

PONENCIA PARA AUDIENCIA PÚBLICA A REALIZARSE EN LA CIUDAD DE
CORDOBA
OCTUBRE DE 2012.

TEMATICA: DIVORCIO
LIBRO SEGUNDO: RELACIONES DE FAMILIA
TITULO I. MATRIMONIO

“MATRIMONIO Y DIVORCIO. HACIA UN DIVORCIO SIN PLAZOS NI CULPA”

Enrolados en la necesidad de efectuar un aporte a la discusión en torno a la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación, en esta oportunidad nuestro objetivo es acercar ideas al debate que sirvan para construir y plasmar en una posible reforma normativa los valores y principios actuales, fundamentales en una sociedad democrática.

En cuanto a la temática del matrimonio y el divorcio, debe celebrarse el sistema proyectado, el cual elimina las causales subjetivas del ordenamiento positivo como también los plazos de espera, los cuales resultan a todas luces lesivos a los principios que emanan de la Constitución Nacional y los Tratados sobre Derechos Humanos incorporados a nuestro derecho interno con jerarquía constitucional. Vale la pena destacar que el Capítulo 1 del Título I, trata expresamente los “Principios de Libertad e igualdad. Así se refleja en el art. 401. Esponsales.- “...no hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura...” y en el Art. 402.- Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada en el sentido de restringir, limitar, suprimir o excluir la igualdad de derechos y obligaciones...” A su vez, la reforma refleja una mirada humanitaria del matrimonio, conteste con la realidad social en cuanto a su complejidad y diversidad, lo que se evidencia en el art. 431 en tanto reza: **Asistencia.** Los esposos se comprometen a desarrollar un *proyecto de vida en común* basado en la *cooperación* y el *deber moral de fidelidad*. Deben prestarse asistencia recíproca.” Esto implica una coherencia con un sistema de divorcio incausado, sin atribución de responsabilidad exclusiva a uno o ambos cónyuges.

En cuanto al deber de fidelidad, se le asigna un carácter axiológico mas escapa a la orbita de lo jurídico, también en un todo conteste con la eliminación de las causales inculpatorias.

Sin lugar a dudas el sistema actual viene siendo objeto de constantes agresiones respecto a sus normas, lo que se plasman en pedidos de inconstitucionalidades las que se declaran en el ámbito del poder judicial. Es que el esquema por el cual la norma aborda la crisis matrimonial, refleja una concepción perimida de la familia, obligando a quienes ya no desean continuar en el matrimonio a largos plazos de espera, o a consideraciones subjetivas por parte

de los magistrados tendientes a evaluar “causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común.”

En virtud de lo expresado resulta fundamental modificar el esquema de acciones de divorcio, tendientes a regular el conflicto conyugal en la etapa crítica de la relación, es decir, en su ocaso o ruptura.

SISTEMA ACTUAL:

Nuestro sistema actual aborda la crisis matrimonial a través de dos acciones diferenciadas en sus efectos: la separación personal y el divorcio vincular. A su vez, las causales que permiten articular estas acciones se clasifican en subjetivas –atributivas de culpa por un obrar antijurídico- y objetivas –se configuran por un elemento objetivo, no indagando en la culpabilidad de la ruptura, salvo la excepción en cuanto a que una de las partes puede dejar a salvo los derechos de cónyuge inocente-. El sistema inculpatario determina ciertos efectos con posterioridad al divorcio –genera la obligación de prestar alimentos resarcitorios al cónyuge inocente, obliga a liquidar los bienes adquiridos durante la separación de hecho con el cónyuge inocente- denominándose divorcio sanción. Respecto al divorcio remedio, frente a la configuración de determinados supuestos –separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años, o alegar en una presentación conjunta causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común- se declara el divorcio, sin atribución de culpas.

Es necesario resaltar, que en la ciudad de Córdoba la mayoría de las disoluciones del vínculo matrimonial, se efectúan a través del “divorcio remedio”, ya sea en procesos contenciosos (divorcios por causal objetiva) o a través de divorcios por presentación conjunta.¹

Además, desde la interdisciplina hay consenso en que los matrimonios por causales subjetivas, son altamente conflictivos y llevan en muchos casos a la destrucción de la pareja conyugal y de los hijos. Es decir, estos divorcios “destructivos”, inevitablemente llevan a la revictimización de la persona que ya ha transitado el derrotero de su proyecto personal, tomando la difícil decisión de separarse. En este sentido se ha destacado el daño que el régimen de la inculpatión es susceptible de ocasionar en el grupo familiar; a tal punto que Dolto ha dicho que la culpa es un veneno destilándose en su seno (ver Dolto, Françoise, "Cuando los padres se separan", p. 123; Díez Picazo y Gullón, "Sistema de Derecho Civil", vol. IV, p. 147, ed. Tecnos, Madrid, 1986; Díaz Usandivaras, Carlos M., "El ciclo del divorcio en la vida familiar" en "Terapia Familiar", N° 15, 1986, p. 20; Herscovici, Pedro,

¹ En este punto merece mencionarse un interesante trabajo de investigación de la Dra. Bertoldi de Fourcade, Ma. Virginia “El impacto judicial de la crisis familiar. Divorcio vincular y separación personal”, en RDF-44-nov.dic.2009, Pág.288.

"Por el mejor interés y en defensa de los hijos de la separación", en "Terapia familiar", N° 15, 1986, p. 75).

En este sentido, consideramos un acierto la eliminación de las causales subjetivas en post de respetar la libertad individual de personas capaces y autónomas, lo cual implica menor litigiosidad, mayor respeto a los hijos e hijas de dicho matrimonio. La norma también debe cumplir un rol pacificador, lo cual no se plasma de manera sana en el esquema actual.

A su vez, otra de las problematizaciones que se han presentado en los estrados judiciales son los plazos de espera, a fin de poder articular una acción de separación personal o divorcio, tanto para la configuración de la causal objetiva como para la presentación conjunta. Por lo tanto, de cara a una lógica respetuosa de la autonomía de la voluntad y de la libertad de la persona, no puede el estado exigir a quienes ya no quieren permanecer casados, plazos de espera tendientes a consolidar o hacer madurar una decisión que hace al aspecto íntimo y al ámbito de desarrollo personal de cada uno. A modo de ejemplo, el derecho a ejercer un proyecto de vida autorreferencial, el que debe desarrollarse de manera libre sin injerencias estatales injustificadas. Por otra parte, la separación de hecho sin voluntad de unirse, acarrea innumerables conflictos tanto personales como patrimoniales, los que muchas veces se prolongan durante años. Frente a esta problemática, no solo es necesario eliminar los injustificados plazos de espera, sino también resulta fundamental que el divorcio pueda solicitarse de manera UNILATERAL². Es decir, que si dos personas fueron necesarias a fin de que pueda celebrarse la unión, mal puede continuar el matrimonio si una de ellas – configurativas del acto bilateral- no desea, no quiere continuar en dicha unión. La ley en este caso entorpecería el proyecto autorreferencial de vida (art. 19 CN) de manera arbitraria e injustificada. Quienes operamos en el conflicto familiar, observamos que la necesidad de acuerdo de partes en la vía no contenciosa muchas veces se convierte en una negociación “extorsiva” tendiente a mitigar rencores y angustias las que deben resolverse en otros espacios (vg. El terapéutico). En líneas generales...

²Art. 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

Art. 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 las partes a una audiencia.

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

Se eliminan los plazos de espera, pudiendo solicitarse el divorcio sin ningún tipo de restricción temporal;

Se suprimen las causales subjetivas que responden al divorcio sanción, la única alternativa frente al conflicto conyugal es el divorcio remedio;

El procedimiento es “judicial”, no logrando consenso legislativo el procedimiento “administrativo”;

Conscientes de que en numerosos casos el real problema que subyace en una acción de divorcio es lograr acuerdos respecto a los hijos de la pareja –alimentos, cuidado, régimen comunicacional- es realmente loable la obligatoriedad de que al momento de la presentación del pedido de divorcio deba presentarse una propuesta a través de un “convenio regulador” bajo apercibimiento de no dar trámite a la demanda.³

Otra realidad constante que se observa desde la praxis judicial es que las acciones de divorcio por causales subjetivas, se entablan a fin de lograr obtener una cuota alimentaria al final del proceso, tendiente a solventar los gastos y la manutención de la parte más débil de dicha unión, en virtud de que sus tareas durante la convivencia se traducen en trabajo no remunerado (el caso más típico, mujer ama de casa, cuidadora de los hijos, que no ha trabajado fuera del hogar). En este sentido, cuando se indaga -en pos de la verdad real que rige el proceso de familia-, se devela de manera categórica, que el problema cierto en dicho divorcio no apunta al resarcimiento moral de inculpar al otro, sino en la necesidad de obtener una cuota alimentaria, la que surge del esquema del obrar antijurídico durante el matrimonio.⁴

En este aspecto, es un acierto en el aspecto patrimonial el establecimiento de una “compensación económica”, la cual se traduce en una obligación sui generis, no inscripta en la correlación deber-sanción del sistema actual. Esta figura permite de manera independiente a

³ Art. 439.- **Convenio regulador. Contenido.** El convenio regulador que acompaña la petición del divorcio debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria, todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta sección, en consonancia con lo establecido en este título y en el Título VII de este libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

Art. 440.- El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio. El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente.

⁴ Art. 207 CCiv.- El cónyuge que hubiera dado **causa a la separación personal** en los casos del art. 202, deberá contribuir a que el otro si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante la convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos.

Alimentos sancionatorios, inscriptos en el esquema del divorcio sanción.

un proceso de culpas, equiparar al cónyuge mas débil que en virtud del divorcio ha quedado en situación de desequilibrio respecto al otro/a.⁵

El código proyectado también, define de manera mas precisa la cuestión de los alimentos entre cónyuges. Es decir, de manera expresa establece la obligación alimentaria durante la convivencia, durante la separación de hecho y después del divorcio.⁶

Otro de los aspectos que mejora la norma proyectada, se vincula con la atribución de la vivienda familiar.⁷ Dicha protección se presenta de manera difusa –salvo para casos

⁵ Art. 441.- **Compensación económica.** El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y sus ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Art. 442.- A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

A-Estado patrimonial de cada uno de los cónyuges;

(al inicio y finalización del matrimonio), B-Dedicación que cada cónyuge brindo a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante el matrimonio y la que debe prestar posteriormente;C-Edad y estado de salud de los cónyuges e hijos;D-La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica, E-La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f-La atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o arrendado. En este ultimo caso, quien abona el canon locativo

⁶ Art 433 AP. Durante la convivencia y la separación de hecho, para la cuantificación de los alimentos se deben tener en consideración, entre otras, las siguientes pautas: El trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades; la edad y el estado de salud de ambos cónyuges; La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos;

La colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

La atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar;

El carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges y otra persona,

Si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial;

Si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación;

La situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho.

Cesación del derecho alimentario: desaparece la causa que lo motivo; alimentado inicia unión convivencial, incurre en causal de indignidad

Art. 434 AP.- Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aún **después del divorcio:**

A) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos.

B) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo anterior. La obligación no puede tener una duración superior al numero de años que duró el matrimonio y no procede a favor de quien recibe la compensación económica del art. 441.

Cesación de la obligación: si desaparece la causa que lo motivo, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en una unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad. (acuerdo: convenio)

⁷ Art. 443. Atribución del uso de la vivienda. Pautas. Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos;

b) la persona que está en situación económica mas desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;

c) el estado de salud y edad de los cónyuges;

d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

concretos: cuando hay hijos menores de edad o incapaces- en el código vigente, aparejando diversos conflictos que se plasman en demandas judiciales.

A modo de cierre, creemos que la norma proyectada es coherente con el proceso de constitucionalización del derecho privado, el respeto por los derechos humanos y recepta de manera expresa los principios de libertad, intimidad, igualdad y autonomía en materia matrimonial. Dicha posición filosófica recoge una construcción teórica de muchos años como así también se ha nutrido de experiencias judiciales que reflejan los cambios sociales y las transformaciones culturales.

Art. 444.- Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

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