

**Sojo, Agustín**

*Divorcio*

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Sojo, A. (2012). Divorcio [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/divorcio-agustin-sojo.pdf>  
[Fecha de consulta:.....]  
(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

## DIVORCIO<sup>1</sup>

AGUSTÍN SOJO

El proyecto de reforma del Código Civil regula el divorcio en tres artículos, comenzando por el art. 436. La siguiente sección regula los efectos del divorcio en seis artículos.

### **La renuncia a la facultad de pedir el divorcio**

Como si se tratara de una declaración de principios, la regulación del divorcio comienza reglando la imposibilidad de renunciar a la facultad de pedir el divorcio. El texto del art. 436 del proyecto es parecido al actual art. 230 del cód. civil. En ambos, pareciera establecerse que es nula la renuncia a la facultad de pedir el divorcio. El proyecto deja de referirse a la nulidad de la renuncia a pedir la separación personal porque se borra esta institución del proyecto.

El proyecto también introduce una modificación adicional. Mientras que el texto vigente habla de la nulidad de la “cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlo”, el proyecto expresa que “el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito”. Del restringe o amplíe se pasa a restringe sin impedir la ampliación de la facultad a solicitar el divorcio acordada por los padres, y de la no restricción o ampliación de las causas que dan derecho a solicitar el divorcio se pasa a la no restricción de la facultad a solicitar el divorcio.

Está claro que no se podrían ampliar las causas porque han dejado de existir. Sin embargo, bien podrían los cónyuges ampliar la facultad de solicitar el divorcio dispensándose de alguno de los requisitos procesales, sea los que ya existen o los que ahora incorpora el proyecto como exigencias adicionales para solicitar el divorcio.

Es que, en materia de divorcio, hoy en día solo se recurre a los derechos humanos cuando se pretende cuestionar la exigencia de la comparecencia de los cónyuges al tribunal o el cumplimiento de algún otro requisito de ley que resulta bastante más exigente en el proyecto.

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

Desaparece la necesidad de expresar una causa de divorcio como así también desaparece la necesidad de tomarse un tiempo para pensar la decisión que se está encarando y al mismo tiempo que desaparecen los incentivos para buscar una decisión consensuada de divorcio.

1. Esta sección se agrega aquí por gentileza de la revista EDFA del mes de mayo de 2012.

El procedimiento está regulado en el artículo siguiente.

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

*Si el divorcio fuese 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.*

La facultad de pedir el divorcio tiene un solo requisito: acompañar una propuesta reguladora de los efectos del divorcio.

La idea de propuesta reguladora del divorcio puede parecer confusa en buena medida porque el matrimonio ha dejado de tener la mayoría de sus efectos con lo cual mal podría tenerlos el divorcio, y en relación a los hijos se regula el ejercicio de la responsabilidad parental de la misma forma, antes o después del divorcio. Sin embargo, el artículo siguiente hace una referencia a cuáles serían los efectos del divorcio. Podría decirse que lo que la propuesta reguladora debe contener es la regulación de todos aquellos aspectos que bajo la ley actual podrían verse modificados con el divorcio aun cuando en el proyecto no se hubiera previsto modificación alguna para estos aspectos.

En concreto, debe regularse lo relativo a la atribución de la vivienda, salvo que la misma no existiera, la partición de bienes salvo ausencia de ellos o régimen de separación de bienes, las compensaciones económicas entre cónyuges o –más probablemente– su ausencia y el ejercicio de la responsabilidad parental y la prestación alimentaria salvo que no existieran hijos.

La propuesta reguladora no es obligatoria para el cónyuge que no pide el divorcio, para quien la propuesta reguladora está prevista como una facultad.

No hay piso o techo para las propuestas, sin embargo, deben acompañar los elementos en que se fundan y el juez puede ordenar que se incorporen otros elementos pertinentes para fundar la propuesta. Luego de que el juez ha reunido todos los elementos pertinentes debe convocar a las partes a una audiencia. Podría pensarse que en el proyecto todo proceso de divorcio tendrá demanda, contestación, prueba y audiencia de vista de causa, solo que la prueba no versará sobre la conducta de los cónyuges sino sobre las cuestiones pertinentes para determinar alguno de los efectos del divorcio. Aun así, la sentencia solo versará sobre el divorcio, por lo que no se entiende el sentido de la prueba ni mucho menos la audiencia.

Con o sin acuerdo, el juez dicta sentencia de divorcio. Si hay acuerdo, el juez puede homologarlo, rechazarlo o exigir garantías para el cumplimiento (art. 440). No se le confieren facultades para modificarlo y, si no se confieren las garantías para el cumplimiento, debe limitarse a no homologarlo.

No nos queda claro cuándo exigen estas garantías. No se podrían pedir antes de la audiencia convocada en el proceso, porque es allí donde el juez debe analizar con las partes las distintas propuestas, pero después de la audiencia el juez debe dictar sentencia.

No queda claro si se admite al juez modificar su propia sentencia o si existe la posibilidad de dilatar el dictado de la sentencia. Como la ley no admite estas soluciones, pareciera ser que la única forma de obtener las garantías sería mediante un cuarto intermedio, y ahí aparece una vez más la prolongación de un proceso que ya había dejado de ser expeditivo.

El proceso resulta más engorroso que el que se puede interponer hoy en día a través de la causal de separación de hecho por demanda y contestación conjunta, y contiene etapas que permiten pensar que va a ser incluso más engorroso aún que el divorcio por presentación conjunta.

Si el juez no homologa, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por la forma prevista en la ley local. Juicio de alimentos por proceso especial y todo lo demás por juicio ordinario o incidente según el caso.

El proyecto no explica qué ocurriría si las partes deciden no concurrir a la audiencia. Aunque este artículo no permite pensar que la audiencia pueda tener lugar con apoderados, no se incluye ninguna prohibición en este sentido, y el art. 375 exige poder con facultades especiales para el juicio de divorcio, lo que no tendría ningún sentido si las partes estuvieran obligadas a concurrir a la audiencia personalmente.

El proyecto tampoco explica qué va a pasar cuando a la demanda de divorcio se reconvenga por nulidad. Es que si se dictara sentencia de divorcio estando pendiente la nulidad matrimonial, se podría estar decretando el divorcio de un matrimonio que –de haber mala fe de ambos contrayentes– nunca habría existido.

Si se pretende eliminar el divorcio contradictorio, lo que se podría hacer es habilitar la acción de liquidación de sociedad conyugal en forma contemporánea o incluso previa a la acción de divorcio, porque no se puede ignorar que buena parte de estos juicios de divorcio contradictorio son una defensa dilatoria de los juicios de liquidación de sociedad conyugal. Ello pareciera más viable aún si el divorcio deja de tener efectos diferenciados según las culpas de cada uno de los cónyuges.

*ARTÍCULO 439.- Convenio regulador. Contenido. El convenio regulador que acompaña la petición de 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.*

*ARTÍCULO 440.- Eficacia y modificación del convenio regulador. 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.

Este último párrafo pareciera indicar que solo una modificación sustancial habilitaría a modificar acuerdos de alimentos o responsabilidad parental y al mismo tiempo que una modificación sustancial autorizaría a modificar un acuerdo de prestación compensatoria, atribución de vivienda o incluso la división de bienes, cuando la modificación de unos y otros convenios ha tenido siempre una regulación distinta. Debe tenerse presente que el proyecto ha mostrado simplificación y abreviación de su contenido por donde se lo mire, por lo que pareciera ser que en el caso se trata de una generalización que no parece buscar una verdadera reforma en el sentido indicado.

*ARTÍCULO 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 su 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.*

Las pautas sobre como fijar la compensación están en el artículo siguiente.

Con relación al usufructo, el art. 2133 establece: “En ningún caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constitución”. La disputa entre los registros de la propiedad inmueble que no

admiten la constitución de usufructo si no fuera por donación o compraventa y los jueces de familia que acuerdan una disputa mediante la constitución de un usufructo parece haberse resuelto dándole la razón a ambos sin que se entienda como es posible conciliar la prohibición más absoluto con el permiso irrestricto. Es de esperar que se incluya una salvedad al art. 2133.

*ARTÍCULO 442.- Fijación judicial de la compensación económica. 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) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;*

*b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;*

*c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los 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 un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.*

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis (6) meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

Más allá de que el primer párrafo pareciera habilitar al juez a fijar la compensación en el divorcio, el último párrafo determina que ella procede por acción que caduca luego de la sentencia de divorcio, indicando así que la fijación de una compensación por vía judicial es ajena al juicio de divorcio.

Las pautas para fijar la compensación parecen dejar un amplio margen de discrecionalidad. No se incluye la renuncia a la carrera laboral a favor del progreso del cónyuge como una pauta a tener en consideración para solicitar una compensatoria. Sin embargo, la enunciación no parece ser taxativa. Es llamativo que un proyecto que pretendía eliminar toda consideración de las conductas de los cónyuges no hubiera incluido una prohibición expresa en este punto sobre este mismo aspecto. Se deja abierta la posibilidad de que un juez decida negar la prestación compensatoria a un cónyuge al cual se le prueba una infidelidad o un abandono.

*ARTÍCULO 443.- Atribución del uso de la vivienda familiar. 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 atribuyó el cuidado de los hijos;*

*b) la persona que esté en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;*

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

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

El último inciso permite pensar que la existencia de hijos de un primer matrimonio de la mujer permitirían atribuir a ella la vivienda de su segundo marido.

*ARTÍCULO 444.- Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. A petición de parte interesada, el juez puede establecer:*

*a) que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado; esta decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.*

*b) una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuyó la vivienda.*

Es el art. 211 del cód. civil sin consideración a la conducta de los cónyuges. Cualquiera puede pedir la indivisión y registrar esta medida para ser oponible a terceros, lo que permitiría pensar que durante todo el trámite de esta petición el demandado puede disponer válidamente del inmueble a favor de terceros. También pareciera ser que los herederos legitimarios deberán cargar con esta atribución.

El canon locativo se vuelve discrecional del juez aun cuando el inmueble fuera propio de alguno de los cónyuges.

*ARTÍCULO 445.- Cese. El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa:*

*a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez;*

*b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación;*

*c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.*

Las causas de indignidad están en el art. 2281 pero son difíciles de configurarse entre cónyuges. Podrían configurarse la comisión de un delito, el maltrato grave, o la negativa a pagar los alimentos debidos.

## **La separación personal**

La ley de derogaciones incorpora la posibilidad de pedir la conversión de la separación personal en divorcio vincular sin trámite alguno si se pide por acuerdo de ambos cónyuges o previa vista de tres días si la petición es unilateral.

Nada se dice sobre la separación personal en el proyecto y pareciera ser que los separados personalmente no tienen regulación alguna, porque con la derogación del Código Civil todas las normas que regulan el funcionamiento de la separación personal quedan sin valor alguno y no existe norma alguna que reemplace esta regulación.

*ARTÍCULO 2626.- Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio. El divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges.*

Vale decir que el mal llamado divorcio *express* no se aplica a quienes tuvieron su último domicilio en el exterior, que deberán recurrir a la ley del último domicilio conyugal aun cuando litiguen ante un juez argentino.

## **Conclusiones**

A modo de conclusión, podemos decir que el proyecto pretende eliminar los procesos de divorcio contradictorio. En su lugar, impone un proceso de divorcio más engorroso que aquel al que pueden acceder hoy en día los cónyuges que han resuelto todas o algunas de sus diferencias. Llamativamente, el proyecto pareciera querer eliminar la judicialización de los conflictos y, sin embargo, no advierte que la imprevisible discrecionalidad judicial puede multiplicarlos.

Hay dos grandes razones para tener un juicio en tribunales: una es la existencia de impresiones distintas sobre el resultado del proceso, la otra es que siendo conocido el resultado del proceso, quien va a sufrir la sentencia perciba la sentencia como algo más favorable que el acuerdo. El proyecto incentiva la incertidumbre y hace poco para incentivar el acuerdo. Legislaciones más antiguas resuelven las cuestiones alimentarias mediante fórmulas matemáticas que permiten determinar una cuota

alimentaria al instante eliminando toda incertidumbre y resuelven cuestiones de liquidación de sociedad conyugal, sancionando con una distribución desigual a quien sustrae de la liquidación bienes que debían integrar la misma. Estas legislaciones suelen tener tribunales de familia más eficientes que pueden dedicar más tiempo a lo que verdaderamente interesa a un juez de familia: la protección de las personas vulnerables.