

separación personal en un primer momento, para constituir en un momento legislativo posterior (Ley 23515- Año 1987) causal de divorcio vincular, y en ambos regímenes normativos, con atribución de culpas y sus correlativas consecuencias civiles. Desde la perspectiva penal, conducía al delito de adulterio.

DEBER DE COHABITACION: Conforme a este principio, ambos cónyuges debían habitar bajo el mismo techo (domicilio común) durante todo el matrimonio y el domicilio era fijado por el marido. El cónyuge que faltara al deber de cohabitación daba lugar a dos sanciones, por un lado, quien violaba este deber perdía el derecho de alimentos y la separación personal y/o el divorcio vincular, se decretaban con atribución de culpas al incumplidor. Se aplicaban las consecuencias propias con pérdida del derecho alimentario y demás consecuencias derivadas de la culpa en la ruptura matrimonial.

DEBER DE ASISTENCIA: Deber de los cónyuges a prestarse ayuda mutua y en todo momento que dure el matrimonio, en el plano económico, espiritual y personal. Esta asistencia debe prestarse todo tiempo, y se mantiene en las nuevas disposiciones legales.

La recepción normativa de estos preceptos de la Ley 2393 (1.888) rezaba:

Art. 50 – Ley 2393 (texto originario). Los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo. El que faltare a esta obligación puede ser demandado por el otro por acción de divorcio, sin perjuicio de la que le acuerde el Código Penal.

Art. 51-Ley 2393 (texto originario). El marido está obligado a vivir en una casa con su mujer, y a prestarle todos los recursos que le fuesen necesarios. Faltando el marido a estas obligaciones, la mujer tiene derecho a pedir judicialmente que su marido le dé los alimentos necesarios, y las expensas que le fuesen indispensables. Asimismo, podrá cualquiera de los cónyuges reclamar litisexpensas al otro, cuando se tratase de defenderse en juicio en que se debatieren cuestiones extramatrimoniales.

Art. 53 – Ley 2393 (texto originario). La mujer está obligada a habitar con el marido, donde quiera que este fije su residencia. Si faltase a esta obligación, el marido puede pedir las medidas judiciales necesarias, y tendrá derecho a negarle alimentos. Los

tribunales, con conocimiento de causa, pueden eximir a la mujer de esta obligación, cuando de su ejecución resulte peligro de su vida.

Estas disposiciones se completaron con la aprobación de otras normas posteriores, que introdujeron modificaciones en el régimen matrimonial, pero sobre todo en relación al divorcio:

La Ley 14.394, promulgada en el año 1.954 legislaba sobre múltiples materias (edad punitiva de los menores, bien de familia y ausencia del cónyuge con presunción) y entre tantos ítems incluyó por primera vez en el derecho argentino, en el artículo 31, el divorcio vincular que estipulaba la posibilidad de obtenerlo, cuando mediara separación de cuerpos declarada por sentencia con al menos un año de antelación a la promulgación de esta ley, lo que generó la promoción de juicios de divorcio de reconocidas personalidades argentinas, aunque su vigencia fue muy corta, por cuanto en el mes de marzo de 1.956, el gobierno de facto suspendió la aplicación de dicho artículo y prohibió el dictado de sentencias en juicios que ya estuvieran en trámite. De tal modo, la denominada Revolución Libertadora, volvió al régimen anterior que impedía el efecto vincular del divorcio, siempre a tono con los principios del matrimonio religioso.

La sorpresa generada por este artículo movilizó a la Iglesia Católica, produciéndose un duro enfrentamiento entre el Gobierno Nacional de Juan D. Perón, culminando con su derrocamiento.

Como puede verificarse, históricamente la cuestión del divorcio enfrentó a la sociedad argentina, sobre todo imbuida de los principios católicos del matrimonio eterno e indisoluble. Una sociedad que aún no se encontraba preparada para esta solución, que protegía a ultranza los principios familiares, considerando que la unión matrimonial era la única que daría contención a los hijos, aun cuando en su seno se produjeran hechos que vulneraban los mismos principios que se querían proteger, no admitía la solución que vendría con el tiempo.

La conciencia sobre los derechos a la libertad, derechos civiles y políticos y a la igualdad de las mujeres, contribuyó a generar conciencia sobre la necesidad de que los efectos del divorcio fueran más allá de la mera separación de cuerpos, pero el camino fue tímido y sinuoso.

En el año 1.968, la Ley 17.711, introdujo como novedad legislativa, la admisión del divorcio por presentación conjunta de los cónyuges (redactando un artículo suplementario – el art. 67 bis- que se incorporó a la vigente Ley 2.393 de Matrimonio Civil del año 1.888). Sin embargo, esta Ley continuó denegando el efecto vincular del divorcio, aunque facilitó y humanizó el trámite permitiendo a los cónyuges que solicitaran conjuntamente su separación judicial, con la consecuencia de la admisión de culpas concurrentes, y su secuela de sanciones por esta atribución de culpabilidad (pérdida del derecho alimentario y de la vocación hereditaria). No obstante la autorización para solicitar el divorcio, con obligación de explicarse ante el juez y solamente ante él en relación a las causas que motivaban la pretensión, los cónyuges debían esperar dos años para utilizar esta vía procedimental, lo que condicionaba la pretensión al paso del tiempo, en el que generalmente la pareja había abandonado la convivencia.

Bajo estas premisas, se llega al año 1.986, fecha en la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolvió pretorianamente otorgar efecto vincular a una petición de inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 2.393 que estipulaba la indisolubilidad del vínculo matrimonial, cuando ya se había resuelto el divorcio por presentación conjunta de los cónyuges (Caso “ Sejean, J.B. y A.M. Zaks de Sejeán”)², resolviendo en ese caso declarar la inconstitucionalidad del principio, con fundamento, entre otras consideraciones en lo siguiente: *“15) Que con base en la doctrina de esta Corte se ha dejado claramente establecido que la Constitución Nacional consagra un sistema de la libertad personal que gira sobre el eje de su art. 19 que, por tanto, va más allá de la garantía de la mera privacidad. En este sistema de la libertad individual confluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 20 y 32, derechos que no excluyen otros no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de las formas republicanas de gobierno (art. 33, Constitución Nacional). Esos derechos están asegurados a todos los habitantes de la Nación Argentina conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. Pero esta reglamentación no podría alterar los derechos y garantías enumeradas (art. 28).”*

²Fuente: Reuters, T. (24 de Junio de 2015). *The answer company*, Thomson Reuters. Obtenido de Fallo clásico: J. B. Sejean c. A. M. Zaks de Sejean: <http://thomsonreuterslatam.com/2015/06/fallo-clasico-j-b-sejean-c-a-m-zaks-de-sejean/>

Esta virtual abrogación judicial de la normativa vigente sobre divorcio, motorizó el cambio legislativo, ya en una sociedad más igualitaria, que admitió el divorcio vincular por primera vez en la República Argentina, sancionándose la Ley 23.515 (1.987) que si bien conserva el divorcio como mera separación personal, admite por primera vez el divorcio vincular, ya sea como petición originaria de uno o de ambos cónyuges conjuntamente, fundado en las causales que reconoce como justificantes de la pretensión, o bien por conversión de una sentencia anterior con efecto de mera separación de cuerpos.

Hasta entonces toda pretensión de divorcio debía fundarse en causales justificantes de la petición, y aunque la presentación conjunta no obligaba a mencionarlas en el escrito de presentación, sí debían ser explicadas al juez personalmente, las que debían ser analizadas por éste. Quien debía verificar su seriedad como paso previo a la declaración que se le solicitaba.

La Ley 23.515 mantiene las causales de divorcio preexistentes, abandono, injurias, y suma la separación de hecho sin voluntad de unirse por un plazo determinado (dos años para pedir la separación personal y tres años para solicitar el divorcio vincular) como justificación para la pretensión de divorcio. De esta manera, entra en un camino más impersonal, siendo suficiente la acreditación de un tiempo determinado de separación personal, con lo que el juez verificaba el cumplimiento del lapso temporal, como única justificación para la obtención del divorcio. Esta ley permitía la conversión de la sentencia de mera separación personal en divorcio vincular (recordemos la Ley 14.394) cuando haya pasado un año desde que se declarara la separación judicial de los cónyuges.

Como se verifica, la Corte Suprema en el año 1986 ya sustenta el principio de libertad individual del art. 19 de la Constitución Nacional, situación que se profundiza con la incorporación de los Tratados Internacionales en la reforma constitucional de 1994.

La mujer en el siglo XX ha obtenido un reconocimiento de derechos a través de una serie de leyes que traducen en igualdad de los derechos civiles y políticos, y en los cargos públicos, en las listas de candidatos y en plena capacidad para administrar y disponer de los bienes de su propiedad o que se encuentren titularizados a su nombre, con las excepciones legales que también alcanzan al varón, en relación a bienes registrables.

La sociedad ha ido cambiando sus paradigmas, una mayor libertad de formas y de conductas, una igualdad reconocida en todos los ámbitos, incluido en el familiar, donde las obligaciones referidas a la crianza de los hijos y a la patria potestad es compartida, dejando entonces de ser la incapaz de hecho sometida y preordenada a ser ama de casa, cuidadora de los hijos y sólo autorizada a realizar gastos menores.

Esta igualdad trajo como consecuencia que el Estado no necesitara proteger a la incapaz, ya que la vulnerabilidad de la mujer que justificaba de algún modo la intromisión del estado, ha desaparecido, con lo que las relaciones matrimoniales de celebran y desarrollan entre iguales, entre seres con igualdad de derechos y obligaciones, con lo que la protección se torna innecesaria, y con ello, se evidencia la posibilidad de que el Ministerio Público carezca de fundamentos para mantener su intervención en protección del más débil y desprotegido, y con ello, cambian los paradigmas de la sociedad y como consecuencia, los principios del derecho civil y de familia.

En fecha 01 de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Cualquiera de los cónyuges, a partir de esa fecha, puede solicitar su divorcio con absoluta libertad, bajo el paraguas de la igualdad, decisión ésta que armoniza y concatena con la decisión de unirse en matrimonio, teniendo igual entidad jurídica que la manifestación prestada ante el Oficial Público del Registro Civil en orden a unirse en matrimonio. Como se observa no hay diferencia entre la decisión de unirse y la decisión de separarse. Ambas conductas son conductas que se relacionan con el ámbito privado.

Como consecuencia de ello, la ley y el Estado no le exigen a ninguno de los cónyuges manifestar cuáles fueron las causales que los condujeron, unilateral o bilateralmente, a solicitar su divorcio, de la misma manera que tampoco le exigió conocer las causales que los condujeron al matrimonio.

Estas innovaciones tienen fundamento, conforme al Anteproyecto del Código: en la necesidad de respetar la libertad y autonomía de la persona humana, pues *“...y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a*

*continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio”.*³

Pero la reforma se quedó atrapada en la trama del pasado, y sigue requiriendo, al igual que en el art. 66 de la Ley 2393 de 1888, una decisión judicial que lo decrete.

Art. 66- Ley 2.393: No hay divorcio sin sentencia judicial que lo decrete.

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

Los principios mencionados en el desarrollo precedente, tales como el deber de cohabitación, fidelidad y asistencia, fueron evolucionando:

La Ley 11.357 extendió los derechos civiles a la mujer, expresando que: *Art. 1.- mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil.*

La Ley 23.264 que reformó el Código Civil del año 1985, acordó también a la madre, en forma conjunta con el padre, el ejercicio de la patria potestad (hoy *responsabilidad parental*) sobre los hijos menores. *Art. 264. La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado...”*

En la actualidad estos preceptos se acentuaron, igualando a hombre y mujer en la relación familiar. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Código Civil y Comercial de la Nación) Ley N° 26.994 expresa: *Artículo 431. Asistencia. 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.*

Como se puede ver de la simple lectura del único artículo dedicado a los derechos y obligaciones de los cónyuges en el nuevo cuerpo normativo, el Estado no se inmiscuye en la vida en pareja bajo el vínculo matrimonial, dejando a las partes que decidan

³Aída Kemelmajer de Carlucci, Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco. (2012). *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires.

privadamente sobre dichos principios que fueron solemnes al principio de esta institución, pero actualmente con la evolución del reconocimiento de los derechos humanos, el Estado se aparta de las decisiones individuales, quedando sólo como bastión en la defensa de los derechos de los menores y el resguardo del interés familiar, mas no en las decisiones de los contrayentes. El legislador en el nuevo proyecto ha liberado los deberes matrimoniales que antes eran considerados de Orden Público al libre albedrío de las partes intervinientes, convirtiéndolos más bien en principios morales o aconsejando mantener ciertas conductas, pero de ninguna manera imponiendo normas de convivencia.

El vínculo matrimonial crea deberes-derechos entre los cónyuges, reciprocidad que se funda en el principio de igualdad de los cónyuges, que tiene raigambre en el sistema de los derechos humanos.

Subsiste el principio de asistencia o cooperación y también subsiste el principio de convivencia o cohabitación; pero ya no como principio u obligación impuestas por la ley, sino que deriva del compromiso personal de los contrayentes, y no como obligación legal.

En el Proyecto del nuevo código al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas.

En cuanto al deber moral de fidelidad entre cónyuges, los legisladores pretendieron determinar que el Estado a través de la ley debe establecer deberes jurídicos, y no deberes morales inmiscuyéndose lo menos posible en la vida privada de las personas y las complicadas relaciones interpersonales. La cuestión debe quedar reservada a la propia autonomía personal y moral privada de cada sujeto, y corresponde al Estado respetar y no avasallar tal autonomía.

Conclusión del capítulo:

Como se puede observar la evolución histórica del matrimonio cursó diferentes etapas dependiendo del marco socio-temporal del análisis. Muchos fueron los factores que predominaron sobre la unión nupcial como las uniones matrimoniales libres de toda decisión de los contrayentes (sino por conveniencia económica), pasando por el fin último de la procreación para el alcance de la raza perfecta, la iglesia católica lo transformó en una unión sacramental en la cual solo ella tenía incumbencia dejando la voluntad de las partes en un plano casi inexistente y dejando afuera a la ley del hombre y con ello toda incumbencia. Luego la posta la toma el estado creando leyes para *controlar*

y determinar el normal desenvolvimiento de la vida matrimonial inmiscuyéndose totalmente y desplazando nuevamente la voluntad de las partes. Cuestión muy importante ésta que encuentra una posible solución con el cambio de paradigma del matrimonio, alejándolo de los centros de poder (llámese Iglesia y/o Estado) para llegar a manos de los interesados los destinos de la vida en matrimonio, tanto para la unión como para el divorcio. El Código Civil y Comercial de la Nación representa, en este sentido, una evolución; pero, por otro lado, todavía conserva la función judicial para su disolución.

Capítulo 2. La regulación procesal civil y la demora de la sentencia de divorcio unilateral

En el presente capítulo se interará demostrar, con base en el cuerpo legal de nuestro Código Civil y Comercial y en la investigación realizada para el presente trabajo, la demora innecesaria que se producen en los tribunales de nuestro país a la hora del desarrollo del divorcio unilateral y dictado de sentencia del mismo. Se presentan casos reales planteados en nuestros juzgados y en el ámbito provincial de Santiago del Estero.

Para el momento de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación se proponía que el divorcio no se extendiera por más de dos meses y medio y en ese periodo de tiempo el cónyuge se habría divorciado, recuperado su capacidad nupcial y su libertad en todos los órdenes.

Mediante investigación efectuada en los tribunales de Santiago del Estero, consultas personales con abogados de otras provincias del NOA y en casos de jurisprudencia de diversas regiones del país, las demoras de las sentencias en los nuevos juicios de divorcio unilateral comprenden entre 3 meses a 2 años y medio de duración. Si bien estos datos son informales, representan, sin embargo, un posible punto de referencia para reflexionar sobre una posible mejora en la tramitación del divorcio.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en ciertas cuestiones como el cambio de nombre y la presunción de fallecimiento, entre otros, legisló en materia procesal para que a ellos se aplicare el “proceso más breve”. Esta metodología no se ha volcado en el caso del divorcio incausado, por lo que se aplica el principio procesal de que, todas aquellas causas que no tengan un procedimiento específico fijado por la ley, deben tramitar por el proceso ordinario. Ello implica un largo trámite que no armoniza con la teleología de la disposición normativa.

Si bien el Código Civil y Comercial estipuló normas de procedimiento para otras materias para evitar caer en diferencias entre las provincias y unificar el criterio sobre las mismas a nivel país, no se extendió en el tema en relación a la unificación del trámite en

relación al divorcio incausado, a pesar de que en el art. 438 párrafo 4⁴ estipula que nada obstará al dictado de la sentencia de divorcio, aunque existan divergencias en las restantes cuestiones sometidas a su conocimiento en las propuestas de convenios reguladores. Deja en consecuencia a cada provincia la determinación del trámite procesal pertinente.

Al proceder así, se llegó a un estado de descalabro total en cuestiones de divorcio en el país; inclusive dentro del mismo tribunal provincial subsisten discrepancias entre los diversos juzgados de familia en los cuales cada uno determina su mejor manera de impartir justicia para un acto tan simple como, debería ser, el de separar civilmente a dos personas, dejando lugar y tiempo a las causas más importantes que hacen al derecho de familia como por ejemplo las que atañen al interés superior del niño.

En la provincia de Mendoza por ejemplo un divorcio unilateral comprende un término de 4 a 8 meses para su conclusión y sus costos son muy elevados.

Código Procesal Civil Mendoza- Artículo 302. PROCESO POR DIVORCIO. El proceso por divorcio, al que podrá acumularse el de separación de bienes, se tramitará por el procedimiento ordinario, con las siguientes modificaciones: 1) es obligatorio y previo a la contestación de la demanda, el interno de reconciliación, a cuyo efecto, promovida la demanda y antes de dar traslado de ella, se dispondrá la comparecencia personal de los cónyuges ante el juez, quien podrá disponer que en ese acto, no los acompañe persona alguna, incluso abogado o procurador. Podrá suspenderse el procedimiento en cualquier estado del trámite y por un lapso no mayor de seis meses,

⁴ Artículo 438.- Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

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

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

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

para intentar la reconciliación. 2) El juez, antes o después de intentar la reconciliación y aun antes de deducida la demanda, si así se solicitare, podrá ordenar la guarda de la esposa y de los hijos menores o incapaces, conforme a lo dispuesto por el artículo 127, las medidas precautorias sobre los bienes que autorizan el Código Civil y la ley de matrimonio y disponer sobre alimentos provisorios y litis expensas conforme a los artículos 129 y 130. 3) No son admisibles el allanamiento, la transacción ni la prueba confesional, en cuanto al litigio por divorcio y no procede la exclusión de testigos por parentesco, a que se refiere el primer apartado del artículo 194, salvo los ascendientes y descendientes de los cónyuges, que no pueden ser ofrecidos como testigos. 4) Es obligatoria la intervención del Ministerio fiscal. 5) Las facultades concedidas al juez por el artículo 46, deberán ser ejercidas especialmente en defensa del interés social de mantenimiento del vínculo y de la protección de los hijos. 6) Si los litigantes no apelaren, podrá hacerlo el Ministerio fiscal.

Como se desprende de la lectura del art 203 del código de procedimiento de la Provincia de Mendoza es imposible temporalmente que se desarrolle en el tiempo prometido un juicio de divorcio exprés ya que el párrafo primero del art. 438 del Código Civil y Comercial no hace referencia alguna al traslado de la petición de divorcio, sino solamente del convenio regulador.

Los diferentes códigos de procedimientos fijan para el procedimiento ordinario, actos de demanda y contestación, otorgando un plazo (generalmente 15 días hábiles) para esta última. Es evidente que el proceso ordinario no responde a la pretensión de la ley civil, que además no procedería como contencioso, ni habilitar discusión sobre la petición de divorcio.

En consecuencia, los procesos de divorcio tramitan como ordinarios, y debe esperar el plazo de contestación de 15 días hábiles sin objetivo alguno en relación al divorcio.

Los Códigos de Procedimientos Civiles provinciales no se han adaptado, ni reformado para asimilar las novedades de la ley civil. Estas incongruencias en los Códigos de Procedimiento de las provincias argentinas se repiten en todo el territorio y son comprobables de la simple lectura de ellos.

Estas situaciones tienen relación con la tutela judicial efectiva y el rol del derecho procesal que, ya Couture destacó en su obra, donde parte de la idea de que el derecho procesal no podía ser concebido como un humilde servidor del derecho civil o comercial, sino como una rama autónoma del derecho, “*emplazada sobre la frontera de la Constitución para asegurar la eficacia de los derechos del hombre en cuanto concierne a la justicia*”⁵, concibió que el proceso tiene una finalidad privada y una pública. El fin de proceso civil es privado, en cuanto interesa a las partes concluir el conflicto; el proceso cumple una función pública que interesa a la comunidad y esa finalidad de carácter público consiste en asegurar la efectividad del derecho en su integridad.

Este autor, al desarrollar el concepto de tutela del proceso, destacó que éste es un instrumento de tutela del derecho, pero ocurre más de una vez que “el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido, lo que ocurre por la desnaturalización práctica de los mismos principio que debe garantizar.

De tal manera, como se verifica en los diferentes tribunales del país, los procedimientos aplicados han desnaturalizado el objetivo de la ley civil, obstaculizando la finalidad querida por la ley, cual es la inmediata resolución del conflicto referido al divorcio, para concluir con mayor calma y sosiego para la familia los restantes intereses que hacen a la comunidad familiar.

En el análisis de este tema, aparecen algunas sorpresas judiciales, tales como la de un magistrado de Corrientes, en resolución del 15 agosto de 2015, que en su objetivo de tornar operativo el artículo del nuevo código civil, en relación al divorcio considera que el proceso relacionado a este instituto debe ser tomado de modo diferenciado y asimilarlo al objetivo normativo, omitiendo incorporarlo al proceso ordinario, porque el mismo desnaturaliza el instituto del divorcio incausado y su finalidad.

Como consecuencia de esta decisión, dictó sentencia de divorcio incausado en el plazo de tres días desde su presentación.

CONSIDERANDO:

⁵Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Depalma.

II) Respecto al Convenio Regulador, las partes manifiestan no tener ni haber tenido bienes en común ni nada que pueda considerarse ganancial, que no tienen hijos en común, ... nada tienen en común y nada tienen que reclamarse por ningún concepto que sea consecuencia del acto de divorcio que peticionan en la presente causa. Renuncian expresamente a hacerse ningún reclamo derivado del divorcio.

III) Así, solo cabe evaluar si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 438 del C.C. y C, entendiéndola suscripta, conforme lo expresado precedentemente, que están dados los presupuestos fácticos para acceder a lo solicitado por los cónyuges, decretando el divorcio en los términos del art. 437 del Cód. Civil y Comercial.⁶

Se transcribe a continuación el artículo del Código de Procedimientos Civil y Comercial de Corrientes, para mejor comprensión del texto:

Artículo 34. Deberes. Son deberes de los jueces: inc.) 1 pár. 2: En los procesos de divorcio y nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la demanda, se fijará una audiencia a la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del Ministerio Público, en su caso. En ella el Juez tratará de reconciliar a las partes y de avenirlas sobre las cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visita y atribución del hogar conyugal...”

Como se puede observar no hay una legislación creada específicamente para complementar la normativa civil, pero el Juez en el caso referido, usando el procedimiento para asegurar la tutela judicial, determina que el nuevo divorcio no puede registrarse por la legislación procesal vigente sino que es necesario otro accionar diferente del actual.

En la provincia de Santiago del Estero, según se ha podido recabar informalmente, los diferentes juzgados de familia no acuerdan el tipo de trámite que debe darse a la demanda de divorcio unilateral. Así es que, un juzgado le da el trámite de los incidentes con traslado por 5 días; un segundo juzgado le da trámite de juicio sumario con traslado por 10 días y otro juzgado le imprime el trámite de juicio ordinario con traslado por el término de 15 días hábiles. Analizando esta situación, el plazo del traslado más el

⁶ "K. J. I. y R. M. E. S/ DIVORCIO", Expte. N° 119702/1 Juzgado de Familia N° 2 Corrientes. Fecha inicio 04/08/2015 Sentencia 07/08/2015. Link: http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/aplicacion-nuevo-codigo-cc/pdf/2015/fallo_sentencia365.pdf

diligenciamiento de la notificación insume un mes, desnaturalizando el objetivo de la ley que es la obtención del divorcio por la declaración unilateral del cónyuge.

Para ejemplificar los expuesto más arriba se agrega un pequeño listado de causas que tramitan y/o tramitaron en diferentes juzgados de esta provincia:

Juzgado de Familia de 3era Nominación. Causa N° 569457- C.R., s/ Divorcio Vincular Unilateral”, **iniciado 09 de octubre de 2015**, con convenio firmado anteriormente ante Notario respecto de régimen de menores, alimentos y liquidación de la sociedad conyugal. Primer decreto, Transcripción parcial de decreto recaído en esta causa: “...*Por iniciada PETICION DE DIVORCIO VINCULAR UNILATERAL, en los términos de los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial unificado. Dese intervención a la Sra. Defensora Civil y de Familia y al Sr. Fiscal Civil y Comercial. Téngase presente la propuesta y la documental acompañada. De la misma, córrase traslado a la Sra.... por el término de DIECISEIS DIAS (RAZON DE DISTANCIA) a los efectos de dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 438 2º párrafo. A lo demás, oportunamente si procediere. Todo previo acredite los bienes en cuestión, reponga impuestos de tasa de justicia y caja forense, acompañe fotocopia de D.N.I. y proceda a legalizar y timbrar las actas correspondientes. Martes y Viernes para Notificaciones en la Oficina. Notifíquese personalmente o por cédula de ley*”.

Esta causa se resuelve el día 02/06/2016.

Juzgado de Familia de 3era Nominación. Causa N° 521299- D.P., M.S. s/ DIVORCIO VINCULAR UNILATERAL” **Iniciado el 25 de noviembre del 2015**. Primer decreto de fecha 10 de diciembre de 2015... *Atento a lo peticionado por la ocurrente, adecuase la acción primigenia a las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), en los siguientes términos: Por peticionado DIVORCIO VINCULAR UNILATERAL por parte de la Sra. ... respecto del Sr. ... en los términos del art. 437 del CC.- Téngase presente la propuesta efectuada y de la misma, córrase traslado a la otra parte por el término de QUINCE (15) DÍAS , bajo apercibimiento de ley.- Notifíquese ..”*

El convenio regulador notificado no tuvo respuesta del notificado. **Sentencia**, previa vista a Ministerios Públicos de fecha **09 de junio de 2016**.

Juzgado de Familia de 3era Nominación. Causa N° 596.133 “T., F.A s/ Divorcio Vincular por voluntad unilateral” **Fecha de inicio 30/09/2016**- Primer decreto de fecha octubre de 2016: *“Téngase a la ocurrente por presentada en el carácter de apoderada del Sr..., a mérito de la copia de poder general para juicios acompañado. Por constituido domicilio procesal en Casillero de Notificaciones N° ..., en el cual se notificarán las sucesivas providencias y resoluciones que se dicten durante la tramitación del presente, con excepción de las que deban notificarse en el domicilio real (Art. 43 del CPCC). Por promovido PETICION DE DIVORCIO VINCULAR UNILATERAL, en los términos de los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial unificado. Dese intervención a la Sra. Defensora Civil y de Familia y al Sr. Fiscal Civil y Comercial. Téngase presente la propuesta y la documental acompañada. De la misma, córrase traslado a la Sra.....por el término de QUINCE DIAS a los efectos de dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 438 2º párrafo.*

Sentencia de fecha 15 de mayo de 2018.

Juzgado de Familia de 3era Nominación .Causa N° 600.458. F., M.R. s/ Divorcio Unilateral”. **Fecha de Inicio 17/11/2016**. Primer decreto, fecha 24 de noviembre de 2016. *Santiago del Estero, Por presentada, con domicilio real denunciado y el procesal constituido en casillero de notificaciones n° 509, por parte en el carácter invocado.- Por iniciada PETICION DE DIVORCIO VINCULAR UNILATERAL, en los términos de los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial unificado. Dese intervención a la Sra. Defensora en lo Civil y Familia y al Sr. Fiscal Civil y Comercial. Téngase presente la opuesta efectuada y la documental acompañada. De la misma, córrase traslado al Sr. ... por el término de QUINCE DÍAS a los efectos de dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 438 2º párrafo.- A lo demás, oportunamente si procediere. Martes y Viernes para Notificaciones en la Oficina. **Sentencia de fecha 06 de Septiembre de 2018.***

Así sin dudas se puede establecer que tampoco rige un sistema nuevo para el divorcio sino que continúa el caos a la hora de tomar la decisión de divorciarse en esta provincia del norte argentino. Está establecido como un principio que al no existir una ley especial para que tramite el divorcio se debe aplicar el sistema del Juicio Ordinario.

No obstante, al existir en el Código Civil y Comercial un sistema unipersonal y voluntario para la petición del divorcio, supone éste, que se adopte un procedimiento especial y no se debería concurrir al juicio ordinario sino preparar la maquinaria procedimental ajustada al nuevo sistema. Cuestiones que hasta el momento no han sido

revisadas ni ajustadas a la ley actual. Para una mejor comprensión se transcriben los artículos correspondientes al Código de Procedimiento Civil y Comercial de Santiago del Estero:

En el juicio Ordinario: *ART. 341°.- Traslado de la demanda. Presentada la demanda en la forma prescripta y siendo admisible, el juez dará traslado de ella al demandado para que comparezca al proceso y la conteste dentro de quince días. Cuando la parte demandada fuere la Provincia, un Municipio o sus Entes Descentralizados, el plazo para comparecer y contestar la demanda será de treinta días.* *ART. 345°.- Ampliación y fijación de plazos. En los casos del artículo 343 el plazo de quince días quedará ampliado en la forma prescripta en el artículo 161. Si el demandado residiese fuera de la República el juez fijará el plazo en que haya de comparecer atendiendo a las distancias y a la mayor o menor facilidad de las comunicaciones.* *ART. 348°.- Citación defectuosa. Si la citación se hiciera en contravención a lo prescripto en los artículos que preceden, será nula y se aplicará lo dispuesto en el artículo 152.*

Como se puede observar sin necesidad de sobreabundar, toda esta normativa procesal produce una demora totalmente innecesaria en una cuestión como el divorcio, contradiciendo los principios que justificaron la reforma del instituto.

Como ya fuera mencionado, si bien el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora como condicionante del pedido de divorcio, la propuesta referida a otras cuestiones (Art. 438 pár. 1 Código Civil y Comercial de la Nación), en las que de alguna manera está comprometido el orden familiar que se pretende salvaguardar -menores, asistencia familiar, bienes indispensables- esa propuesta debe plantearse judicialmente, pero de ninguna manera condiciona el divorcio propiamente dicho, conforme al pár. 4 del art. 438 del Código Civil y Comercial.

La tutela judicial efectiva del cónyuge que pretende divorciarse no se logra por la vía judicial, ya que en lugar de adecuarse a la nueva normativa, los jueces obstaculizan por vía de procedimiento, el cumplimiento de la finalidad legal, interponiendo situaciones de otra índole que requieren contradicción, defensa y eventualmente prueba, mixturando la decisión de divorcio con situaciones que impiden su pronta solución.

En lugar de canalizar judicialmente sólo aquellas cuestiones que deben pasar por una decisión de este tipo, ya que es el juez quien debe admitir o rechazar las propuestas

reguladoras que hacen a derechos de menores y otras en las que está interesado el orden social, se mezclan todas ellas, aunque el párrafo 4° del art. 438 impide condicionar la declaración de divorcio por situaciones surgidas como consecuencia de oposiciones relativas a las cuestiones de la propuesta, que es condicionante del pedido de divorcio.

Impactando esto con un contrasentido ya que por un lado la ley requiere para iniciar el divorcio la presentación de un proyecto regulatorio de las cuestiones de interés familiar, y por otro impide que cualquier contradicción sobre este proyecto postergue la decisión sobre el divorcio. Es decir, debe ser presentada una propuesta (bilateral o unilateral) para solicitar el divorcio; pero la declaración de éste no se condiciona a la admisión del proyecto regulatorio.

Esta situación, que además debe ser objeto de audiencias de las partes con el Juez, con la postergación que sufre la audiencia conciliatoria por el cúmulo de trabajo judicial, sirve como justificación para prolongar a veces indefinidamente, la decisión sobre el divorcio. La acumulación de ambas cuestiones sirve de pretexto para prolongar el dictado de la resolución, incumpliendo la finalidad de la norma en cuestión.

Queda en consecuencia prorrogada la obtención de la libertad del cónyuge, abrogando los principios en que se fundamentó la nueva legislación.

Es incompatible que deba correrse traslado de la petición de divorcio conjuntamente con el proyecto regulador, con el principio de libertad y derechos humanos del cónyuge peticionante. En el caso de cónyuges que han permanecido separados de hecho sin que se hubieran cumplido los plazos de dos o tres años que requería la Ley 23.515, para peticionar la separación personal o el divorcio vincular por causal objetiva -vigente hasta el momento en que entra a regir el nuevo código-y más aún si los cónyuges han perdido contacto y debe investigarse el nuevo domicilio, trasladar la demanda con el plazo suplementario por razón de la distancia (art. 345 Cód. de Procedimiento Civil y Comercial Santiago del Estero), o si el cónyuge ha dejado el país y debe notificarse en el extranjero, todos estos actos impiden el ejercicio de la libertad individual que permita al cónyuge gozar de la inmediata declaración de su divorcio, con la sola manifestación de su voluntad de rescindir el vínculo.

Se desnaturaliza lo dispuesto por el Código Civil que marca un hito en el reconocimiento de las libertades individuales, en consonancia con los tratados internacionales.

No es difícil de sospechar que cada provincia que no tiene establecido un sistema diferencial para el divorcio, tiene las mismas dificultades y plazos larguísimos para la concreción de divorcio como es el caso de la provincia de Misiones que se maneja de manera análoga a la de Santiago del Estero, con el sistema de Juicio Ordinario.

Inclusive en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se requirió una decisión de Cámara que unificara los procesos de divorcio, recayendo una resolución que estipulaba el plazo de 15 días como término para el ejercicio del derecho de defensa del requerido, a pesar de que, de ninguna manera, cualquier discrepancia sobre el convenio regulador puede obstar a la declaración del divorcio (art. 438 pár. 4 Código Civil y Comercial de la Nación).

Conclusión del Capítulo

De la lectura del capítulo se puede vislumbrar los tiempos que promete nuestro cuerpo normativo y la falencia existente en los tribunales de la república que no pueden cumplir con los tiempos estipulados en el Código y el no cumplimiento de su manda al determinar que el divorcio se dictará sin demora alguna y que nada obstará su dictado. Queda demostrado que no funciona como debería nuestro artículo 348 y, que se interponen en los casos planteados ante la justicia situaciones que no deberían obstar en el cumplimiento de la ley y el rápido dictado de resolución.

Capítulo 3. Falta de Utilidad de la intervención del Ministerio Público en el nuevo proceso de divorcio.

En el presente capítulo se detallarán las obligaciones del ministerio público y sus funciones dentro de la parte del derecho sobre la que se viene haciendo referencia. Se intentará dar una explicación de por qué se considera la innecesaridad de la participación del ministerio dentro de los juicios de divorcio desde el cambio de paradigma acontecido en la institución.

El artículo 120 de la Constitución de la Nacional Argentina, reformada en 1994, estipula:

ARTÍCULO 120. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

El Ministerio Publico Fiscal es un órgano de contralor de la legalidad dentro del sistema de administración de justicia. Tiene funciones penales y no penales (civil, comercial, administrativo, del trabajo, de la seguridad social y de menores), siendo estas últimas de mayor importancia para el desarrollo del presente trabajo. Los fines y objetivos del Ministerio Público son los de:

1. Defender los intereses generales de la sociedad.
2. Asistir a la comunidad en la defensa de sus derechos.

Su participación en los procesos judiciales está determinados por el art 25 de la ley24.946 (1998) “Ley orgánica del ministerio público”, que reza:

ARTICULO 25. — Corresponde al Ministerio Público: a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera. c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o

proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme las leyes penales. d) Promover la acción civil en los casos previstos por la ley. e) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza. f) En los que se alegue privación de justicia. g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República. h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal. i) Promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieran a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos. j) Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales...”

Como representante de los intereses sociales, el Ministerio Público Fiscal, le corresponde emitir dictámenes dentro de algunas causas, siendo estos dictámenes fundamentales para complementar la información con la que cuenta el juez para la consecución y conclusión de las causas que ante sus estrados tramitan. Su importancia radica en que estos dictámenes tienen la finalidad de tutelar los intereses generales que pudieron ser ignorados, evitar nulidades y defender menores o incapaces.

En relación a la intervención del Ministerio Público en cuestiones de familia, su intervención corresponde cuando se trata de cuestiones de orden público y de interés familiar.

“El orden público es una parte del orden jurídico, que contiene una serie de principios que se deben relacionar con la organización del estado y de la familia, adaptándoles pautas de conductas vinculadas a las buenas costumbres y la moral, logrando así la consolidación de valores humanos de carácter fundamentales”. (Bertoldi De Fourcade María Virginia, 1991)

Conforme se ha manifestado precedentemente en relación a la evolución del matrimonio, habiendo dejado de ser una institución de orden público, y convertido a través del tiempo en una relación de carácter privado cuasi contractual, con posibilidades de los contrayentes, de estipulaciones de toda índole para gobernar el vínculo que

asumen, la intervención del Ministerio Público Fiscal en relación al divorcio propiamente dicho, parece como mínimo, innecesaria.

De la lectura de los artículos de la Constitución y ley del Ministerio Público, surge que éste debía actuar en cuestiones de índole general, y específicamente en el art. 25 inc. “e” se fija su intervención en cuestiones de divorcio y estado civil de las personas. Pero debe tenerse presente que esta ley es anterior a la última reforma del Código Civil y Comercial, por lo que no podía considerar las circunstancias que hoy rigen en esta materia en relación al matrimonio y el divorcio. Por ello, es tarea de los jueces, y de los letrados, utilizar las herramientas que el derecho provee, para hacer efectivos los principios de la ley civil, sin obstáculos ni actividad que prolongue indebidamente el proceso, como en la actualidad ocurriría con la indebida intervención del Ministerio Público en materia de divorcio de los cónyuges.

La Ley de creación del Ministerio Público fue sancionada en el año 1998 mientras que nuestro Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigencia el 01 de agosto de 2015, lo que revela la obsolescencia de este inciso con el cambio que se opera el novel cuerpo normativo.

Queda zanjada la situación con los nuevos paradigmas del Código Civil y Comercial de la Nación en los casos de divorcio donde el Ministerio Público no tendría injerencia en estas cuestiones ya que los principios que rigen son del derecho privado y no ya de Orden Público.

Esta situación ha sido objeto de decisión jurisprudencial en un fallo del Juzgado de Familia N° 1 del Departamento Judicial de Necochea, provincia de Buenos Aires que a continuación se transcribe los considerandos que hacen a esta investigación.

Con fecha 26 de diciembre de 2017 la Jueza, Dra. Alejandra Manis provee la demanda expidiéndose en relación al planteamiento efectuado por las partes en los siguientes términos: *“...destaco que ante el paradigma del divorcio incausado y no verificándose la posibilidad de controversia al respecto ni la necesidad de corroboración de plazos para su procedencia por parte del Estado, el actual art. 151 CPCC carece de aplicación práctica. Nótese que el proceso regulado en los arts. 436/8 del Código Civil y Comercial de la Nación no contempla la opción de una contestación de demanda ni una ocasión para alegar, en tanto que tampoco aplican los incisos 4 y 5 del art. 29 de la Ley*

14442, ergo no corresponde en el “sub examine” la intervención del Ministerio Público Fiscal lo que a su vez es coherente con el principio de autonomía de la voluntad que empapa al objeto de autos. Consecuentemente con ello y entendiendo la suscripta que no se halla comprometido el orden público, pasen los autos para el dictado de la sentencia correspondiente (arts. 36 CPCC y 709 del CCC).-⁷

Como se puede extraer, en lo que concierne al tema en tratamiento, se determina que por el cambio de paradigma del matrimonio no se hace necesaria la participación del Ministerio Público fiscal en los juicios de divorcio. Ya que los principios que gobiernan al matrimonio ya no corresponden al ámbito del Orden Público sino a las convenciones de las partes y esto produce el arrastre del instituto del divorcio detrás de él, cuestiones que se avizoran con el avance del divorcio voluntario y unipersonal, dejando de lado la participación del Estado en esta clase de pretensión. La participación del Ministerio Público en el divorcio respondía a la necesidad de garantizar un control del proceso, por representar cuestiones ligadas al orden público. De darse participación al Estado se estaría violando el art 19 de la Constitución Nacional en el principio de privacidad, ventilándose cuestiones que hacen a la órbita privada de la pareja o de la familia en la cual con el cambio de paradigma del Derecho del Matrimonio, determinaría una intromisión innecesaria.

Sin embargo la participación del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público Pupilar quedaría subsistente en relación a los convenios reguladores en los cuales se traten cuestiones sobre menores de edad, personas con capacidades diferentes, el interés sobre la vivienda familiar, y la protección de los derechos de los niños a su hábitat natural. Sólo en relación a esta materia subsistiría la intervención del Ministerio Público; pero según se verifica, no ese justificaría su intervención en relación al divorcio de los cónyuges.

⁷ “M., M. A. y P., C. D. s/ Divorcio por presentación conjunta” (Expediente N. ° 20.028) de trámite ante el Juzgado de Familia N° 1 del Departamento Judicial de Necochea. Link:<https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3414-innecesaridad-del-pase-fiscal-divorcios-comun-acuerdo-luz-nueva>

Como se puede ver en el próximo texto, la falta de utilidad a que fue llevada la participación del Ministerio Público Fiscal no solo se apoya en el cambio de paradigma del matrimonio. Tal cual lo demuestra la selección de considerando siguientes, extraída de un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones de Goya, provincia de Corrientes:

1- El art. 151 del CPCyCC.

El invocado dispositivo legal determina que: “En los procesos de divorcio y de nulidad de matrimonio solo se dará vista a los representantes del Ministerio Público en los siguientes casos: 1º) Luego de contestada la demanda o la reconvencción; 2º) Una vez vencido el plazo de presentación de los alegatos; 3º) Cuando se planteara alguna cuestión vinculada a la representación que ejercen. En este caso, la vista será conferida por resolución fundada del juez”...Lo hasta aquí expuesto sustenta la posición que adoptaremos y que no es otra que receptor la apelación intentada por el Ministerio Público Fiscal, en razón de resultar la supeditación del trámite del proceso al cumplimiento de la vista ordenada, una medida apoyada en una norma ineficaz y que ha perdido vigencia a partir de la sanción del Código unificado...

3- El Principio de Reserva.

Por otra parte, la intervención de terceros ajenos al alcance de la sentencia de divorcio pretendida por las partes, también se encuentra impedida por el art. 708 del Código Civil y Comercial que establece el acceso limitado a los expedientes de familia (BASSET, Úrsula C., en ALTERINI, Jorge H. (Dir.), Código Civil y Comercial Comentado, t. III, p. 161, ed. La Ley, Buenos Aires, 2015.)... Ello porque en los procesos de familia rige el principio de reserva para la protección del derecho a la intimidad (art. 18 CN y 16 CDN), vinculado a la dignidad personal (art. 51 CCyC)...El acceso restringido o reserva es reconocido en varios ordenamientos adjetivos (véase el art. 100 de nuestro Reglamento Interno de Administración de Justicia), y determina que en el acceso limitado al expediente sólo se incluyan a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso (Art. 708 CCyC), entre los cuales, indudablemente no se encuentra el Fiscal.⁸

⁸ Fallo de fecha 08/08/2017 de la Cámara nacional de Apelaciones de Goya, Corrientes en autos “G., P. J. H. c/ P., S. G. s/ Divorcio. Expte. N. ° GXP 30014/17. Link:<https://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/3135-divorcio-innecesaridad-vida-ministerio-publico>.

La participación del Ministerio Público no sólo confronta con el cambio de paradigma en relación al matrimonio y el divorcio, sino que además atenta contra la celeridad y economía procesal en el trámite de divorcio, situación que la nueva legislación ha proclamado desde el anteproyecto que sirvió de base a la reforma. Además ofende al principio constitucional del Principio de Reserva, ventilando cuestiones frente a terceros que hacen a la esfera íntima de la persona y su vida en familia.

La vista a Ministerios Públicos cuando su intervención no es necesaria, provoca demoras innecesarias y no debe justificarse en el pedido de divorcio unilateral, dada su ineficacia en dicha materia.

Conclusión del Capítulo

Ha quedado demostrado a través de la realización del presente capítulo la innecesariedad de la participación del Ministerio Público Fiscal en las causas de divorcio, ya que no se ventila en el nuevo divorcio unilateral cuestiones de índole de orden público (logradas a partir del cambio del paradigma). Como se ha demostrado quedaría solamente existente su participación en las cuestiones donde entran en juego derechos de los menores de edad o personas con capacidades diferentes, el interés de la vivienda familiar y la protección de los derechos del niño. Estas últimas cuestiones corresponden al convenio regulador y no al divorcio en sí.

Capítulo 4. Separabilidad de los condicionamientos que legisla el art. 438 del Código Civil y Comercial de la Nación

En el presente apartado se hará referencia a un estudio exhaustivo del artículo N°438 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual nos servirá de base para demostrar la falta de aplicación del mismo de manera exacta en los procesos de divorcio y se analizara la factibilidad en la separación de los condicionamientos de dicho artículo.

A los fines de su mejor análisis se reproducirá nuevamente el texto del Art 438 del Código Civil y Comercial de la Nación:

Artículo 438.- Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

Como se puede observar las cuestiones que comprende el citado artículo son:

- Condicionamiento del pedido de divorcio a la presentación de un proyecto regulador de materias que hacen al interés familiar
- Propuesta reguladora.
- Evaluación y audiencia para las propuestas.
- Sentencia de divorcio.
- Desacuerdos entre las partes.

Se analiza brevemente cada uno de los condicionamientos del artículo en los apartados siguientes.

4.1 Condiciones

El artículo 438 en su primer párrafo, condiciona la pretensión de divorcio judicial, a la presentación contemporánea de un proyecto regulatorio de cuestiones que hacen al interés familiar. Como la ley no hace distingo alguno, este proyecto de convenio regulador se hace indispensable tanto cuando los cónyuges solicitan conjuntamente su divorcio como también cuando lo hace uno de ellos unilateralmente.

Como se adelantó en este trabajo, el Derecho de Familia se enfrenta a nuevos enfoques, con fundamento en la constitucionalización del Derecho Privado. La jurisprudencia y la doctrina han modernizado las cuestiones de familia, y han sido profusas las pretensiones de nulificar articulado sobre el divorcio, sobre todo aquellas normas que estipulaban un plazo mínimo para solicitar el divorcio o la separación personal; o el plazo de separación personal para requerir la liberación del vínculo judicialmente. La inconstitucionalidad aparecía evidente cuando ambos cónyuges comparecían a solicitar el divorcio por haber fracasado el proyecto de vida en común. Se criticó la necesidad de comparecer a dos audiencias para el divorcio, y el rol adjudicado al juez quien debía intervenir para reconciliar a los esposos. Inclusive se declaró la inconstitucionalidad del artículo que requería la separación personal por tres años para decretar el divorcio vincular.

La reforma de la institución en el nuevo Código Civil pretende asimilar los principios de libertad del hombre, entendido en sentido general comprensivo de hombre y mujer, para proporcionarle un ámbito en el que esta libertad no se vea coartada por obstáculos que contradigan los tratados internacionales que constituyen el plexo normativo de la República por imperio de la Constitución de 1994.

A este respecto, Aída Kemelmajer de Carlucci, dice en la obra citada: *“El punto de partida para comprender la nueva regulación del divorcio se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional, que dice: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no*

prohíbe”. (Kemelmajer de Carlucci Aída, Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, 2012)

Si el divorcio en sí es una cuestión privada que hace a la intimidad de las personas y protege su derecho a la libertad, la regulación y condicionamiento planteados por este artículo 438 implica una injerencia del legislador, infundada e irrazonable, que justificaría una petición de inconstitucionalidad de la norma civil. Condicionar la pretensión de divorcio a la presentación de un proyecto regulador de situaciones, no armoniza con la libertad pretendida por quien lo solicita, resultando así inconstitucional. La normativa civil se torna inarmónica con los fundamentos dados por el legislador, para justificar su sanción.

Más aún cuando el mismo artículo estipula que solamente se dará curso a la petición de divorcio, sólo si mediere un proyecto de convenio regulador que, en algunos casos puede resultar innecesario siquiera considerar. Por ejemplo, si los cónyuges no han tenido convivencia, o ésta ha sido tan corta que no adquirieron bienes, no tienen aún hogar conyugal, ni hijos, ambos tienen semejantes ingresos económicos, ambos son mayores, capaces y pueden sostenerse por sí mismos. ¿Qué proyecto regulador puede exigirse en semejantes casos?

No obstante, la ley condicionaría la presentación ante un juez -ya que el art. 437 Código Civil y Comercial de la Nación exige que el divorcio sea judicial- a la existencia de un proyecto de convenio sobre materias que no hacen en definitiva a la pretensión de desvincularse. Más aún cuando la ley admite que el desvínculo puede ser pretendido por uno solo o por ambos cónyuges. No deja de ser una condicionante inconstitucional y como tal, contraria a los fines tenidos en mira por la ley, sobre la base del principio constitucional de libertad de la persona humana.

La misma autora del proyecto de ley expresa “... *de esta manera, esta presentación configura un requisito de admisibilidad del pedido de divorcio, ya sea el pedido efectuado de común acuerdo o de manera unilateral.*” (Kemelmajer de Carlucci Aída, Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, 2012)

De tal modo, aunque no exista un interés público ni jurídico social en mantener una unión matrimonial que los cónyuges conjuntamente o uno solo de ellos ya no desea, la ley condiciona la decisión de desvínculo a la presentación de un proyecto que a la postre no condicionaría la sentencia de divorcio, en caso de no aprobarse judicialmente.

4.1.1 Propuesta reguladora

Con respecto al requisito de la propuesta reguladora es dable señalar que ella debe versar sobre temas que no son disponibles para las partes, es decir, las relacionadas con los hijos menores o discapacitados, su régimen de custodia, las obligaciones alimentarias de los mismos, el régimen de comunicación, etc. temas todos ellos en los que sí se hace necesaria la intervención del Ministerio Público Fiscal y/o Pupilar en defensa de la legalidad y de los intereses de aquellos que se encuentran en inferioridad de condiciones, frente al conflicto matrimonial. Pero también se incorpora dentro de los temas posibles, el referido a las compensaciones entre esposos, la distribución de los bienes comunitarios, etc. temas todos ellos que no hacen al interés general, sino al interés particular de los cónyuges, y que, aunque se encuentren dentro del convenio regulador o de la propuesta de convenio no inciden en la pretensión de divorcio, que debe ser declarada sin consideración a la aprobación o no de las cuestiones contenidas en la propuesta.

De tal modo, aunque la propuesta funciona como requisito de admisibilidad, no condiciona la sentencia de divorcio, ello según la normativa; pero se verifica que en la práctica forense, el tiempo que insume esta tramitación sigue condicionando la decisión de libertad que elige el cónyuge que solicita el divorcio o la de ambos conjuntamente.

De cualquier modo, es un requisito que no debería condicionar la decisión sobre el divorcio, pero en la jurisprudencia de los tribunales, por cuestiones de economía procesal, ambas decisiones judiciales se dictan juntas, y ello impide u obstaculiza la decisión sobre el divorcio.

4.1.2 Evaluación y audiencia para las propuestas

Por supuesto que todo será más rápido cuando las partes de mutuo acuerdo decidan dar el paso hacia el divorcio y lleguen a tribunales con una sola propuesta acordada y convalidada por ambos cónyuges, aunque en el caso deberá intervenir el Ministerio Fiscal para salvaguardar el interés de los hijos menores, discapacitados, etc.

Cuando la petición solo la realiza una de las partes voluntariamente, éste es el único que presenta la propuesta con el pedido de divorcio para lo cual se le debe informar al cónyuge para que conteste la propuesta y eventualmente formalice la suya.

Y allí siguen las demoras que se han señalado como obstáculos al cumplimiento del fin querido por la ley que sancionó el divorcio con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Cualquier disenso requiere controversia, prueba, audiencia conciliatoria y sentencia homologatoria o desaprobatoria de los puntos propuestos al juez.

Esta circunstancia atenta contra la celeridad que debe darse a la liberación personal que implica la pretensión de desvínculo matrimonial, y obstaculiza el cumplimiento del proyecto personal de vida que pretende ejercer quien pide el divorcio, además de problematizar las cuestiones referidas a la ganancialidad, rentas durante la comunidad, situación de los hijos durante el trámite, etc.

En definitiva, no soluciona los problemas que supuestamente tendía a evitar.

4.1.3 Sentencia de divorcio

Según el mencionado artículo en su cuarto párrafo, sin importar las circunstancias que podrían rodear al caso, el divorcio no debe ser obstaculizado, frenado o simplemente demorado hasta el dictado de la sentencia respectiva. Esta normativa tiende a generar estabilidad emocional y económica en los ex cónyuges para el normal desarrollo de su vida y la toma de decisiones con los bienes que les son propios de cada uno, pudiendo hacer frente a inversiones sin correr el riesgo de entrar a la ganancialidad, y de la vida social sin temor a la tacha social y vivir plenamente.

Sin embargo la aplicación de la ley ha resultado contraria a los principios que sustenta como fundamento de la reforma.

4.1.4 Desacuerdos entre las partes

El quinto y último párrafo nos adentra en el tema de los desacuerdos que puedan llegar a tener las partes con respecto al efecto del divorcio (lo que podrían ser: régimen comunicacional, cuidado personal de los hijos, régimen alimentario, régimen de bienes, etc.), desmesura en las propuestas reguladoras en perjuicio de los integrantes de la familia y toda otra cuestión pendiente que no hagan al contenido del presente artículo, serán resueltas por los jueces y de acuerdo a los procedimientos establecidos en la normativa local. Lo cual es perfectamente comprensible ya que el Código no podría encargarse de dictar normas de procedimiento para todo el instituto de divorcio ya que sería interminable y casi imposible de resumir en un cuerpo legal cuanta cuestión se le pueden ocurrir a las partes plantear en un pleito.

Pero debe tenerse presente que la imaginación de los letrados puede conducir y de hecho se ha verificado, pretensiones de nulificar convenios suscriptos con absoluta libertad y discernimiento, con el solo objeto de postergar el dictado de la sentencia de divorcio, la que debía resolver conjuntamente ambos artículos, prolongando ineludiblemente la liberación del cónyuge peticionante del divorcio, y sometiendo a nuevas prórrogas y dilaciones incompatibles con el espíritu de la norma.

Según este artículo del Código reformado, el divorcio debería ser posible en un tiempo prudente y útil a las partes y a la economía del proceso, dejando de lado otras circunstancias que no se relacionan directamente con el progreso del proceso de divorcio hasta su resolución.

Sin embargo en la práctica, el instituto funciona de modo absolutamente contrario a lo previsto.

4.2 Separabilidad de los condicionamientos

Hasta este punto se puede decir que se realizaría todo con normalidad y apegados a la ley con eficacia y eficientemente. Pero el día a día nos demuestra que nada de esto pasa realmente ya que en cada juzgado de familia las circunstancias que rodean al caso hacen de ancla en el divorcio retrasando a este último hasta la resolución del último problema o chicana que las partes puedan presentar y los jueces terminan por postergar la resolución del divorcio hasta que todas las demás cuestiones fueron resueltas. Otras veces y alegando a la economía procesal los jueces deciden dictar sentencia de divorcio conjuntamente con las demás cuestiones planteadas.

Si bien la propuesta reguladora es el requisito de admisibilidad para el divorcio, es solo eso, una propuesta que puede no ser aprobada por la otra parte y el divorcio debería seguir adelante sin obstáculo alguno hasta la sentencia. Las discusiones o el pleito que se puede generar entre las partes por el convenio nada tienen que ver con la figura principal. El cuarto párrafo es demostrativo que son escindibles el divorcio de la propuesta reguladora. Si bien la ley específicamente determina que nada suspende el dictado de la sentencia, en la práctica, el llamado a audiencia para zanjar el desacuerdo sobre el convenio (fijado en el procedimiento del párrafo tercero del artículo 438), sumado a que los jueces intentan solucionar todas las pretensiones en una sola sentencia, ha conducido en la práctica a una real abrogación de la ley.

Conclusión del Capítulo

A lo largo del capítulo se presentó todos los condicionamientos que posee el artículo N°438 el cual deliberadamente en los juzgados de familia no se aplica con rigor de ley. La propuesta a llevarse a cabo en este capítulo sería separar el cuarto párrafo el cual nos dice que la sentencia de divorcio no puede ser obstada, frenada o demorada por ninguna otra circunstancia que rodea al caso y dejar los asuntos correspondientes a las partes ya sea con respecto a los hijos menores, a la atribución del hogar conyugal, separación de bienes y alimentos al tiempo de la presentación de los acuerdos reguladores.

Capítulo 5. Uso de sistemas administrativos en la legislación comparada.

En este capítulo se abordará la situación del divorcio administrativo en otras jurisdicciones y su aplicación en los sistemas vigentes.

5.1 México

La jurisdicción que ha receptado de manera definitiva esta forma de divorcio es la mexicana, a través del art 272 y SS del Código Civil del Distrito Federal, que señalan que, procede el divorcio administrativo, siempre y cuando resultaran las siguientes condiciones:

1. Que haya transcurrido más de un año de matrimonio.
2. Que ambos cónyuges convengan el sobre el divorcio.
3. Que los cónyuges sean mayores de edad.
4. Que hayan liquidado los bienes de la sociedad conyugal (si están casados bajo esta modalidad) o no los tengan.
5. Que la cónyuge no esté embarazada.
6. Que no tengan hijos en común, o si los tienen sean mayores de edad.

Para mayor entendimiento se transcribe a continuación la segunda parte del art 272 del Código Civil de México donde se explica de manera somera el trámite en la declaración administrativa del divorcio:

Artículo 272.-... El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

Trámite

Los cónyuges acuden personalmente ante el juez del Registro Civil, correspondiente al domicilio conyugal, con las copias certificadas de acta de matrimonio, certificado de mayoría de edad y manifestarán de manera clara y explícita su voluntad de divorciarse. La oficina del registro recibirá la documentación y realizará una evaluación y revisión completa de los documentos presentados que, en caso de ser correctos y completos se registrará en el Libro de Gobierno la solicitud de divorcio y se entregará una copia a cada cónyuge.

El Juez del Registro Civil levantará un acta donde constará la solicitud de divorcio administrativo y citará a los cónyuges para que en el plazo de 15 días se presenten a ratificar la decisión tomada. De ratificar las partes, el juez declarará el divorcio y realizará el acta respectiva haciendo la anotación marginal en el acta de matrimonio.

En toda la extensión de México, esta clase de divorcio está instaurado en 24 de los 31 Estados en que está dividido aquel país.

De todas las modalidades aplicables al divorcio, se centrará en el administrativo, que hace a la esencia de este trabajo.

En materia de divorcio, se considera al administrativo como una de las modalidades más sencillas dentro del Derecho Civil mexicano siempre y cuando se cumplan con las pautas normativas. Cabe agregar que en cada Estado puede presentar alguna diferencia en el proceso ya que como en nuestro país se delega a cada estado el dictado de sus Códigos de Procedimiento, sin olvidar que la matriz principal del método es normada por el Código Civil. No está de más decir que se trata de un compendio legal del año 1928, esto representa la madurez del instituto y que no produce consecuencias negativas al normal desenvolvimiento y evolución de la vida civil.

A diferencia de nuestro sistema, en el mexicano existe una condición temporal para solicitar el divorcio administrativo, el cual define que solo podrá solicitarse luego de un año o más desde la celebración del matrimonio. Este requisito se repite en otras legislaciones como por ejemplo la española (que si bien no posee un trámite administrativo de divorcio, está evolucionando hacia la admisión del mismo) que exige

un lapso mínimo de tres meses de matrimonio para solicitar el divorcio. Este condicionante no tiene correlato en la legislación argentina, que no estipula ningún plazo para ejercer esta pretensión.

Otro requisito de la ley mexicana es la necesidad de la bilateralidad de la petición, esta es exigida como elemento condicionante para la existencia del divorcio administrativo. En nuestra legislación esta situación no es necesaria, ya que con la reforma del Código Civil, la presentación de la solicitud puede ser unipersonal.

En la legislación mexicana se exige también que los cónyuges hayan liquidado los bienes de la sociedad conyugal o que no los tengan. Esta situación no se correlaciona con el derecho nacional argentino ya que el problema de los bienes en nada obstaría la consecución del trámite de divorcio hasta su resolución, ya que, la situación de los estos se solucionarían después con las propuestas realizadas por las partes que pueden o no estar de acuerdo, o eventualmente en un proceso posterior de liquidación de los bienes.

Otra situación diferente es la que determina que la mujer no esté embarazada y/o que no tengan hijos menores (si tienen hijos mayores no representa ningún obstáculo a la petición), exigencias legales dentro del derecho mexicano. A diferencia de esto, nuestro Código Civil y Comercial, nada dice al respecto, estas situaciones también encontrarían solución en las cuestiones planteadas dentro de las propuestas reguladoras en la cual los cónyuges negociarían las cuestiones atinentes a los bienes y los regímenes de comunicación, alimentos y todo aquello que haga al interés superior del niño.

5.2 Uruguay

Además de México se puede agregar que, el país vecino de Uruguay tiene un proyecto de ley del año 2015 presentado por Alejo Umpiérrez y suscripto por Pablo Abdala, Nicolás Olivera, OpePasquet, Cecilia Bottino y Iván Posada. Este proyecto describe, como en la legislación mexicana, el funcionamiento de esta iniciativa de divorcio convencional administrativo y sus condicionamientos para su pedido ante la autoridad.

De acuerdo a la iniciativa, las condiciones para el pedido de divorcio son:

1. De tener hijos menores, que previamente se haya resuelto la situación de aquellos que sean menores de edad o incapaces, en todo lo relativo a su guarda,

su tenencia, el régimen de visitas y la pensión alimenticia ante el juzgado competente, de acuerdo a lo que establece como requisito el artículo 167 del Código Civil de Uruguay, que reza:

En los autos no se dictará sentencia definitiva si antes no se acredita que se ha resuelto la situación de los hijos menores de edad o incapaces, en cuanto a su guarda, régimen de visitas y pensión alimenticia.

El tiempo que transcurra como consecuencia de lo dispuesto en el inciso precedente, no se computará a los efectos de la perención de la instancia.

2. Que la cónyuge no esté embarazada. Cuestión que será acreditada mediante certificación médica.

Trámite:

El trámite del Divorcio Administrativo en el país vecino será el siguiente según el proyecto de ley.

Se deberá presentar, ante el Oficial de Estado Civil, un acta de solicitud de divorcio convencional administrativo, en la que constará nombre y apellido de los solicitantes, domicilio conyugal y sus números de documento. En el acta los cónyuges expresan de manera clara e inequívoca su decisión de separarse. Los solicitantes deberán comparecer, acompañados de sus abogados, ante el funcionario y firmar ante él el acta de solicitud, dando fe de ello.

Dentro de los 60 días siguientes a la firma del acta de divorcio administrativo, el oficial citará a los cónyuges a ratificar su decisión, cuestión que se hará firmando otra acta que en este caso será la de ratificación. Luego de esta última formalidad el oficial investido de la potestad declarará el divorcio y procederá a inscribir en el acta de matrimonio el acto del divorcio y se comunicará a la Dirección General de Registro de Estado Civil del Ministerio de Educación y Cultura, y al servicio de Registro Civil de la Intendencia del departamento en donde se haya celebrado el matrimonio civil de los ex cónyuges.

Es fácil de reconocer los lineamientos de la legislación y compararla con la legislación nacional argentina. Para empezar, y a diferencia de la mexicana citada precedentemente y a la vez concordante con la argentina, no exige un condicionamiento de tiempo de unión de la pareja, lo cual determinaría la posibilidad de solicitarlo en cualquier momento del matrimonio dando libertad a las parejas a divorciarse en cualquier tiempo.

La cuestión de los hijos menores en este proyecto determina que, de existir estos al momento de la solicitud, debe encontrarse solucionado todos los temas concernientes a ellos por la vía judicial. Este escollo está salvaguardado en nuestra legislación en el artículo 438 primer párrafo, en el cual se determina que deben presentarse las propuestas reguladoras, que se integran entre otros temas con las de los hijos menores o mayores discapacitados. Con respecto a la cónyuge embarazada nada dice la legislación argentina y en el caso se lo tendría en consideración en la propuesta reguladora al por nacer.

Como se puede ver, el trámite sería análogo al usado en la legislación mexicana. Estas cuestiones alrededor del mundo tienen simpatizantes y detractores, pero significan un avance en la evolución de los tiempos en los trámites procesales del Derecho de Familia y un descongestionamiento de las barandillas de tribunales.

5.3 Cuba

Ahondando un poco más en el tema, resalta también una modalidad usada desde algunos años, no son procesos administrativos en sí mismos pero son formas desjudicializadas de divorcio, esta forma es la del divorcio notarial. Donde como su nombre lo indica se realiza frente al notario público el cual se encargará del trámite.

En este país, no existe el divorcio administrativo pero está regulado un modo extrajudicial para la obtención de la declaración del divorcio. Este sistema es conocido como el divorcio notarial, el cual está regulado por Decreto-Ley N° 154/94, el cual determina de qué manera y en qué casos procederá este instituto análogo de divorcio.

Determina que debe existir mutuo acuerdo sobre la decisión de disolver el vínculo entre los cónyuges y, que el Fiscal no tenga una oposición sobre la separación de los mismos. Como es sabido en Cuba el Estado tiene mucha intromisión al momento de

reglar derechos. De no existir acuerdo entre las partes o de existir dictamen en contrario por parte del fiscal, no evita el divorcio sino que este ya no podrá realizarse a través del notario, por lo contrario se realizará por la vía judicial.

Trámite:

La presentación de la solicitud de divorcio notarial no requiere la presencia personal de los cónyuges sino que, pueden hacerlo por la vía de la representación. Haciendo uso de la representación letrada ambos cónyuges pueden ser representados por el mismo abogado. Existe la posibilidad que los cónyuges no pudieran comparecer ante el mismo notario, con lo cual el que está impedido puede prestar juramento ante otro notario de su conformidad con la disolución del matrimonio y enviarle una copia certificada al otro cónyuge el cual lo presentará ante el escribano encargado del divorcio.

El acuerdo entre las partes debe contener convenciones referidas a los hijos menores, régimen de comunicación y las pensiones para estos. Amén de que las convenciones corresponden a la esfera privada, de ninguna manera podrán atentar contra el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores, la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos, la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores, la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes menores y el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres.

El notario analizará las convenciones realizadas entre las partes y en caso que alguna atente contra las redactadas anteriormente le correrá traslado al fiscal, que deberá dictaminar a favor o en contra de la procedencia de las cláusulas y la reenviará al notario. Si las acepta continúa el proceso. En cambio si no las acepta el fiscal a las propuestas deberán las partes modificar sus pretensiones para poder continuar el trámite de divorcio hasta la declaración de estado. Si los cónyuges no deciden cambiar las pretensiones, el notario nada puede hacer y da por concluido el trámite, quedando habilitada la vía judicial para perseguir el divorcio.

Nuestro sistema no posee una modalidad extrajudicial notarial para la declaración de divorcio. La diferencia fundamental radica en que en el sistema cubano es posible la doble representación por un solo letrado, condición que está vedada por la jurisprudencia nacional bajo todo concepto.

5.4 Bolivia

Como corolario para este capítulo se agregará un dato más a esta enumeración de naciones que poseen otras formas de divorcio fuera de la esfera judicial. Es el caso del país vecino de Bolivia. En el cual a través de la ley 483, de enero del 2014, se autoriza a los notarios públicos a encarar esta clase de tarea avalados por el Estado de Bolivia y divorciar a los cónyuges que así lo decidan.

El trámite de esta clase de divorcio posee exigencias a cumplir como en las vistas en las legislaciones de México y Uruguay. Para la procedencia del mismo es necesario que:

- 1.El consentimiento para la disolución del matrimonio debe ser bilateral.
- 2.Los cónyuges no tengan hijos en común.
- 3.No tengan bienes comunes.
- 4.Ninguno de los cónyuges pretenda asistencia familiar.

Trámite

La petición es presentada por ambos cónyuges, por escrito, acompañado de un acuerdo suscripto por los ambos y el certificado de matrimonio ante el notario. El acuerdo de las partes deberá contener los nombres, apellidos, números de cédula de identidad y domicilio real de los cónyuges, la manifestación de voluntad de divorciarse expresada por ambos cónyuges, la inexistencia de los hijos entre los cónyuges, la inexistencia de bienes gananciales sujetos a registros, la renuncia expresa a cualquier forma de asistencia familiar por parte de ambos cónyuges.

El notario registrará todos los documentos presentados para la petición, en presencia de ambos cónyuges. Luego de pasados 90 días los cónyuges serán citados y en presencia del notario (que registró la solicitud), en caso de que los cónyuges no se presentaran en el plazo estipulado, podrán hacerlo hasta los 180 de la petición de divorcio, acto en el cual deberán ratificar de manera clara nuevamente su decisión de divorciarse (si no ratificasen en el tiempo determinado por la ley el trámite caducará y se archivará) , acto seguido el escribano labrará el acta de ratificación, luego se lo protocolizará junto al acuerdo previo entre los cónyuges, se transcribirá al certificado de

matrimonio, se expedirá el correspondiente testimonio del divorcio notarial y se enviará copia de este último al Servicio de Registro Civil para la cancelación definitiva del matrimonio.

De ninguna manera la legislación nacional argentina recepta el divorcio notarial. Pero punto por punto la diferencia entre este instituto para ambos países radica en que en la Argentina el divorcio puede ser peticionado de manera unipersonal y que las cuestiones sobre bienes e hijos se solucionan en el acuerdo regulador que las partes presentan en la demanda de divorcio.

Conclusión del Capítulo

Como se ha presentado en este capítulo se puede observar que en otros países existe una legislación que ampara al divorcio administrativo como una posibilidad jurídica para la desvinculación matrimonial de los cónyuges, sin intervención de los tribunales y con una resolución pacífica para las partes.

Capítulo 6. Posibilidad de extensión de funciones del Oficial Público del Registro Civil.

En este capítulo se hablará sobre los deberes del oficial público, la importancia de su intervención, la posibilidad de la extensión de sus atribuciones para lograr colocarlo en situación favorable en el proceso del divorcio administrativo.

Dice Guillermo Borda: “En ningún acto tiene el formalismo tanta importancia como en el matrimonio...Salvo raras excepciones ésa ha sido costumbre de todos los tiempos y pueblos.... La importancia de la solemnidad en el matrimonio se puede destacar desde distintos ángulos: a) impide los peligros de un consentimiento prestado en un momento de ligereza y exaltación; b) obliga a reflexionar sobre la trascendencia del acto que se va a realizar y despierta la conciencia de las obligaciones y responsabilidades que entraña; c) el formalismo contribuye poderosamente a la vitalidad y estabilidad de las instituciones...” (Borda, 1975)

Mucha debe ser la importancia de la formalidad de la declaración del vínculo, si la Rusia Soviética que aplicaba la teoría comunista del amor libre y reconocido el matrimonio de hecho, exigió más tarde la inscripción en registros públicos y finalmente restableció el vínculo formal.

En nuestro país a partir de la sanción de la ley 2393 (año 1888) que reconoce el matrimonio civil, se requiere que el acto se celebre ante un oficial público y sólo así producirá efectos legales.

La ley de matrimonio civil 2.393 ya estipulaba que el matrimonio civil era un acto solemne que debía celebrarse públicamente con presencia de dos testigos. Esta condición y solemnidad se mantiene en el nuevo ordenamiento civil (Ley 26.994) en el artículo 418 que ordena que se celebre con la comparecencia de los futuros cónyuges, **por ante el oficial público** encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas que corresponda al domicilio de cualquiera de ellos. El mencionado artículo expresa que el Oficial, Público “da lectura al art. 431 y recibe de cada uno de los contrayentes la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y **pronuncia que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley**”.

En el Acta de matrimonio que constituye la prueba de la existencia del matrimonio, entre otras formalidades expresadas en el art. 420 del Código Civil y

Comercial debe constar, inc. g) “la declaración de los contrayentes de que se toman por esposos y del oficial público de que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley...”

El carácter de la intervención del Oficial Público:

“La intervención del oficial público asume un carácter peculiar y trascendente, muy distinta a la que corresponde a un escribano público o incluso al propio jefe del Registro Civil cuando labra un acta de nacimiento o defunción. Estos se limitan a dar fe del acto ocurrido en su presencia; su intervención es pasiva, reduciéndose a dejar sentada la declaración de las partes. En cambio en el matrimonio el oficial público interviene activamente, integrando el acto con su actuación, pues es él quien pronuncia en nombre de la ley que los contrayentes quedan unidos en matrimonio. Su actuación es, por tanto, un elemento esencial del acto, sin el cual éste simplemente no existe.” (Borda, 1975)

La importancia de la intervención del oficial público que declara el matrimonio en nombre de la ley y en representación del Estado, resulta de lo dispuesto en el art. 406 del Código Civil y Comercial de la Nación, que reza: *Art 406. Requisitos de existencia del matrimonio. Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo, excepto lo previsto en este Código para el matrimonio a distancia.*

Teniendo en cuenta lo expresado se define que la intervención del oficial público es requisito de existencia del matrimonio, ya que es éste, investido por el Estado de esa capacidad para integrar la declaración de los contrayentes, quien recibe el consentimiento de los contrayentes y declara el vínculo y el comienzo de existencia de la relación matrimonial. Su intervención es tan fundamental que sin la presencia o sin la declaración del oficial público que declara unidos en matrimonio a los contrayentes, el matrimonio no existía, conforme a la ley civil vigente antes de la última reforma del Código Civil. Actualmente se ha zanjado esta cuestión a través de la norma del art. 407 que se refiere a la incompetencia de la autoridad que celebra el acto, dejando a salvo los derechos del contrayente de buena fe, cuando la autoridad que recibe la declaración ejerciera públicamente tales funciones, aunque su designación fuere ilegítima.

No obstante ello, se mantiene la formalidad de la intervención de la autoridad pública para la celebración del matrimonio, ya que el oficial público actúa la voluntad del Estado en razón de su investidura.

De tal modo, el matrimonio válido no podrá celebrarse ante un notario público, o ante la autoridad religiosa, ya que ninguno de ambos se encuentra investido de la autoridad del Estado, para declarar a los comparecientes unidos en matrimonio en nombre de la ley.

En esta propuesta se propone demostrar que con la misma capacidad que le ha sido conferida, quien reúne la condición de oficial Público del Registro Civil puede recibir la declaración bilateral o unilateral de los cónyuges, en cuanto requiere la liberación del vínculo matrimonial, voluntad que, receptada por el Oficial Público tenga el mismo valor legal que la recibida para constituir el vínculo matrimonial.

Con una mínima reforma legal, o ampliación de las capacidades de que se inviste al Oficial Público del Registro Civil, se lograría simplificar los trámites relativos al desvínculo matrimonial, haciendo efectivo el principio contenido en el art. 437 cuando recepta el divorcio unilateral, con el objetivo de profundizar la protección del Estado a la libertad individual, y constitucionalizar los procedimientos tendientes a esa finalidad. Tales funciones no resultarían exorbitantes en relación a las que actualmente cumple en el Registro Civil.

No se debe perder de vista el artículo 15 de la Ley 26.413 del Registro Del Estado Civil y Capacidad de las Personas que reza: *ARTÍCULO 15. — Registrada una inscripción, la misma no podrá ser modificada sino en virtud de resolución o disposición de autoridad competente.* Con el transcripto artículo se puede teorizar manifestando que con las mismas capacidades y autoridad o funciones para registrar una inscripción, y dado que la autoridad competente, en el caso el Oficial del Registro o el Director del mismo, puede modificar la misma por disposición de autoridad competente, sólo bastaría otorgarle competencia para receptar la declaración de voluntad de divorciarse por ambos o de uno solo de los cónyuges.

Entonces el Oficial del Registro Civil sería autoridad competente para recibir la declaración de los contrayentes para unirse, y de uno o ambos esposos para divorciarse, manteniendo la autoridad para hacer la inscripción necesaria en los registros respectivos.

Bastaría receptor la declaración del cónyuge que así lo solicita para dejar constancia en el Acta de Matrimonio respectiva. Para la unión en matrimonio en el artículo 406 del Código Civil y Comercial anteriormente mencionado se declara al Oficial Público como autoridad competente, siendo análoga pero contraria la recepción de la declaración de la voluntad de rescindir el vínculo matrimonial e integrar el acto con la voluntad del estado.

Con todo lo expresado se intenta probar que no estaría muy distante de la realidad la posibilidad de que el Oficial Público del Registro Civil pueda inscribir un divorcio así como declaró la unión de los cónyuges en el matrimonio, sin necesidad de que este sea declarado judicialmente, sino por la voluntad de las partes y tomando al Oficial como una autoridad competente para recibir esta declaración y cumplir esta finalidad.

Siguiendo con la hipótesis tendiente a demostrar que no existe incompatibilidad en la legislación para receptor una solución como la propuesta, con la admisión de la declaración administrativa de desvínculo, el artículo 52 de la Ley 25413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, expresa: **ARTICULO 52.** — *El matrimonio se celebrará en la forma establecida en el Código Civil, debiendo los contrayentes presentarse provistos de la documentación necesaria ante la autoridad competente para celebrarlo, con la antelación que fije la reglamentación respectiva. Si el matrimonio anterior hubiere sido disuelto por divorcio vincular, nulidad o en el caso previsto por el artículo 213 inciso 2 del Código Civil, deberá acreditarse la habilidad nupcial con testimonio del acta debidamente referenciada. Si alguno de los contrayentes fuere viudo, o su cónyuge hubiera sido declarado ausente por presunción de fallecimiento, o por desaparición forzada, deberá acompañar el testimonio del acta de defunción o de la sentencia dictada respecto de su anterior cónyuge, así como también acta de matrimonio.*

Esta disposición se reitera en el nuevo ordenamiento civil, en el art. 416, siendo el Oficial Público el encargado de verificar si se cumplen las condiciones de procedimiento para declarar la unión matrimonial. De igual modo, con iguales atribuciones, puede verificar la existencia del matrimonio, requerir el Acta original respectiva, y teniendo a su disposición los Registros pertinentes, inscribir sin más trámite la declaración de voluntad, bilateral o unilateral de los cónyuges.

Las tareas que se intentan agregar no desvirtuarían sus funciones primordiales ni serían contradictorias con las que actualmente se le reconocen.

Las inscripciones que se realizan en los libros de matrimonio del Registro Civil, son las siguientes: **ARTICULO 51.** *-Se inscribirán en los libros de matrimonios: a) Todos lo que se celebren ante la autoridad competente en el territorio de la Nación; b) Aquellos cuyo registro sea ordenado por juez competente; c) Las sentencias sobre nulidad, separación personal, divorcio y las reconciliaciones comunicadas judicialmente. Dichas inscripciones se efectuarán por nota de referencia en el acta de matrimonio respectiva; d) Los que se celebren por funcionarios judiciales en el caso del artículo 196, segunda parte del Código Civil; e) Los celebrados in extremis que se realicen por capitanes de los buques y aeronaves de bandera argentina, asentándose ante el oficial público del primer puerto o aeropuerto argentino de arribo.*

Nuevamente se enfrenta a esta analogía de autoridad competente. Es indudable la posibilidad de que se actualicen las funciones del oficial público autorizando a recibir y registrar la voluntad de desvínculo.

Esto también es explicable con lo que sucede a nivel de la legislación comparada en el cual se puede observar que el Oficial Publico tiene estas potestades normativamente establecidas y no representa un problema ni un obstáculo procesal, ya que existen sistemas en los que coexisten el proceso judicial y el administrativo sin que se produzcan situaciones polémicas entre ellos, tal lo que ocurre en México, citado.

Ejemplos de esta ampliación de las facultades del oficial público se dan en:

Uruguay: Existe u proyecto de ley en el cual se determina en el trámite que, *La solicitud de divorcio convencional administrativo será formulada ante el Oficial de Estado Civil correspondiente, a través de un Acta de Solicitud en la que deberán constar los nombres y apellidos de los solicitantes, sus documentos de identidad y el último domicilio conyugal. Ambos solicitantes deberán comparecer personalmente, y firmarán ante el funcionario el Acta de Solicitud con asistencia letrada. En dicha acta los solicitantes expresarán de manera clara su decisión de divorciarse. Recibida la solicitud de divorcio convencional, el funcionario citará a los cónyuges para que ratifiquen su voluntad de divorcio, dentro de los 60 días siguientes. Si los cónyuges lo hacen a través de un Acta de Ratificación, el oficial los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en el Acta de Matrimonio y la comunicará a la Dirección General de Registro de Estado Civil del Ministerio de Educación y Cultura, y al servicio de Registro Civil de la Intendencia del departamento en donde se haya celebrado el matrimonio civil.*

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio no producirá efecto alguno y se aplicarán las sanciones previstas en la ley.⁹

Se puede ver que ante el Oficial se debe formular la petición, llamará a las partes a ratificar su decisión de divorciarse, declarará el divorcio de las partes y finalmente hará la anotación y comunicación del mismo. Estas tareas son posibles en nuestra jurisdicción sin problema alguno y sin realizar cambios profundos en la legislación.

Siguiendo con esta línea se debe hablar del trámite que se sigue para esta clase de divorcio en México:

Art 272...El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

Como se puede leer en este art del Código Civil del Distrito Federal, las funciones del Oficial Publico, llamado Juez, en el caso del Divorcio Administrativo tiene una similitud con el proyecto uruguayo. Adquiere así, la citación para ratificar, declaración y anotación del trámite.

Se demuestra así que estas funciones ampliadas de los oficiales públicos son perfectamente practicables en nuestro sistema normativo.

En nuestro derecho, se puede afirmar, siguiendo a los doctrinarios del derecho administrativo, la posibilidad de que los oficiales públicos reciban la declaración o petición de divorcio, sea, en forma bilateral y conjunta de los cónyuges, mediante una presentación directa ante el Registro Civil; esta presentación puede ser conjunta de ambos cónyuges, oportunidad en la que el Oficial solamente deberá verificar la identidad de los peticionantes, la libertad y discernimiento del consentimiento así manifestado, y declarar el desvínculo, anotando de inmediato en el Acta de Matrimonio, la decisión manifestada por los cónyuges.

⁹Fuente: <http://es.catholic.net/op/articulos/60223/cat/605/proyecto-de-ley-de-divorcio-administrativo-en-uruguay-.html#modal>

Si la petición es unilateral, puede actuar de la misma manera, expresando en el acta cuál de los cónyuges ha manifestado su voluntad rescindente del vínculo, y obligar a éste a acreditar haber notificado a su cónyuge de la declaración efectuada, paso que deberá justificarse de modo fehaciente, mediante la intervención de un notificador oficial del mismo Registro o mediante Acta Notarial que así lo acredite. Todo ello a fin de que el no interviniente, tome conocimiento de la decisión de su cónyuge, con el objeto de precisar el momento en que cesa la sociedad conyugal, y para que el notificado no requirente pueda efectuar judicialmente planteos judiciales que tengan relación con las restantes cuestiones referidas a la liquidación de la sociedad conyugal, hijos menores o discapacitados y las demás materias a que se refiere el convenio o proyecto regulador que refiere la nueva ley civil en el art. 438 primer párrafo.

Que, las modificaciones que se propondrán en las Conclusiones, se encuentran avaladas por el Derecho Administrativo, ya que existen en las categorías estatales los funcionarios públicos y los empleados públicos claramente diferenciados. La doctrina, discrimina funcionarios y empleados con fundamento en sus diferentes remuneraciones o en sus jerarquías administrativas en tanto que, siguiendo a Agustín Gordillo en el Tratado de Derecho Administrativo (Tomo I. ítem XIII-1) se estima que la diferencia entre empleado y funcionario está dada por que este último decide, representa la voluntad del Estado, mientras que el empleado ejecuta, es decir lleva a la práctica las decisiones de los funcionarios.

Teniendo en consideración que el funcionario decide y está investido de tal facultad por el Estado, sobre este fundamento el Oficial del Registro Civil declara la voluntad del Estado, integrando la declaración conjunta de los contrayentes en el sentido de unirse en matrimonio. El funcionario público, denominado en el caso Oficial Público, integra la decisión de la ley mediante su declaración que complementa la aquella declaración de los contrayentes.

El Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas es un ente administrativo autárquico regido por la Ley de su creación. La última Ley de Registros establece en el art. 1 (Ley 26413) que; *“Todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas deberán inscribirse en los correspondiente registros de las Provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

Asimismo, en los artículos subsiguientes, se determina quién está a cargo del Registro Civil, y las funciones y capacidades requeridas para el cargo de director, autorizándole incluso a éste a requerir el uso de la fuerza pública para el adecuado cumplimiento de sus funciones.

Ello revela que el director del Registro ejerce el manejo de todos los actos que se refieren al origen y modificaciones en el estado civil de las personas, tiene a su cargo la información de toda clase de actos o hechos que implican nacimiento, fallecimiento, cambios en el estado civil de las personas, y ese poder es ejercido personalmente y/o mediante delegación de funciones administrativas en oficiales públicos, los que, de tal modo, reciben la declaración de nacimientos, óbitos y de aquellos que deciden contraer matrimonio, unión que declaran bajo formalidades legales, dejando constancia en las Actas respectivas, Acta de Matrimonio, que constituye un instrumento público, conforme normativa del Código Civil (arts. 289 inc. b) y 290 inc. a).

Que, como se verifica el agente público u oficial público, autorizado por el Registro Civil para la celebración de actos que competen a aquellos hechos o modificaciones deja constancia en el acta respectiva, dando plena fe de los hechos pasados ante sí, constituyendo consecuentemente un instrumento público que hace plena fe de sus constancias.

Dicho acto hace plena fe en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar, los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él, o ante él, hasta que sea declarado falso, en juicio civil o criminal (art. 296 inc. a) Código Civil y Comercial de la Nación).

En consecuencia, todo acto declarativo recibido por el oficial público tiene una fuerza legal tal que sirve para probar los hechos pasados ante él en el ámbito de sus funciones.

Que, el artículo 1 de la Ley del Registro Civil estipula que todo acto que origine, altere o modifique el estado civil de las personas se inscriben en el Registro.

En consecuencia, puede recibir no sólo la declaración de los contrayentes de que quieren unirse en matrimonio sino también, con la misma atribución, recibir la declaración conjunta o unilateral de pretender divorciarse por haber acabado el proyecto común que los unía.

Bajo estas circunstancias, el Oficial Público, dentro de la órbita de sus funciones específicas, procedería a inscribir al divorcio así requerido por las partes, en forma inmediata, sin otros requisitos que la acreditación de la identidad de quienes lo soliciten.

Pues ello también se encontraría dentro de la órbita de sus funciones, ya que corresponde al Registro, tomar razón de toda modificación en el estado civil de las personas.

El Oficial Público tiene funciones que se encuentran especificadas en el Derecho Administrativo, y en las leyes de creación de cada repartición. De tal modo, actuando en la órbita de sus funciones, se consideran actos llevados a cabo por el Estado mismo, aunque actuando a través de sus funcionarios.

Más aún, cuando actualmente la Ley de Registro Civil especifica que su director debe ser abogado, con lo que el cumplimiento de las formalidades jurídicas y normativas, se llevan a cabo en última instancia, por quienes conocen la normativa del caso.

Esta delegación de funciones recae en el Oficial Público con facultades para declarar unidos en matrimonio a los contrayentes, y con esas mismas facultades puede receptar la declaración rescindente de la unión.

De tal manera, se verifica una economía de actos jurisdiccionales innecesarios para lograr el propósito de obtener con la inmediatez requerida por la ley reformada, una decisión de divorcio, sin obstáculos no queridos por la ley civil. Téngase en cuenta cuál es la teleología de la reforma: incluir y poner en efectivo ejercicio el principio de las libertades individuales con el objetivo de afianzar los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional en el art. 74 inc. 22. De tal modo la reforma a la ley de matrimonio civil, que permite el uso de las libertades y derechos personales sin impedimentos de ninguna naturaleza en la consecución del proyecto individual humano de vida, no puede verse suspendida ni obstaculizada en su mecánica judicial, por circunstancias que el legislador, de ninguna manera pudo haber tenido en consideración por el modo en que funcionan los tribunales en todo el país.

Por ello es más lógico evitar dispendio jurisdiccional mediante la declaración unilateral o bilateral de divorcio ante la misma autoridad que lo declaró. La decisión es inmediata, responde a los objetivos de la ley civil y los tratados internacionales a los cuales se adecua, y da solución a una situación que puede resultar generadora de otros

conflictos, en el caso de prolongarse en el tiempo la situación de indefinición en relación a la situación personal de los esposos y los bienes y rentas de la sociedad conyugal, evitando así potenciales cuestiones judiciales que se suscitan cuando los juicios de divorcio se prolongan en el tiempo.

Conclusión del Capítulo

A lo largo del presente se ha estipulado todos los actos que realizan el oficial público y sus efectos con respecto a terceros. Siendo éste el que legalmente une a una pareja en matrimonio y a través de su declaración cambia el estado civil de las personas. No habría ningún obstáculo para que su investidura pudiera proclamar también la disolución del matrimonio que ha podido personalmente o a través de un colega a unido a los cónyuges en matrimonio. También se ha visto que en otras legislaciones es aplicable esta suma de poder o este aumento en sus obligaciones y que nada obsta el desarrollo normal del derecho.

Capítulo 7: El divorcio administrativo como solución a la demora y explicación del procedimiento nuevo.

En este apartado se propone a modo personal y, a través del estudio realizado precedentemente a lo largo de todo el trabajo, una idea básica de lo que sería el divorcio administrativo como solución a los problemas de mora judicial; y la posible adaptación de los procedimientos para la admisión del matrimonio administrativo.

Como resulta de la evolución histórica del matrimonio, su tardío reconocimiento como institución del derecho civil, para introducirse contemporáneamente en la esfera meramente privada individual de los cónyuges, marca un rotundo progreso que la legislación civil ha tratado de acompañar, modernizando la normativa. Inicia con el matrimonio como sacramento, regido por la iglesia católica, tanto en su declaración como su registro, sigue su reconocimiento como institución de orden público sometido a la ley civil, aunque sin posibilidad de ruptura del vínculo y recupero de la aptitud nupcial, reconocimiento este último que demoró un siglo, desde que se instituye el matrimonio civil en Argentina (Ley 2393), y siempre el legislador fue cauteloso para enfrentar una realidad que avanzaba sin pausa, tendiente al reconocimiento de la libertad en el goce de todos los derechos y garantías individuales reconocidos por la Constitución Nacional.

Que, como consecuencia de la evolución del derecho internacional incorporado a nuestra Carta Magna como ley de la Nación, ya no como mera referencia que parecía lejana y vacía de contenido expreso en el capítulo de los derechos y garantías (el art. 31 de la Constitución del 53 ya expresaba que: “Los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”), sino que al incluirse expresamente -en el art. 75 inc. 22 de la Constitución reformada en el año 1994- una específica mención a cuáles tratados quedan incorporados como ley suprema, nos ha obligado a introducirnos en su lectura, comprensión y planteamiento de que toda normativa interna que se oponía a los derechos y garantías reconocidos en ellos, debían ser considerados inconstitucionales.

Como la evolución del matrimonio y su disolución ha sido lenta y difícil, plena de secuelas de índole política y desestabilización gubernamental toda vez que pretendía evolucionar hacia la aceptación de la ruptura del vínculo matrimonial en una sociedad imbricada de principios religiosos católicos, fue la jurisprudencia de los tribunales, la que

hizo un fuerte aporte, aunque limitado a los pocos casos que llegaron a la Corte Suprema de Justicia (que además fueron escasamente publicitados), que sirvió de base para el dictado de la ley 23515 que reconoció, sin derogar el divorcio mera separación personal de los cónyuges, el divorcio vincular con recuperación de la aptitud nupcial.

Si bien la ley 23515 del año 1987 significó una potente evolución normativa en relación al instituto del divorcio, el fenómeno de la globalización obligó a los poderes del estado a adaptarse a los cambios, que se introdujeron específicamente en la reforma constitucional del año 1994, con la incorporación de los tratados internacionales, que condujo a la constitucionalización del derecho en general y del derecho de familia en particular.

Siendo que las relaciones familiares se sostienen en el afecto y cuando desaparece éste no puede compulsivamente obligar a sostener situaciones no queridas, se puso en crisis el matrimonio como institución, y el divorcio vincular por causales subjetivas desaparece para dar paso al derecho a solicitarlo toda vez que la persona, en el ejercicio pleno de sus derechos y de su libertad, así lo requiera.

Porque frente al derecho constitucional reconocido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en relación a las acciones privadas de los hombres que de ninguna manera ofendan al orden o a la moral pública, ninguna disposición legal ni procedimental puede impedir su realización, y el divorcio se encuentra ya enmarcado por la Corte Suprema entre las acciones privadas de los hombres.

Esta evolución que ya se señaló, instituye a la celebración del matrimonio como un contrato entre partes, las que pueden regular sus relaciones a través incluso de convenciones que se encontraban vedadas en la legislación civil.

Bajo estos conceptos, se deriva como consecuencia, que los cónyuges pueden decidir libremente desvincularse del acuerdo que los ligaba, sin intervención de autoridad judicial, manifestando su voluntad contraria ante una autoridad semejante a la que receptó su declaración de vincularse entre sí por el matrimonio.

La aplicabilidad del sistema, de un nuevo tipo de divorcio, que vendrá a aumentar el espectro de posibilidades a un nivel extrajudicial para los cónyuges que desean divorciarse, se explicará en estos últimos párrafos. Se analizará la recepción del Divorcio Administrativo dentro del sistema normativo actual, la solución a ciertos problemas procesales que van dándose a lo largo de los procesos (explicados en el desarrollo del presente trabajo) que llevarían a una solución más expedita y eficaz a las causas de divorcio.

Mucho se ha dicho de los problemas actuales en los estrados judiciales a lo largo y ancho de nuestro país que, hasta el día de la fecha, nadie ha podido dar una solución a la hora de desarrollar conforme a la nueva legislación un proceso de divorcio como estaría establecido desde la sanción del nuevo Código en el año 2015.

Se avizoraron algunas soluciones parciales a las distintas problemáticas acusadas en las actuaciones dentro de las causas de divorcio, en sendos Juzgados de Familia de nuestro país, pero sigue existiendo un vacío legal que produce un desequilibrio de las causas y su solución en todo nuestro territorio.

Es así que este trabajo apunta a una posible solución, sobre un tema dejado de lado por los legisladores, explicando sin mucho sustento y con muchas contradicciones, el porqué de la inaplicabilidad de este instituto.

Con respecto al párrafo anterior se hace una transcripción del libro del Tratado de Derecho de Familia que dice:

... No se ha incorporado en el Código la posibilidad de realizar el trámite de divorcio en forma administrativa. El fundamento del reconocimiento legal de este tipo de divorcio es procurar la desjudicialización de procesos en los cuales la voluntad de ambos cónyuges es suficiente para finalizar el matrimonio, ya que no se plantea litigio alguno.

...En cambio, se ha optado por mantener únicamente el divorcio judicial.

Uno de los motivos es que el sencillo y rápido trámite de divorcio judicial regulado en el Código va a garantizar la celeridad, que es uno de los argumentos en favor de la opción por el trámite administrativo...

...El trámite de divorcio judicial que establece el Código Civil, con el requisito de incorporación del convenio regulador o la propuesta de convenio, será sin dudas un proceso corto al no impedir el dictado de la sentencia de divorcio a pesar de que la falta de acuerdos, por lo que estimamos que no es necesaria la incorporación del divorcio extrajudicial. (Kemelmajer de Carlucci Aída, Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, 2012)

Del texto transcrito se logra ver la lectura que se hacía del divorcio unipersonal en la utópica práctica sin demoras del nuevo proceso judicial del divorcio unilateral. Nada de esto está representado en la actualidad y menos en la práctica, nada de lo propuesto se ha cumplido. Los jueces nunca adoptaron el artículo 438 inc. 4 al pie de la letra y no se está intentando cambiarlo tampoco. No hay un esfuerzo por dejar el viejo dogma y producir la evolución que necesita el instituto para lograr la madurez buscada en la reforma. Se ha visto en la práctica que el abogado recurrió al despacho de su señoría pidiendo se aplique la ley como está escrita y no haciendo interpretaciones ambiguas que demoren más el proceso, sin lograr una respuesta afirmativa o satisfactoria para la inquietud que se planteó.

El Divorcio Administrativo funciona en países como México y Portugal, se intenta sancionarlo en otros, tal es el caso de España y Uruguay. Bolivia y Cuba cuentan además con un sistema diferente, el Divorcio Notarial que, determina que el Notario Público puede divorciar a los cónyuges. Está demostrado que hay una tendencia a inclinarse a este diferente medio extrajudicial para recuperar la capacidad nupcial rápida y expedita.

La propuesta del presente trabajo apunta a desarrollar un sistema administrativo que serviría a los fines del divorcio en sí mismo, para lograr el desvínculo en forma inmediata y expeditiva; pero sin dejar de lado el sistema judicial en relación a las restantes cuestiones que continúan considerándose de orden público y que hacen al interés público familiar y el superior interés de los menores.

El divorcio administrativo en otras legislaciones como se ha revisado precedentemente, necesita un requisito temporal de permanencia en el estado de casado, lapso durante el cual se veda el divorcio, el cual puede hacerse administrativa o notarialmente. Este obstáculo temporal no existe en nuestra ley civil, pero en la práctica,

se superan ampliamente los lapsos del derecho comparado, pues para lograr una decisión judicial que declare el divorcio, se condiciona por medio del proceso judicial el logro de una decisión que ambos cónyuges o uno de ellos ha tomado libremente, en ejercicio de los derechos que le reconoce la Constitución Nacional y tratados internacionales que constituyen ley suprema de la Nación.

Qué disposiciones legales autorizarían la adopción del divorcio administrativo: Si bien de *lege lata*, no sería admisible el divorcio administrativo, teniendo en cuenta que el art. 437 expresamente estipula que el divorcio “se decreta judicialmente”, y lo dispuesto por el art. 435 inc. c) que estipula que “el matrimonio se disuelve por el divorcio declarado judicialmente”, la práctica tribunalicia ha demostrado que el sistema de declaración judicial no ha funcionado acorde a los requerimientos de la ley civil y los fundamentos que tuvo el legislador en vista para así estipularlo. La realidad diaria revela una demora tan grave y disfuncional a la norma que genera otro tipo de conflictos que hacen a las consecuencias económicas del divorcio.

El art. 344 del Código Civil en relación a los actos jurídicos en general en el último párrafo dice que “se considerarán no escritas las condiciones que afectan de modo grave las libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o *decidir sobre su estado civil*”.

Es decir, la decisión sobre el estado civil, entendido en sus dos facetas, tanto la decisión de contraer matrimonio como la de desvínculo matrimonial es una de las libertades que no pueden condicionarse, y la práctica ha coartado la decisión sobre el estado civil sometiendo la decisión a un juez, cuando el sistema familiar ha sido atravesado ya por las disposiciones constitucionales, garantizando la libertad de decisión, la cual no necesita pasar por la resolución de un juez para tener virtualidad inmediata.

Por tales razones, y rendidos ante la evidencia de la mala praxis judicial en el divorcio, la propuesta de este trabajo tiende a desjudicializar el trámite o la decisión sobre el estado civil, limitándola a la mera declaración ante el Oficial Público, quien receptorá tal manifestación haciéndola constar en el Acta respectiva.

7.1 Tramite

Cómo se llevaría a cabo la declaración:

La declaración de voluntad de divorciarse puede ser bilateral o unilateral, manteniendo la normativa del art. 437 del actual Código, que estipula que la acción puede iniciarse por uno o ambos cónyuges.

La declaración se hará ante el Oficial Público del Registro Civil del lugar donde se emplaza el último domicilio conyugal, en todos los casos con patrocinio letrado, o en caso de bilateralidad con sus respectivos letrados.

Si la declaración se hiciera en una jurisdicción diferente a aquella donde se contrajo el matrimonio, el Oficial Público deberá informar inmediatamente al Registro donde se encuentre el Acta de Matrimonio, a los fines de la inscripción de la voluntad declarada, unilateral o conjunta de los cónyuges.

Para evitar secuelas de desprotección de los intereses de los menores, discapacitados, etc. se deja subsistente el proyecto unilateral o convenio bilateral regulador sobre situación de los hijos menores y/o discapacitados, atribución de la vivienda familiar, régimen alimentario, compensaciones si correspondieren, y distribución de los bienes comunes, en los casos en que hubiera hijos y/o bienes comunes. Este convenio o proyecto de regulación deberá estar presentado ante la justicia en el momento en que el o los cónyuges comparecen ante el Oficial público para solicitar la ruptura del vínculo matrimonial, y acreditar ante la autoridad pública esta presentación, de modo fehaciente. Es decir que la tramitación del divorcio es automática, inmediata y en un solo acto, con la sola condición de estar acreditado haber comparecido a la justicia para interponer el proyecto unilateral o el convenio bilateral regulatorio de las restantes cuestiones protectorias del interés familiar y de los menores.

Recibida la declaración, el Oficial público labrará acta de lo ocurrido en su presencia, de la declaración recibida y declarará el desvínculo. En su caso informará inmediatamente por vía electrónica al Registro Civil donde obrare el Acta de Matrimonio, a fin de que se tome razón del divorcio declarado en sede administrativa y se proceda a la inscripción marginal de la decisión. Sin perjuicio de la notificación electrónica, remitirá

copia auténtica y legalizada de lo actuado al Registro Civil donde se celebró el matrimonio a los fines informativos e inscriptorios.

A partir de esto se puede determinar un trámite y condiciones diferentes a las planteadas en la legislación comparada ya que nuestro sistema estaría salvando de alguna manera estos escollos o condicionamientos temporales para su aplicación de una manera más desestructurada para este nuevo instituto.

El art 435 inc. “c” determina, como causa de la disolución del matrimonio, el divorcio declarado judicialmente. Para la aplicación del proyecto se debería realizar una reforma sobre el citado artículo admitiendo no solo el divorcio judicial sino al extrajudicial también. Este primer paso sería de suma importancia abriendo el espectro de posibilidades. Acompaña a este, el artículo 437 del Código que reafirma de alguna manera la judicialidad del divorcio cuando dice: “...*el divorcio se decreta judicialmente...*”. Esto debería reformarse en cuestiones de divorcio para que no quede incompatible con el administrativo.

Conclusión

La propuesta viene a solucionar un problema jurídico a nivel nacional, la demora innecesaria en los procesos de divorcio del que tanto se ha expuesto, separando de la órbita judicial la decisión última sobre el instituto.

Ha quedado demostrado a lo largo del presente que si bien el nuevo proceso de divorcio, el llamado unilateral, prometía celeridad y eficacia para su tramitación y solución efectiva en tiempo útil, nada de esto fue real en la práctica y quedó demostrado en la ineficiencia que existe en los juzgados al momento de unificar criterio, que debería haber nacido desde el espíritu del nuevo Código Civil, y dar solución al problema de la demora.

Por esta razón se ha expuesto una solución vigente en otros sistemas judiciales, que funciona, que armoniza con el sistema jurídico actual, que es rápida y efectiva y que indefectiblemente arribará a una solución en un tiempo determinado, sin dilaciones ni obstáculos.

Se ha demostrado con claridad que el concepto del cambio de paradigma establecido en un principio de la institución del matrimonio y como este ha ido perdiendo terreno con el paso del tiempo y la evolución del derecho. Así se observó cómo al principio el Estado regulaba todos los aspectos concernientes a las uniones definitivas entre personas en el matrimonio y nada se le escapaba a su arbitrio determinando a través del Orden Público los derechos, deberes y obligaciones de los cónyuges en la vida matrimonial impidiendo que las partes interfirieran sobre estas en ningún aspecto.

Así las cosas hasta la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el cual se relaja la intromisión del Estado en la vida matrimonial, dejando sólo algunos principios fundamentales para la vida conyugal, dejando en absoluta libertad a los cónyuges para regular la vida en común.

Estos principios resultan de la concreción en las leyes nacionales, de los principios contenidos en los Tratados Internacionales que constituyen Ley Fundamental de la Nación, incorporados constitucionalmente en la Reforma del Año 1994, en el art. 75 inc. 22), sobre libertad del individuo en la concreción de su proyecto de vida.

Con relación a la demora de la sentencia de divorcio se ha demostrado que es lo que la ley pretendía con respecto a la celeridad del trámite y lo que en realidad sucede en la actualidad y se demostró que ninguna fecha de sentencia de divorcio se acerca a esa cantidad de días en la resolución. La razón por la cual no se cumple esa fecha límite que presumieron los legisladores cuando crearon el llamado “divorcio incausado”, tiene su fundamento en que, si bien la ley de fondo crea el divorcio expedito unilateral en la norma del artículo 437 y 438, no estableció un procedimiento para la tramitación del mismo, a pesar de que en otras materias ha fijado normas de procedimiento dentro del código reformado, tales como los del art. 70 en caso de cambio de nombre o apellido, que debe tramitar por el tipo de “proceso más breve”; los arts. 80 ss. y 87 a 89 sobre procedimiento en caso de ausencia y presunción de fallecimiento; art. 543 sobre trámite de alimentos por el “proceso más breve”.

En cuanto a la innecesaridad de intervención del Ministerio Público en el proceso de divorcio se desprende que de la lectura del artículo 25 de la ley 24.946 en su inciso “e” determina la participación del Ministerio Público en las causas de nulidad de matrimonio y divorcio. Con respecto a este último instituto y al cambio de paradigma propuesto por la reforma del Código Civil, no le correspondería al Ministerio Público participar en las causas de esta índole.

Sin embargo la participación del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público Popular quedaría subsistente en relación a los convenios reguladores en los cuales se traten cuestiones sobre menores de edad, personas con capacidades diferentes, el interés sobre la vivienda familiar, y la protección de los derechos de los niños a su hábitat natural. Sólo en relación a esta materia subsistiría la intervención del Ministerio Público; pero según se verifica, no se justificaría su intervención en relación al divorcio de los cónyuges.

Se ha determinado que el condicionamiento para la aceptación de la demanda de divorcio según el artículo 438 es el de la presentación conjunta (al escrito de demanda) del convenio regulador, el cual estando este cumplido recién habilitaría la petición de

divorcio, lo que nos genera una interrogante: ¿Qué ocurre si el proyecto regulador no se presenta? La ley misma da solución a esta situación: la demanda de divorcio no tendrá trámite. La decisión de los cónyuges de desvincularse estaría protegida por lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional, resultando que la intromisión del Estado en esta determinación infringiría la norma constitucional.

En el punto 7 del presente se dio una solución al problema a las cuestiones que constituyen la materia del convenio regulador o propuesta de convenio, ya que este tendría la posibilidad de ventilarse en la vía judicial separado del divorcio que sería administrativo.

Se arriba a que, con la separabilidad de los condicionamientos del artículo 438 del Código Civil y Comercial de la Nación se obtendrían mejores resultados que los alcanzados a nivel nacional con el nuevo divorcio. Con lo que se pretende expresar que, el artículo en análisis es perfectamente separable en dos cuestiones, por un lado el “divorcio” y por otro lado la “propuesta reguladora”.

Esta separabilidad del artículo 438 nos conduciría a la posibilidad de que el divorcio se decrete sin trámite judicial alguno, dejando para el trámite judicial exclusivamente las situaciones que deben ser objeto de los acuerdos reguladores.

Como consecuencia de todo lo expuesto y de la manera que puede llegar a solucionarse el candente problema de la mora judicial en relación a la declaración del divorcio. Debería dejarse sin efecto y tramitar la vía administrativa ya que la solución que se propone es armónica con el espíritu de la constitución nacional y los Tratados Internacionales y que la legislación no logra solucionar al acudir a la vía judicial para la obtención de una sentencia de divorcio. Implicaría solamente que el Estado amplíe las potestades del Oficial Público del Registro Civil y suprima la obligatoriedad del Ministerio Público en relación al divorcio. Eliminando de esta manera el excesivo ritualismo existente en el proceso de divorcio.

Bibliografía

- Acerbo, J. (2016). Separabilidad de las pretensiones y Tramites del divorcio solicitado unilateralmente. *La Ley Año VIII N°4*.
- Bertoldi De Fourcade María Virginia, F. D. (1991). La intervención del Ministerio Público Fiscal en las cuestiones de familia. *REVISTA SEMANARIO JURIDICO Nro. 849*, 49. Obtenido de http://www.saij.gob.ar/doctrina/daoa920502-bertoldi_de_fourcade-intervencion_ministerio_publico_fiscal.htm
- Bidart, C. G. (1998). *Manual de la Constitucion Reformada Tomo I y II* (Segunda ed.). Bs.As.: EDIAR.
- Borda, G. A. (1975). *Manual de Derecho de Familia* (Septima ed.). Buenos Aires: Perrot.
- Colin B. Donovan, S. (2018). DECRETO DE NULIDAD DEL MATRIMONIO. *Preguntas Católicas*, <https://www.ewtn.com>.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Jose, N. N. (1987). *Nuevas Normas de Familia*. Exequor.
- Juscorrientes.gov.ar. (15 de Agosto de 2017). Declaran Innecesariedad De Vista Al Ministerio Público Fiscal En Divorcio. *Mi Mercedes*. Obtenido de <http://www.mimercedes.com.ar/masnotas.php?ampliar=33673>
- Kemerlmajer de Carlucci Aida, Kiper; Lorenzetti, Medina, Mendez Costa, Mosset Iturraspe, Piedecasas; Rivera y Trigo Represas. (2011). *Codigo Civil de la Republica Argentina explicado Compagnucci de Caso, Ferrer*. Buenos Aires.
- Kemelma/jer de Carlucci Aída, Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco. (2012). *Anteproyecto de Codigo Civil y Comercial de la Nacion*. Buenos Aires.
- L, L. R. (2015). *Codigo Civil y Comercial Comentado*. Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. L. (2014). *Codigo Civil y Comercial Comentado* (Primera ed., Vol. II). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Marco(h), M. A. (Veinticuatro de Abril de 2015). De Nicasio Oroño a Gerónima. *La Capital*, págs. <https://www.lacapital.com.ar/opinion/de-nicasio-orono-geronima-n493278.html>.
- Mendez, L. (2010). ¿Es posible concebir el matrimonio como un simple contrato? *Aequitas N°12*.

- Reuters, T. (24 de Junio de 2015). *The answer company*, Thomson Reuters. Obtenido de Fallo clásico: J. B. Sejean c. A. M. Zaks de Sejean: <http://thomsonreuterslatam.com/2015/06/fallo-clasico-j-b-sejean-c-a-m-zaks-de-sejean/>

Jurisprudencia:

- Juzgado de Familia de 3era Nominación. "C.R., S/ Divorcio Vincular Unilateral" (Sgo. del Estero)- Causa N° 569457- Fecha de Ingreso : 9/10/2015 -Fecha de Finalización: 19/03/2018

- Juzgado de Familia de 3era Nominación. "D.P., M.S. S/ Divorcio Vincular Unilateral" (Sgo. del Estero) Causa N° 521299- Fecha de Ingreso: 28/11/2013 -Fecha de Finalización: 9/06/2016.

- Juzgado de Familia de 3era Nominación. "T., F.A S/ Divorcio Vincular Por Voluntad Unilateral" (Sgo. del Estero) Causa N° 596.133 - Fecha de Ingreso: 30/09/2016 -Fecha de Finalización: 17/05/2018.

- Juzgado de Familia de 3era Nominación. "F., M.R. S/ Divorcio Unilateral". (Sgo. del Estero) Causa N° 600.458- Fecha de Ingreso: 17/11/2016 -Fecha de Finalización: 06/09/2018.

Legislación:

- CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMERCIAL - Mendoza - LEY 9.001
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL Y COMERCIAL – Santiago del Estero - LEY N° 6.910

- CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL - Misiones - LEY XII N° 6 (Antes Ley 2335)

- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION - Ley 26.994
- Ley 26.413 REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

- Ley 483 "del Notariado Plurinacional" de Bolivia
- Decreto Ley N° 154 "del divorcio notarial" de la República de Cuba.
- Ley orgánica del ministerio público ley 24.946

