

# Honorable Congreso Nacional argentino - Comisión Bicameral:

**Tema:** Régimen de Divorcio

**Título:** La Ley 23.515 y las modificaciones del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación

**Autores:** Barquilla Julieta y Sánchez

**Fecha:** 25 de Septiembre de 2012

En la presente ponencia tomaremos la compleja y palpitante temática del divorcio. El tema a desarrollar es una de las cuestiones más debatidas en nuestros días y lo ha sido a lo largo de toda la historia. Expondremos algunas ideas nuevas y no tanto, en torno a esta problemática, sin ánimo de agotar ningún tema, ya que lo impiden el fin y extensión de este trabajo.

Es indudable que nos encontramos en tiempos de cambios profundos en la sociedad, cambios que vienen provocados tanto por factores externos como internos de nuestra cultura, y justamente el tema a tratar es una de las nuevas situaciones a la que debe enfrentarse la sociedad.

No se pretende otorgar soluciones ni remedios a la cuestión que se presenta, lo que se demostrarán son tanto las dificultades, así como los eventuales caminos a seguir desde las nuevas perspectivas que se están gestando y perfeccionando, que pretenden seguir el ritmo necesario del cambio.

Expondremos el régimen de divorcio actual plasmado por la ley 23.515, procurando realizar un análisis detallado de sus aspectos principales; así como también la comparación de la misma con el nuevo Anteproyecto del Código Civil presentado en el Congreso el día 27 de marzo del 2012, del cual también resaltaremos las características fundamentales.

La palabra Divorcio proviene del latín *divortium* y significa la disolución del matrimonio, es decir que no sólo se rompe el vínculo entre los cónyuges, sino que también se disuelve la sociedad conyugal de la cual formaban parte. Así se diferencia de la separación de hecho en donde solamente se produce la

separación de los cuerpos, pero ante la ley siguen teniendo los mismos derechos y obligaciones que tenían cuando estaba juntos.

El destacado jurista Zannoni define al divorcio como la 'disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial'. De esta forma, se restituye la aptitud nupcial de los cónyuges.<sup>1</sup>

Está previsto en el artículo 213 inciso 3 del Código Civil.

### Evolución en el Derecho Argentino

- Código Civil del año 1871.

El artículo 167 del Código establecía la celebración canónica entre personas católicas y la celebración que fuese de práctica en la Iglesia de la Comunión a que pertenecía el esposo no católico, cuando fuera matrimonio entre católico y no católico.<sup>2</sup>

El artículo 183 disponía que correspondía a los jueces civiles el divorcio de matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia Católica. El mismo consistía solamente en la separación personal sin disolución del vínculo matrimonial. Por ende, solo cesaba el deber de cohabitación, no así el de fidelidad.<sup>3</sup>

- Ley 2393 del año 1888.

La denominada 'Ley de Matrimonio Civil' secularizó el matrimonio, consagrando la celebración civil obligatoria.

El artículo 64 disponía, al igual que el régimen anterior, que el mismo consistía únicamente en la separación personal de los esposos sin que hubiera disolución matrimonial.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 323 y 329

<sup>2</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 323

<sup>3</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 324

<sup>4</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 324

- Ley 14.394 del año 1954.

Se modificó el régimen de ausencia con presunción de fallecimiento, estableciendo la aptitud nupcial del cónyuge del ausente declarado. Por lo tanto, se incorporó la conversión de la separación personal de los esposos en divorcio vincular, transcurrido 1 año desde la sentencia.<sup>5</sup>

La declaración de disolución del vínculo matrimonial autorizaba a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias.

- Ley 23.515 del año 1987.

Se sustituye la ley anterior incorporándose al Código Civil la disolución matrimonial por divorcio en los términos del artículo 213 inciso 3.

### Antecedentes históricos

Es común una frase más o menos primitiva de la civilización en todos los pueblos y a su organización de las relaciones matrimoniales, la situación de inferioridad de la mujer dentro de ellas.<sup>6</sup>

Era natural que la mujer fuese abandonada por su dueño, es decir, por su esposo. De esta forma se daba fin al matrimonio con la sola voluntad del hombre.

Así en la época histórica de Egipto se observa que de la indisolubilidad se pasó al repudio fundado en causa grave (facultad otorgada primero al marido, luego a la mujer y en algunos casos, limitada y más tarde solo a ella por las capitulaciones matrimoniales) y finalmente al repudio unilateral sin necesidad de causa.<sup>7</sup>

Entre los hebreos el derecho de repudio por parte del marido fue limitado por disposiciones de uno de los libros del Pentateuco, el Deuteronomio en donde se introduce así un requisito para la admisión del repudio por parte del esposo, la redacción de la denominada “carta de repudio” y su entrega a la mujer. Esta

---

<sup>5</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 325

<sup>6</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 353

<sup>7</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 353

formalidad (que podrá parecer simple y carente de relevancia en la actualidad) era en aquellos tiempos una verdadera limitación al derecho absoluto del esposo, o, por lo menos, buscaba obtener seguridad de que la decisión no fuese el fruto de un arrebató momentáneo.<sup>8</sup>

- Derecho romano

El matrimonio romano se disolvía por muerte de uno de los cónyuges, por la pérdida de la capacidad y por la pérdida de la  *affectio maritalis*.<sup>9</sup>

Si bien en un principio el divorcio era raro en la práctica, en la época clásica el contacto con la civilización griega (entre otras razones) motivó el cambio de las costumbres primitivas y el debilitamiento de la organización familiar y de la estabilidad del matrimonio.<sup>10</sup>

- El cristianismo

Según el Catecismo de la Iglesia Católica, existen, sin embargo, situaciones en que la convivencia matrimonial se hace prácticamente imposible por razones muy diversas. En tales casos, la Iglesia admite la separación física de los esposos y el fin de la cohabitación. Los esposos no cesan de ser marido y mujer delante de Dios; ni son libres para contraer una nueva unión. En esta situación difícil, la mejor solución sería, si es posible, la reconciliación. La comunidad cristiana está llamada a ayudar a estas personas a vivir cristianamente su situación en la fidelidad al vínculo de su matrimonio que permanece indisoluble. Hoy son numerosos, en muchos países los católicos que recurren al divorcio según las leyes civiles y que contraen también civilmente una nueva unión. La Iglesia mantiene, por fidelidad a la palabra de Jesucristo ("Quien repudie a su mujer y se case con otra, comete adulterio contra aquella; y si ella repudia a su marido y se casa con otro, comete

---

<sup>8</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 354

<sup>9</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 355

<sup>10</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 355

adulterio": Mc 10,11-12), que no puede reconocer como válida esta nueva unión, si era válido el primer matrimonio. Si los divorciados se vuelven a casar civilmente, se ponen en una situación que contradice objetivamente a la ley de Dios. Por lo cual no pueden acceder a la comunión eucarística mientras persista esta situación, y por la misma razón no pueden ejercer ciertas responsabilidades eclesiales. La reconciliación mediante el sacramento de la penitencia no puede ser concedida más que aquellos que se arrepientan de haber violado el signo de la Alianza y de la fidelidad a Cristo y que se comprometan a vivir en total continencia.

### Divorcio como sanción y como remedio

Con relación a los motivos que pueden dar lugar al divorcio (sea absoluto o limitado), existen dos diferentes criterios. Según una tendencia, el divorcio solo puede ser declarado judicialmente ante la prueba de hechos culpables de uno o ambos cónyuges en un proceso contencioso y debe responder a las causas taxativamente enumeradas por ley. Si los hechos no fueran debidamente probados, el juez debe desestimar la demanda, aun cuando la unión matrimonial esté desintegrada.<sup>11</sup> En conclusión, es una sanción impuesta a uno de los cónyuges por haber incurrido en hechos que la ley considera suficientes para aplicarla.<sup>12</sup>

La otra tendencia se refiere a la posibilidad de declarar el divorcio sin necesidad de probar culpabilidad, sino solo la desintegración del vínculo matrimonial y lo que en la vida en común resulta imposible.

El divorcio implica así, un remedio al conflicto matrimonial destinado a evitar mayores conflictos para los cónyuges e hijos.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 330

<sup>12</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 361

<sup>13</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 330

La diferencia sustancial entre la concepción del divorcio-sanción y del divorcio-remedio, reside en que la primera supone que la causa del conflicto es la causa del divorcio, mientras que la segunda concibe que el conflicto es en sí mismo la causa del divorcio, sin que importen las causales de este.<sup>14</sup>

La ley 23.515 conserva la concepción del divorcio-sanción, por causales culpables atribuidas a uno de los cónyuges, o a ambos. Pero, también, acepta la concepción del divorcio-remedio incorporando situaciones objetivas.

### Crisis del concepto de culpa

Desde la perspectiva del divorcio-remedio, el concepto de culpa ha sido puesto en crisis. No se indaga en los cónyuges que han acabado, si uno de ellos o ambos son culpables de ese fracaso, sino que la comprobación del mismo es la circunstancia objetiva que la ley toma en cuenta para el divorcio.<sup>15</sup>

### Vías para la tramitación del divorcio

1) Proceso contencioso fundado en causales subjetivas (artículo 202 y 214 inciso 1).

2) Las causales objetivas de separación de hecho (artículo 104 primer párrafo y 214 inciso 2).

3) Trámite de la presentación conjunta.

#### 1) Causales subjetivas de divorcio:

---

<sup>14</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 331

<sup>15</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 333

a) **Adulterio:** artículo 202, inciso 1 C.C- Es la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero, sea ocasional o permanente.

Para configurarlo se requiere, a demás del elemento material, un elemento intencional, la voluntad libre de sustraerse a la fidelidad conyugal.<sup>16</sup>

La igualdad de los cónyuges con respecto al adulterio como causal de divorcio o separación se ha impuesto en casi todos los países del mundo.<sup>17</sup>

Vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad mutuo que se debe en los esposos.

b) **Atentado contra la vida del cónyuge o hijos:** artículo 202, inciso 2 C.C- Esta causal supone la intención de provocar la muerte del cónyuge o de los hijos; por consiguiente, no se configura si se trata de un delito culposo ni tampoco si solo hay intención de herir.<sup>18</sup>

c) **Instigación al delito:** artículo 202, inciso 3 C.C- Se trata del supuesto de instigación criminal del artículo 45 Código. Penal., con la diferencia que para la punibilidad del instigador se requiere que el instigado ejecute el hecho o comience su ejecución, pero para la sanción civil basta la mera instigación, que es de por sí un acto ofensivo e injurioso.<sup>19</sup>

d) **Injurias graves:** artículo 202, inciso 4 C.C- Compartiendo la opinión del Dr. Belluscio, en cuanto al concepto propio de injuria, nos parece el más apropiado la que enunció en un fallo de la Cámara Civil 1 de la Capital Federal el Dr. Argentino G. Barraquero, la cual reza: 'Son toda especie de actos, intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para

---

<sup>16</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 373

<sup>17</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 373

<sup>18</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 374

<sup>19</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 376

el esposo, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades'.<sup>20</sup>

Cuando hay injurias recíprocas se declara culpables a ambos cónyuges. Sin embargo cuando una de esas injurias es consecuencia de la provocación del otro, las mismas pueden ser atenuadas.

Elementos:

a) Voluntariedad: Este aspecto es erróneo para una parte de la doctrina, puesto que la imputabilidad puede derivar tanto del dolo como así también de la culpa.

b) Gravedad: Es decir, que tienen que tener relevancia para el cónyuge ofendido, tornando así, imposible la convivencia.

c) Pluralidad: No es un requisito esencial, ya que un solo hecho en particular puede ser significativo para causar la injuria. A su vez, hechos leves que se reiteren en el tiempo pueden ser considerados graves en su totalidad.

e) **Abandono voluntario y malicioso**: artículo 202, inciso 5 C.C-Cesación de la vida en común, incumpliendo injustificadamente los deberes y cargas del matrimonio, concretamente el deber de cohabitar.

Se entiende por abandono:

- 1) Cuando un cónyuge deja el hogar común.
- 2) La expulsión del hogar al otro cónyuge.
- 3) Prohibición a la entrada al hogar del otro cónyuge.

Solo comprende el abandono voluntario, puesto que no hay ninguna causa que lo justifique. Y debe ser malicioso, ya que tiene la deliberada intención de incumplir con sus deberes maritales.

## 2) Causal objetiva: Separación de hecho sin voluntad de unirse

---

<sup>20</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 376

Esta previsto en el artículo 214 inciso 2. Es la 'separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse mayor de tres años'.

Requiere la interrupción de la cohabitación por lo que no comprende los casos en que los cónyuges viven temporalmente separados por circunstancias impuestas (ejemplo: prisión, enfermedad, etcétera).<sup>21</sup>

La misma puede deberse al abandono de hecho del hogar por parte de uno de ellos, por la decisión común de vivir separados, o por la circunstancia de que uno se retira del hogar por las ofensas recibidas del otro que hace imposible la convivencia.<sup>22</sup>

El periodo de tiempo transcurrido demuestra el fracaso del matrimonio. No se requiere, por lo tanto, el análisis de las causas que motivaron el mismo.

El artículo 204, 2do párrafo admite que se introduzca un elemento subjetivo en el juicio: la culpa en la separación, permitiendo que cualquiera de los cónyuges exprese que el otro es el culpable, porque hizo abandono de hogar o porque forzó que se abandonara la convivencia.<sup>23</sup>

Probada la culpa de uno de ellos, el divorcio producirá para cada uno de los cónyuges respectivamente los efectos tanto para el culpable como para el inocente.

### 3) Divorcio por presentación conjunta

El artículo 215 admite el divorcio por presentación conjunta de ambos cónyuges, si hubiere pasado, como mínimo, 3 años desde la celebración del matrimonio.

Los cónyuges manifiestan al juez que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y peticionan el divorcio.

---

<sup>21</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 351

<sup>22</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 351

<sup>23</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 353

Condiciones sustanciales para su procedencia:

a) Que al día de la presentación hayan transcurrido 3 años desde la celebración del matrimonio. El fundamento radica en evitar que, sin la madurez y reflexión necesarias, cualquier matrimonio joven pueda solicitar el divorcio.<sup>24</sup>

b) Que ambos cónyuges manifiesten que existen causas graves, que hacen moralmente la vida en común.

c) Que ambos cónyuges soliciten el divorcio vincular.

d) Que el juez, en la primera audiencia que prevé el artículo 336 se persuada de que las causas que los cónyuges le manifiestan son suficientemente graves como para declarar el divorcio.<sup>25</sup>

e) Que no se haya logrado reconciliación en ninguna de las dos audiencias.

Los efectos del divorcio quedan regulados por los acuerdos convenidos por los cónyuges. La sentencia que lo declara, no atribuye culpa a ninguno.

#### Normas procesales y de fondo que rigen el proceso de divorcio

Para que un matrimonio pueda divorciarse, es necesario transitar por un proceso cuyo trámite es el juicio ordinario. En primer lugar, la acción de divorcio deberá promoverse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo. O el domicilio del cónyuge demandado. La opción, por ende, la tiene el cónyuge actor.

En cuanto al allanamiento, el artículo vigente 232 dispone que no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos para que prospere la acción, a excepción del divorcio demandado en razón de existir separación de hecho sin voluntad de unirse.

En consecuencia, si el demandado reconoce la existencia de la separación durante el lapso previsto por la ley, tal reconocimiento será suficiente para que el

---

<sup>24</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 359

<sup>25</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 359

juez tenga por acreditada las causas invocadas, pero no así a lo referido a las causas imputadas eventualmente por uno de los cónyuges al otro.<sup>26</sup>

La prueba en el juicio de divorcio fundado en cualquiera de las causales, objetiva y subjetiva, está constituida por los hechos alegados como fundamentos de la demanda. Rige así, el principio de amplitud probatoria. En consecuencia, pueden ofrecerse prueba confesional (con el alcance expuesto), documental, testimonial, pericial, etc.<sup>27</sup>

La prueba testimonial es clave en el juicio de divorcio, por lo que no rige el artículo 427 de Código Procesal Civil que prohíbe ser ofrecidos como testigos los parientes, ya que estos, junto con amigos íntimos, son los que tienen mejor conocimiento de los hechos y constituyen de este modo, testigos esenciales.

La presentación conjunta exigida por el artículo 215 no significa que ambos cónyuges deban comparecer en un escrito común, sino que pueden ser escritos diferentes pero presentados de manera conjunta. El mismo se restringe a manifestar que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común de manera genérica.<sup>28</sup>

Una vez presentada la demanda, el juez debe fijar una audiencia para escuchar las causas esgrimidas por los cónyuges que hacen moralmente imposible su convivencia y valorar la gravedad de las mismas; procurar también que lleguen a una reconciliación. El artículo 236 manifiesta que lo dicho en esa audiencia tendrá el carácter de privado y secreto.

En el caso de que algunos de los cónyuges no concurra a la audiencia personalmente, el pedido no tendrá ningún efecto. Si ambos faltasen, se presume que han desistido de ese propósito de divorciarse.

---

<sup>26</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 376

<sup>27</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 344

<sup>28</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 360

Si en esta audiencia, el juez considera que no existen causas que hacen imposible la vida en común se rechazará, sin más, la petición. En cambio, si el juez considera lo contrario y no se logra la reconciliación, se fija una nueva audiencia en el plazo no menor de dos meses, ni mayor de tres. En la misma podrán concurrir los cónyuges personalmente o por apoderado, ya que tiene como fin sólo informar al juez si los esposos han llegado o no a una reconciliación en ese plazo de espera.<sup>29</sup>

Si no se han reconciliado, el juez debe decretar el divorcio, limitándose la sentencia a expresar que dichas causas hacen imposible la vida en común.

Por otro lado, la demanda puede contener acuerdos sobre la tenencia y régimen de visitas de los hijos, la atribución del hogar conyugal, el régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces junto con las formas de actualización, y la división de bienes de la sociedad conyugal; siempre que dichos acuerdos no afecten gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. En este último caso, el juez podrá objetar parcial o totalmente el mencionado acuerdo.<sup>30</sup>

### Efectos del divorcio vincular

El artículo 217, primer párrafo extiende los efectos de la separación personal al divorcio vincular.

Se pueden sintetizar en:

1) Domicilio y residencia de los cónyuges separados: Cada uno de los cónyuges puede fijar libremente su domicilio.

2) Extinción del deber de fidelidad: Desaparece dicho deber por carecer de fundamento por la disolución del vínculo.

---

<sup>29</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 361

<sup>30</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 361

3) Otorgamiento de la tenencia de los hijos y del régimen de visitas: Con el fin de asegurar al progenitor que no queda a cargo de la guarda de los hijos condiciones y posibilidades de controlar la educación, formación, asistencia y la debida comunicación.<sup>31</sup>

4) Alimentos debidos al cónyuge que no dio causa al divorcio: El cónyuge culpable debe otorgar al inocente una prestación justa que preserve el nivel económico del que gozaban durante el matrimonio, basándose en los recursos de ambos.

5) Subsistencia del deber alimentario en casos extraordinarios de toda necesidad, haya o no declaración de culpabilidad a alguno de los cónyuges: Se trata de alimentos limitados a proveer lo necesario para la subsistencia si el cónyuge no tuviere recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselo. No obstante, este derecho a recibir alimentos cesa si el alimentado vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge.

6) Protección de la vivienda: Establece el artículo 211 para los casos de divorcio por culpa de uno de los cónyuges, protegiendo a inocente para que pueda continuar ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, si el mismo es un bien ganancial, o si es propio que la desocupación cause grave perjuicio.

7) Revocación de las donaciones hechas en convención matrimonial: Reservado para el cónyuge que no dio causa al divorcio.<sup>32</sup>

8) Disolución del vínculo matrimonial: Los cónyuges recuperan su aptitud nupcial.

9) Cesación de la vocación hereditaria recíproca: Su fundamento radica en que la desaparición del vínculo conyugal priva de razones al llamamiento hereditario.

---

<sup>31</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág.384

<sup>32</sup> ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, pág. 384

10) Pérdida del derecho a usar el apellido del marido por la mujer divorciada: Con la excepción de que si la mujer fuera conocida en el ejercicio de la industria, comercio o profesión puede solicitar conservarlo.

11) Ineficacia de la reconciliación para reconstituir el vínculo matrimonial.

### Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación

La Comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, presentaron el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación"

Tal como expresa la exposición de motivos, el anteproyecto esta basado en los preceptos de constitucionalización del derecho privado, identidad cultural latinoamericana, igualdad y no discriminación para una sociedad multicultural.

El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Es por este motivo, se implantan modificaciones a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente, al momento de la ruptura, de modo que la terminación pueda practicarse en términos pacíficos, a fin de que un buen divorcio contribuya a la paz familiar y social.

Se deroga la figura de la separación personal por diversos motivos: a) la separación tuvo su razón de ser en un contexto jurídico y social diferente al actual, siendo una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular cuando éste se incorporó de manera autónoma al derecho argentino después de años de divorcio indisoluble; b) Su escasa aplicación práctica; en los hechos, cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por carecer del plazo mínimo de celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para petitionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral.

Una modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se

opta por el divorcio contencioso. De esta forma el anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y siguiéndose la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio.

De esta manera, el matrimonio se celebra 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.

Se elimina todo plazo de espera, sea que se contabilice desde la celebración del matrimonio, o de la separación de hecho para la tramitación del divorcio. El fundamento es la necesidad de evitar intromisiones estatales irrazonables en el ámbito de intimidad de los cónyuges.

Una de las modificaciones trascendentes se vincula a los derechos y deberes que emanan de la celebración del matrimonio, ya que se regulan sólo los estrictamente jurídicos, es decir, aquellos que cuyo incumplimiento genere consecuencias, apartando los derechos y deberes de carácter moral o éticos al ámbito privado. Lo antedicho no significa desconocer el valor del deber de fidelidad o cohabitación, sino que al no producir, los mismos, consecuencias jurídicas, no se los regula, ya que se recepta un sistema incausado de divorcio.

En consecuencia, sólo subsiste el derecho y deber de asistencia, mientras se encuentren casados conviviendo, o separados de hecho; pero después del divorcio, los antes mencionados pueden existir por acuerdo de partes o ante dos supuestos expresamente previstos, fundados en el principio de solidaridad familiar: El primer supuesto es a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio trasmitiéndose a los herederos del alimentante, y el

segundo, a favor de quien carece de recursos suficientes y de la posibilidad razonable de procurárselo.

Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños.

El divorcio, como en el sistema vigente, exige la vía judicial, pero se introducen modificaciones en las modalidades para llegar a él. El divorcio, siempre incausado, puede ser solicitado de manera conjunta o unilateral.

Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud. En consecuencia, siguiendo los lineamientos de la reforma española, es suficiente que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales.

Las modificaciones de fondo mencionadas producen transformaciones en el plano procedimental. En efecto, se flexibiliza el proceso suprimiéndose varias de las reglas que prevé el Código Civil en el artículo 236, entre otras, las facultades judiciales de conciliación y la doble audiencia en un plazo de tiempo determinado. No se establecen reglas específicas de carácter procedimental, siendo esta materia propia de los códigos locales.

De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges y la necesidad de que ellos sean los verdaderos protagonistas también en la ruptura de su matrimonio, se consigna la necesidad de incorporar al proceso un convenio regulador, que puede ser acordado por las partes o, cuando se trata de un divorcio unilateral, surgido de una propuesta; debe referirse a cuestiones que se derivan de un divorcio (ejercicio de la responsabilidad parental, atribución de la vivienda, distribución de bienes, eventuales compensaciones económicas, etc); el otro cónyuge puede compartir o esgrimir otras propuestas, y el juez dirimir en caso de

conflicto y homologar en caso de arribarse a un acuerdo. La omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

El anteproyecto recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado, y que es coherente con el régimen incausado de divorcio; en efecto, con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que los cónyuges acuerden o el juez establezca pensiones compensatorias. Estas compensaciones pueden ser abonadas de diferentes modos: prestación dineraria única; renta por un tiempo determinado o, de manera excepcional, por plazo indeterminado. Por ejemplo, si al momento de contraer nupcias se optó por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar y apoyo a la profesión del otro, no sería justo que al quiebre de esa elección se deje desamparado a aquel de los cónyuges que invirtió su tiempo en tareas que no se traducen en réditos económicos; en este caso, se le fijará una compensación económica que puede asumir distintas modalidades de pago: pensión, cuotas, etc.

El anteproyecto contiene una protección especial de la vivienda familiar, denominada en algunos artículos hogar familiar, por considerar que se está en presencia de un derecho humano. En este sentido, uno de los cónyuges puede solicitar se le atribuya la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial, sobre la base de ciertas pautas que el juez debe tener para determinar su procedencia y para fijar el plazo de duración.

A modo de conclusión, el Anteproyecto de reforma del Código acarrea modificaciones sustanciales para la sociedad. Cambiar y renovarse no es malo, pero hay que recordar siempre la naturaleza y principios que nos hacen como sociedad.

En cuanto al divorcio, no estamos de acuerdo en que se soporten malos tratos, insultos y mucho menos torturas morales o físicas que degraden la dignidad de la persona, pero es importante recalcar los deberes que hacen al matrimonio, la unión que los esposos se comprometieron a mantener y que con seguridad y

libertad eligieron. Hablamos de compromiso, de luchar por lo que se quiere construir, por los proyectos, por la defensa de la familia. Perseverar para mantener unida la familia, la cual es la base principal de la sociedad, el pilar de nuestras vidas, donde desarrollamos y forjamos nuestra personalidad y vínculos primarios.

Recordando de este modo lo que expresaban los hebreos al hablar de obstáculos para el divorcio, para que este no sea consecuencia de un arrebató emocional y de una liberalidad unilateral, sin olvidarnos que el mismo se formó de a dos.

No estamos de acuerdo con extremos, como sociedad tenemos que juntos encontrar un punto intermedio.

Entonces los invitamos a recordar nuestra esencia como sociedad, nuestros valores como personas únicas e irrepetibles, que solamente con pilares fuertes y concisos vamos a poder darles un futuro a nuestras generaciones posteriores.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.
- ZANONNI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta edición, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010.
- *Catecismo de la Iglesia Católica*.