

El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina

Bases para leer el régimen de divorcio incausado⁽¹⁾

MARISA HERRERA⁽²⁾



1. Palabras preliminares

Así como el mundo de los niños y adolescentes tiene un lugar (“su” lugar) en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, el mundo de los adultos no se ha quedado atrás, viéndose actualizado, modernizado y ag-
giornado a la realidad social que se la tilda —y con razón— de compleja.

(1) Las ideas esgrimidas en este trabajo forman parte de una mirada constitucional-convencional o humanizada del derecho de familia; mirada que venimos pregonando y hemos profundizado en la obra escrita en coautoría con GIL DOMÍNGUEZ y FAMA, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006 y, que en materia de divorcio, se ha actualizado en HERRERA, MARISA, “La familia en la Constitución 2020. ¿Qué famili@?”, en AA VV, Roberto Gargarella (coord.), *Constitucionalismo 2020*, Buenos Aires, Editores Siglo XXI, 2011, p. 85 y ss.; “Nuevas Tendencias en el Derecho de Familia de hoy. Principios, bases y fundamentos”, en *Microjuris* MJ-DOC-5595-AR | MJD5595; y, de manera más reciente, “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”, en *Revista Derecho Privado*, año II, número 6, Buenos Aires, Ediciones Infojus, 2013, p. 109 y ss. Cabe señalar, asimismo, que he volcado estas ideas en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, en mi calidad de integrante del equipo que ha trabajado en las temáticas de familia, infancia y adolescencia.

(2) Investigadora del CONICET. Profesora de la Facultad de Derecho de la UBA y de la Universidad de Palermo.

El mundo de los adultos en las relaciones familiares comprende una gran cantidad de temáticas y conflictos —algunos más interdisciplinarios que otros—, como el matrimonio, las parejas que no se casan —o uniones convivenciales, en terminología del instrumento proyectado en análisis—, el régimen de bienes y la vivienda, entre otros; temáticas éstas que incluso exceden el campo del derecho de familia e incursionan en otras ramas del derecho como el sucesorio, penal, tributario o el derecho comercial.

En esta oportunidad, nos centraremos en el régimen jurídico del divorcio y sus novedades en el nuevo Código Civil que se avecina. Sucede, que el régimen matrimonial en general sufre sustanciales y necesarias modificaciones, afirmación de fácil comprobación al compulsar la normativa que se propone en lo relativo a los derechos y deberes matrimoniales, como así, a su correlato o impacto en el sistema legal referido a la ruptura del vínculo matrimonial por causa de divorcio.

A modo de puntapié inicial, cabe interrogarse acerca de qué le interesa al Estado —a través de uno de sus tres Poderes, el Legislativo— o cuál es el papel que debe asumir para regular, limitar y controlar las situaciones de crisis matrimoniales a la luz de un principio constitucional básico, asentado en el art. 19 de la Carta Magna, que expresa:

“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”.

Aquí está el *quid* de la cuestión: preguntarse sobre el rol de la ley y el lugar que se le brinda a otro de los poderes estatales, el Judicial, ante la ruptura del vínculo matrimonial. Es que sólo desentrañando qué hay más allá o cuál es el fundamento que sostiene un sistema legal a modo de columna vertebral, se va a poder comprender en toda su extensión la propuesta legislativa proyectada.

Para ello resulta imprescindible llevar adelante un breve racconto histórico —al menos, de lo acontecido en los últimos tiempos, que a modo de termómetro, vaya marcando la línea legislativa más acorde en esta búsqueda constante por acortar la brecha entre derecho y realidad—.

2. De dónde venimos y hacia dónde vamos o adónde vamos y desde dónde venimos

2.1. Introducción

El Código Civil actual recepta un doble régimen legal, a modo de respuesta jurídica a la crisis matrimonial: 1) dos figuras: la separación personal y el divorcio vincular y 2) dos sistemas: subjetivo, sancionatorio o basado en la culpa y remedio fundado en razones objetivas que demuestran el desquicio matrimonial (exponer conjuntamente razones que hacen moralmente imposible la vida en común, siempre que se haya cumplido un lapso temporal mínimo de matrimonio, o un plazo de separación de hecho). Como se puede concluir, el Código Civil regula un régimen de divorcio causado, mediante el acaecimiento de causas culpables o de causas objetivas.

¿Qué significa que deba existir una “causa” —o varias— para que recién ahí la ley habilite a una pareja a divorciarse? Más precisamente, ¿pasa el test de razonabilidad que la ley obligue a las personas a seguir casadas hasta un determinado tiempo, 3 años desde la celebración del matrimonio si peticionan el divorcio de manera conjunta o 3 años de separados de hecho para que lo pueda peticionar uno solo de conformidad con los arts. 204, 205, 214 inc. 2 y 215 del Código Civil?

Ésta no sería la única tensión constitucional- convencional que presenta la regulación vigente, ya que la ley deposita en los jueces una confianza —o más aún, cierto “poderío” infundado— en que éstos pretendan “reconciliar” a los cónyuges, presumiendo el Estado a través de la ley que el divorcio es perjudicial para las personas, siendo loable que permanezcan casadas. Así, el art. 236 del Código Civil, que regula el procedimiento judicial en los divorcios por presentación conjunta, expresa en su parte pertinente que:

“Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y **procurará conciliarlas** (...) Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez **instará a las partes al avenimiento** y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una **reconciliación...**”⁽³⁾

(3) El destacado nos pertenece.

Si el divorcio en sí sería una cuestión privada o que hace a la intimidad de las personas, claro está que la regulación tal como está planteada en la legislación civil implicaría una injerencia estatal ilegítima, es decir, infundada e irrazonable. En otras palabras, el divorcio estaría exento de la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Carta Magna) en lo que hace a la voluntad de desvincularse matrimonialmente, más allá de que tal decisión deba culminar o verse sellada en una sentencia judicial que se inscribe en el pertinente Registro Civil, por estar en juego el estado civil de las personas.

Ahora bien, la crítica al régimen jurídico actual no se centra sólo en la necesidad de que los cónyuges deban esperar un determinado tiempo totalmente arbitrario —que hoy es de 3 años pero que en otros países difiere sustancialmente: ha sido fijado en 1 año, en 6 meses o, incluso, en 3 meses tras la reforma por la ley española (ley 15/2005 de 8 de julio de 2005)—, sino también en la posibilidad de plantear la violación a uno o varios derechos deberes matrimoniales: fidelidad, cohabitación y asistencia.⁽⁴⁾

Desde esta óptica, el proceso judicial tiende a mostrar y demostrar que uno o ambos cónyuges incumplieron obligaciones que el Código Civil impone. Pero, ¿la Justicia está preparada para conocer con certeza si hay un cónyuge culpable o si ambos son culpables de la ruptura matrimonial? ¿Esa indagación colabora a mantener lazos familiares de afecto, a pesar de la desavenencia conyugal? ¿Tiene sentido remover el pasado con las consecuencias negativas para resolver el futuro?

2.2. Las consecuencias perversas del divorcio culpable o sanción

La mirada crítica sobre el sistema legal vigente, en particular, el centrado en la idea de culpa, no es nueva. Todo lo contrario. Ya el magistrado Kiper en su voto en disidencia en el fallo de la Cámara Nacional en lo Civil en pleno del 20/09/1994 en el que, por mayoría, se admitió la reparación del daño moral ocasionado por el cónyuge culpable como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio,⁽⁵⁾ apelando a la teoría sistémica, respecto de la familia, afirmó que:

(4) Ver HERRERA, MARISA, "Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro", en *RDF* 2009-44-75; y CULACIATI, MARTÍN M., "La distancia entre las relaciones afectivas y la ficción jurídica. Una mirada desde el derecho comparado", en *RDF* 2009-44-219.

(5) CNCiv., en pleno, "G., G. G. v. B. de G., S.", 20/09/1994, en *JA* 1994- IV- 549.

“[es un] sistema en permanente cambio, que transcurre por el tiempo presentando una dinámica que es tipificada en distintas etapas, que configuran la ‘normalidad de la trama familiar (...) Estas sucesivas interfases que atraviesa la familia en su ciclo vital, no están exentas de riesgo y sufrimiento, sino que, muy por el contrario, configuran situaciones de profundos cambios en la estructura de aquélla, lo que genera intenso dolor y stress, tales situaciones son normalmente superadas por las familias, pero cuando la crisis ‘normal’ se proyecta con singular intensidad, afianzándose en el tiempo, por lo general, sobreviene una ‘ruptura’. [Por lo tanto] Estudiada la dinámica familiar a la luz de los referidos enfoques teóricos, la noción de la culpabilidad se debilita en gran medida, ya que la interacción entre los cónyuges establece una trama que se retroalimenta y modifica en forma permanente, cualquiera sea la manera en que los esposos acuerden sus pautas de comunicación, lo cierto es que el fenómeno se produce, siempre, entre dos personas que, de esta forma, generan un vínculo de cuyo contenido ambos son responsables. El amor o el odio pueden, o no, ser correspondidos, pero, para que exista una relación disfuncional que, finalmente, provoque una fractura que haga imposible la convivencia, es preciso que dos personas adopten posturas que posibiliten el acaecimiento de tales hechos”.

Esta misma línea es retomada y profundizada por Mizrahi —desde la doctrina primero y, después, como integrante de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal—, quien se pronunció en varias ocasiones pregonando una línea argumental sumamente restrictiva respecto de la admisión del divorcio culpable. Esto se ha observado en sus siguientes posturas: a) controvertir la llamada presunción *hominis* sobre el deber de cohabitación, por la cual se afirma que probado el alejamiento del hogar se presume —*iuris tantum*— que tal actitud es voluntaria y maliciosa, y está direccionada a plantear el divorcio por la causal prevista en el art. 202 inc. 5, que entiende que el mero “desquicio matrimonial” constituye una causa de justificación para rebatir tal presunción;⁽⁶⁾ b) negar la posibilidad de decretar el divorcio objetivo, a pesar de que las partes lo

(6) CNCiv., Sala B, 29/09/2006, “Y., A. M. v. V., D.”, en Abeledo-Perrot N° 70057305 y “C. C., C. c. R., B. L.”, del 20/05/2008, en La Ley 2008-D, 199.

hayan petitionado alegando causas culpables⁽⁷⁾ y c) rechazar el reclamo de daños y perjuicios⁽⁸⁾. Todos estos dilemas —entre tantos otros— son resueltos al receptarse un régimen de divorcio incausado.

Por su parte, centrado en la crítica general relativa al divorcio sanción, Mizrahi ha sostenido:

“En efecto, respecto a las causales subjetivas —el juicio de reproche— es conocido el severo cuestionamiento que ha merecido tanto en el ámbito jurídico como en el de la interdisciplina. Por un lado, porque en este tipo de procesos es hartamente improbable la determinación, con un grado razonable de certeza, del real responsable —si es que existe— del fracaso conyugal. Es que no debe perderse de vista que en el vínculo matrimonial se parte de una comunidad de vida en la que se entremezclan comportamientos cuyos respectivos orígenes son de muy difícil identificación. Son conocidas al respecto las agudas reflexiones de Díez Picazo y Gullón, cuando afirmaron que la ubicación de un culpable en el divorcio demandará una tarea de búsqueda nada convincente, y a veces escandalosa, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal...”.⁽⁹⁾

Todas estas aseveraciones están más que presentes en el nuevo Código Civil, y claramente explicitadas en el Anteproyecto que le dio vida en cuyo “Fundamentos” se afirma:

“Otra 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. El valor pedagógico de la ley es conocido; 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 ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad

(7) Esta es la postura minoritaria esgrimida en el resonado fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 28/10/2010, en el caso “MIL c/ OJO”, en *La Ley online* AR/JUR/64416/2010.

(8) MIZRAHI, MAURICIO, *Familia, matrimonio y divorcio*, Bs. As., Astrea, 2001, p. 487 y ss.

(9) CNCiv., Sala B, “C.C.C. c/ R.B.L. s/ divorcio”, 20/05/2008, en *elDial.com* - AA4981.

con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio”.

Éste es el punto de partida realista sobre el cual se construye el régimen de divorcio que plantea el Código proyectado, el que se ahondará en breve.

2.3. El tiempo en la mira

La puesta en crisis del régimen jurídico en materia de divorcio no sólo involucra al divorcio sanción sino también al divorcio remedio.

En este sentido, todos los plazos que recepta el Código Civil han sido puestos en tela de juicio. Así, tanto la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse por un plazo determinado —3 años para el divorcio vincular y 2 para la separación personal, previstos en los arts. 204 y 214, inc. 2, del Código Civil— como el mismo lapso temporal pero desde la celebración del matrimonio para la causal de presentación conjunta (arts. 205 y 215 del mismo cuerpo normativo), fundado en razones que hacen “moralmente imposible la vida en común”, han sido materia de controversia ya en varias ocasiones. En este último supuesto, las vicisitudes no sólo han sido por el tiempo para la configuración de la causal, sino también debido al mayor tiempo que insume el proceso mismo: se establece que deberán celebrarse dos audiencias entre las cuales no puede haber más de tres meses ni menos de dos meses de diferencia.

El primer fallo (caso) resonado en el que se decretó la inconstitucionalidad del plazo de un divorcio objetivo fue el dictado por el Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de fecha 14/11/2006,⁽¹⁰⁾ en el que se puso en crisis el plazo de tres años para solicitar el divorcio vincular fundado en la causal prevista en el art. 214 inciso 2. En esa oportunidad, por mayoría, se sostuvo:

“Resulta cercano a la perversión y lesivo a la persona de los cónyuges, denegar esta demanda pues ‘solamente’ estuvieron dos años separados de hecho y en consecuencia obligar a ambos a recurrir nuevamente —en un año— a la Justicia para obtener su divorcio vincular, cuando de común acuerdo agotaron su tolerancia de mantener la convivencia y se distanciaron de hecho prácticamente recién casados, sustrayéndose voluntariamente al cumplimiento de los deberes-derechos del matrimonio”

(10) Trib. Col. Fam. N° 5, Rosario, “M., D. G. c. G., F. A.”, 14/11/2006, en *LLLitoral* 2007 (febrero), 110.

[agregándose:] Tampoco parece una decisión sensata diferir el dictado de la sentencia hasta tanto transcurra el plazo de tres años exigido por el ordenamiento civil, aunque éste no hubiere estado cumplido al tiempo de la presentación de la demanda; ni 'ordenar' el proceso vía interpretación de los arts. 215 y 236 del Código Civil, cuando el propio legislador acepta como única prueba en la causal objetiva sin atribución de culpa, el reconocimiento de los hechos, pues el art. 232 del mismo Código 'deja ver que en la prueba de la causal no interesa el orden público'".

Después de este *leading case*, se han dictado otros precedentes más actuales en el mismo sentido, como el sentenciado por el Juzgado de Familia de Bariloche de fecha 26/02/2013⁽¹¹⁾ en el que se hizo lugar al pedido de inconstitucionalidad del plazo que prevé el art. 214 inc. 2do: a) por colisionar directamente con el principio constitucional de autodeterminación y derecho a contar y desarrollar el propio plan de vida que asiste a todos los ciudadanos y b) porque "Existe un derecho a la intimidad inextricablemente vinculado a la autonomía de la voluntad, exento de la autoridad de los magistrados, y si ambos cónyuges coinciden en la voluntad de divorciarse en este momento, no corresponde exigirles que aguarden al sólo efecto de cumplir con un requisito legal, manteniendo un matrimonio ficto".

Focalizando en algunas particularidades, cabe traer a colación el fallo de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul del 05/06/2012⁽¹²⁾ en que se confirma la declaración de inconstitucionalidad de oficio sentenciada en la instancia anterior en un divorcio que era peticionado por uno solo de los cónyuges, aseverándose que:

"el plazo fijado en los arts. 204 y 214 inc. 2 que exige tres años, como mínimo, desde la separación de hecho y la voluntad conjunta de ambos esposos de que no pueden reconciliarse, conculca los derechos de la actora a la libre autodeterminación e intimidad, a la igualdad y no discriminación y a la elección del proyecto de vida individual y familiar (arts. 14, 16, 19, 75 inc. 22 y concs. Const. Nac.)".

(11) Juzg. Familia N° 7, Bariloche, 26/02/2013, "A. M. E. C/ R. M. S/ Divorcio por presentación conjunta" (Expte. 16742/12), en *El Dial*, 13/03/2013 (citar: elDial AA7D0E).

(12) Capel., Civ. y Com., Azul, sala II, "Z. S. S. c. P. E. H. s/ divorcio vincular", 05/06/2012, en *LLBA* 2012 (septiembre), 883.

También tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto en tela de juicio el plazo previsto por el Código Civil anterior para el divorcio vincular o separación personal por presentación conjunta. En este caso, y a modo de síntesis sobre el tema, cabe destacar el precedente dictado por el Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata en fecha 03/09/2008.⁽¹³⁾ Aquí la magistrada preopinante, Loyarte, esgrimió varios interrogantes a los fines de dilucidar el pedido de inconstitucionalidad ante un matrimonio que no contaba con los 3 años desde la celebración de las nupcias. En primer lugar, se preguntó: “¿cuál es la finalidad del tiempo?”, respondiendo que, si bien la estipulación del plazo se estableció con vistas a “evitar que, sin la madurez o reflexión necesarias, cualquier matrimonio joven pueda sin más, recurrir al tribunal solicitando la separación”, lo cierto es que “dicha intención de protección resulta prudente o excesiva a esta altura de la evolución de la vida social y de nuestro ordenamiento jurídico considerado en forma integral”. Tras ello explicita otra serie de interrogantes en el mismo sentido:

“¿Responde al contexto actual de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente que el Estado restrinja el ejercicio de la libertad personalísima de dos cónyuges plenamente capaces para decidir respecto del divorcio por presentación conjunta? ¿Existe un interés superior de la sociedad o del Estado jurídicamente tutelable o distinto de los propios cónyuges que permita imponer una unión jurídica que sólo a ellos afecta y que ellos ya no desean? ¿Existe un interés superior que obligue a mantener la unión jurídica, formal y exenta de contenido afectivo de parte de sus protagonistas, cuando no se afectan derechos de terceros?”.

Sobre la base de estas indagaciones concluye:

“... la intervención judicial, deberá permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, evitar la arbitrariedad y la desigualdad al no existir razón práctica, ni interés jurídico social en mantener la existencia formal de un matrimonio que no interesa a los cónyuges. Además, aceptar la petición de la presentación conjunta y dar curso al proceso, implica admitir la posibilidad jurídica de transitar un iter que podrá, oportunamente, dar encuadre jurídico a la situación de hecho y, contribuir a prevenir las dificultades e incertidumbres jurídicas que puede

(13) Trib. Col. Fam., N° 2, Mar del Plata, “M., M. G.”, 03/09/2008, Abeledo-Perrot, N° 70055102.

provocar la separación de hecho. [Y agrega que] se encuentra reñida con las normas de derecho constitucional mencionadas la exigencia de los tres años desde la celebración del matrimonio para la promoción de la demanda de divorcio por presentación conjunta, frente a la inexistencia de un derecho que pueda ser afectado por esa limitación de la libertad [y, por ende, que] la exigencia absoluta del requisito del lapso y la consecuente existencia de un término en el cual se impide la promoción del divorcio por presentación conjunta importa establecer la indisolubilidad temporal del matrimonio a espaldas de la voluntad de los cónyuges directamente afectados”.

Esta relectura de las causales de divorcio objetivo pero centrado en el plazo con algunos otros elementos (la no voluntariedad de unirse o de reconciliación o el convencer al juez que existen motivos que hacen moralmente imposible la vida en común), también se extendió al plano procedimental al tildarse de inconstitucional el art. 236 de la legislación civil que establece dos audiencias para el proceso especial previsto para la causal de los arts. 205 y 215. En este sentido, nuevamente el Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata pero en un precedente anterior, del 06/07/2006,⁽¹⁴⁾ dispuso que “Acoger el desistimiento a celebrar la segunda audiencia en el proceso de divorcio solicitada por ambos cónyuges no afecta el orden público, pues aquellos derechos han sido previstos por el legislador en protección del interés particular de los cónyuges y son renunciables”. Ésta fue una de las primeras voces jurisprudenciales tendientes a flexibilizar, desde el aspecto procesal, las causales objetivas de divorcio y de esta manera, acceder de manera sencilla y más rápida a lo que desean los cónyuges: divorciarse.

Este apartado dedicado a los plazos en el divorcio y a su innegable restricción a la libertad y autodeterminación, no se vería analizado en toda su extensión si no se mencionara un precedente que coloca en crisis la última normativa que quedaba en pie del régimen de divorcio que establece un determinado plazo. Nos referimos a la figura de la conversión de separación personal en divorcio vincular, el que puede peticionarse de común acuerdo al año⁽¹⁵⁾ de que la sentencia de separación haya quedado firme,

(14) Trib. Col. Fam., Mar del Plata, n° 2, “B., R. B. y L., M. A.”, 06/07/2006.

(15) Salvo que se trate del supuesto especial de separación personal que prevé el art. 203, es decir, la causal de cónyuge enfermo.

o a los tres años si es de modo unilateral. Estas consideraciones, reguladas en el art. 238 del Código Civil anterior, también fueron rebatidas a partir de un pedido de inconstitucionalidad. Nos referimos al fallo de la Cámara de Familia, 1^{ra} Nominación, Córdoba, que en fecha 20/07/2009⁽¹⁶⁾ decretó la inconstitucionalidad del mencionado plazo previsto en el art. 238 de la legislación civil anterior, entendiendo que:

“La norma cuestionada impone, inequitativamente, más exigencia temporal para obtener el divorcio a los separados judicialmente que a los esposos que no lo han intentado, pese a que la crisis matrimonial de los primeros ya ha sido verificada en una sentencia. Se afecta así la igualdad jurídica que debe reinar en similares circunstancias y que garantiza el orden constitucional (arts. 16 y 28 CN y Tratados referidos)”.

Todas estas declaraciones de inconstitucionalidad son la clara expresión de la puesta en crisis, desde la obligada perspectiva constitucional-convencional, del régimen del divorcio sostenido hasta la actualidad. Sabidos son los problemas de interpretación y prácticos que trae consigo la declaración de inconstitucionalidad (de parte o de oficio) difusa, ya que ello implica que las causales de divorcio —en este caso, las de carácter objetivo— dependen del magistrado que intervenga. Que los justiciables no sepan de antemano cómo se resuelve su conflicto constituye una abierta violación de derechos, máxime cuando los divorcios por causales objetivas (separación de hecho sin voluntad de unirse en primer término, seguido de la presentación conjunta) son, ampliamente, las vías más utilizadas en la práctica judicial.

Esta perspectiva crítica hacia el régimen vigente es sorteada en la legislación proyectada. Al decir de Mizrahi:

“a nuestro juicio, el gran acierto de las normas proyectadas es que se ha logrado amalgamar, por un lado, el respeto a la intimidad de los sujetos sin que el Estado —tras la invocación de un orden público hoy intolerable para la comunidad— interfiera en la vida privada de cada cual y en la elección autónoma de sus planes de vida; y, por el otro, mantener principios esenciales que hacen a la solidaridad familiar, concretados en preceptos específicos”.

(16) Cam, Fam., 1a Nom., Córdoba, 20/07/2009, “F., J. A. v. G., R. A.”, Abeledo Perrot N°: 70054106.

Y culmina aseverando: “creemos que el cuerpo normativo propuesto tiene el gran valor de resguardar la libertad individual, privacidad y dignidad de los sujetos; como así también, al mismo tiempo, logra insertar reglas esenciales que hacen a la solidaridad familiar; priorizando a su vez la defensa de los derechos de los niños, tras la eliminación del juicio contencioso de divorcio”.⁽¹⁷⁾

Y ya hace muchos años —a principios de los 80, antes de la sanción de la ley 23.515— destacaba Grosman, con ese don vanguardista que la caracteriza:

“En el movimiento legislativo actual se observa una orientación dirigida a eliminar el criterio de ‘culpa’ en la declaración del divorcio. Se ha dicho que esta ‘culpa’ verificada judicialmente puede no corresponder a la auténtica responsabilidad de los cónyuges en el fracaso matrimonial, es decir, que muchas veces resulta difícil determinar quién es el auténtico culpable. Por otra parte, la búsqueda de ‘un culpable’ para definir las consecuencias de un divorcio, acrecienta la animosidad entre los esposos y perjudica las posibilidades de una reconciliación. Es misión de la ley, entonces, atenuar la controversia en lugar de estimularla”.⁽¹⁸⁾

3. Lo que se aproxima: el divorcio incausado⁽¹⁹⁾

3.1. Introducción

En los Fundamentos del Anteproyecto, herramienta de interpretación hábil para desentrañar el verdadero espíritu de la legislación proyectada, se resalta:

“Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y

(17) MIZRAHI, MAURICIO L., “Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto”, en *La Ley* 2012-D, 888.

(18) GROSMAN, CECILIA P., “Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados”, en *La Ley* 1982-A, 750.

(19) Tantísimas voces doctrinarias se han expedido a favor de este régimen. Ver, entre tantos otros: LLOVERAS, NORA, “El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil”, en *JA*, número especial, 20/06/2012, 2012-II, p. 16 y ss.; de la misma autora conjuntamente con RÍOS, JUAN PABLO, “El divorcio incausado en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012”, en *Microjuris*, 20/08/2013, Cita: MJ-DOC-6394-AR | MJD6394; HOLLWECK, MARIANA,

cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”.

Como se verá más adelante, el deber de convivencia regresó al texto sancionado en Senadores de la mano de sus representantes más conservadores y por presión de la Iglesia Católica, obligando entonces a reinterpretar este deber en el marco de un divorcio incausado, que ya este sistema sería un “derecho adquirido” o un debate sobre el cual no habría —y en buena hora— vuelta atrás.

Más allá de este traspie fundado en razones morales (básicamente, la moral cristiana) y no jurídicas (y por ende, laica como debería ser), lo cierto es que en el marco de un único régimen de divorcio de tipo incausado, los derechos y deberes matrimoniales pasan a tener más relevancia en el plano ético que el jurídico porque en este último, el incumplimiento de ciertos derechos y deberes no trae consigo ninguna sanción jurídica.

¿Cuál es la razón de este cambio trascendental en la ley? Admitir y aceptar las transformaciones que observan las relaciones familiares en general, siendo éstas una realidad social que el derecho no puede silenciar, esconder o impedir. Como bien se ha señalado:

“Diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales y culturales han contribuido a modificar el desenvolvimiento de la vida familiar y a pluralizar los modelos de familia. Como factores, para tratar y valorar los cambios familiares en los últimos años, han de tenerse en cuenta: la modificación de las condiciones económicas marcadas por el paso de la producción al consumo; las transformaciones de un mercado la-

“Divorcio vincular. Interpretación de los arts. 437 y 438 del Proyecto”, en *Revista Persona y Derecho de Familia*, 2012 (julio), p. 73 y ss.; DUPRAT, CAROLINA, “El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil”, en *Microjuris*, 17/08/2012, Cita: MJ-DOC-5924-AR | MJD5924; CULACIATI, MARTÍN MIGUEL, “Reinterpretación del divorcio”, en *LL*, 25/07/2013, p. 1 y ss.; ROVEDA, EDUARDO G. SASSO, MARCELA LORENA ROBBA, MERCEDES, “El divorcio en Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *DFyP* 2012 (julio), 01/07/2012, 36; CATALDI, MYRIAM y CALIFANO, LUCILA, “El sistema del divorcio actual y un mensaje alentador: existe un futuro constitucional”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, agosto, 2013-IV, Bs. As., Abeledo Perrot, 2013, p. 104 y ss.; SABIN PAZ, EDUARDO, “Inconstitucionalidad de plazo para divorciarse: la primacía de la realidad frente a las fórmulas procesales”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, diciembre, 2012-VI, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 179 y ss.; y CHECHILE, ANA MARÍA, “El divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 57, noviembre 2012, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 167 y ss.

boral más flexible que exige ciertas destrezas de relación, hasta ahora ligadas al ámbito privado; la mayor movilidad geográfica y social; el creciente aislamiento producido en las condiciones actuales de la vida urbana; la disminución de las presiones económicas, morales, sociales y jurídicas para contraer o disolver el matrimonio; la secularización de la vida; la libertad sexual despojada de arcaicos condicionamientos morales; los avances tecnológicos en materias biológicas y médicas; la cultura democrática y sus técnicas de diálogo y argumentación insertadas en el ámbito familiar; el papel central del amor en el establecimiento y mantenimiento de la unión familiar; o la pluralización y los procesos de individualización en las formas de vida".⁽²⁰⁾

Todos estos cambios que muestra la realidad social y que el derecho no puede —ni debería pretender— evitar o retrasar, han sido destacados, promovidos y repotenciados por la emancipación de la mujer. En este sentido, se agrega:

"La igualdad entre mujeres y hombres se advierte una novedad histórica que genera importantes cambios en la sociedad y, como no podía ser de otra manera, en las relaciones de convivencia en el ámbito familiar. La mayor preocupación por el acceso de las mujeres a la educación, el impacto de los movimientos feministas, la mecanización de las tareas domésticas, la desaparición de la familia como unidad de producción y el paso de una sociedad de consumo que para mantener el nivel de vida exige una mujer que trabaje fuera del hogar y aporte ingresos a la unidad familiar, son claros ejemplos del cambio del modelo de mujer para la familia".⁽²¹⁾

Todas estas modificaciones han puesto en tensión el modelo de familia tradicional, a tal punto que se ha defendido la idea de que "en realidad, la subsistencia de la familia tradicional es más inquietante que su declive, porque el desarrollo económico y la democracia sólo son posibles en condiciones de igualdad sexual y, para esto, ha de cambiar la familia tradicio-

(20) SÁNCHEZ MARTÍNEZ, MARÍA OLGA, "Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?", en *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Alcalá- Defensor del Pueblo- Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2011, p. 34.

(21) SÁNCHEZ MARTÍNEZ, MARÍA OLGA, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

nal”, aquella basada en la “potestad” del hombre por sobre la mujer y los hijos o, en otras palabras: “Un espacio en el que se ha vivido, y aún se viven, relaciones de poder, de dominación, sumisión e, incluso, violencia”.

El divorcio incausado es una decisión clave para entender a la ley como una herramienta de pacificación y, a la vez, de prevención, al desincentivar disputas en otros ámbitos directamente relacionados, como lo son los vínculos parentales o también de parentesco en aquellas situaciones donde un ex cónyuge —por lo general, las mujeres— impiden la comunicación con los abuelos u otros familiares paternos. En este contexto, el sistema incausado de divorcio es la clara manifestación desde la ley —dado su valor pedagógico— de diferenciación de los procesos civiles y los procesos de familia; es decir, un sistema en el que se prioriza la idea de que la mejor resolución de un caso no es aquella en el que hay un “ganador” y un “perdedor” sino, por el contrario, aquélla en la que ambos ganan si se sale de esa lógica donde, por lo general cuando hay hijos, ellos son el “trofeo” a disputarse tras un divorcio destructivo.

El Proyecto, regular un único sistema incausado, admite que el vínculo matrimonial —como todas las relaciones humanas— es un complejo devenir, un ida y vuelta, en el que nunca se podrá saber quién es el verdadero —si es que existe una verdad— “culpable” de la desavenencia matrimonial. Se trata de no dar —ni malgastar— un espacio como la Justicia para que los cónyuges revisen el pasado, sino para que sólo miren, planifiquen y piensen hacia el futuro.

En este sentido, tantos años en el estudio sobre las virtudes y los beneficios de la práctica de la mediación, la especialidad y la interdisciplina, habrían servido para colocar en crisis sistemas legales rígidos y perimidos, en los que se sabe que el Poder Judicial es poco lo que puede hacer para intentar recomponer un vínculo social que los propios protagonistas ya no quieren mantener ni fortalecer. Todos estos avances, en buena hora, son tenidos en cuenta en la Reforma.

El texto proyectado da especial cuenta de todas estas transformaciones sociales que, además, seguirán avanzando y complejizándose, más aún de conformidad con el tinte dinámico y el constante movimiento que las caracteriza. Es por ello que una ley que pretenda tener eficacia y validez para varios años, como toda reforma integral de una normativa de fondo como ésta, debe estar interesada en lo que acontece en la sociedad. Por ello, la flexibilización en el régimen del derecho matrimonial en sentido amplio

—no sólo en los derechos y deberes que se derivan del matrimonio sino también en lo atinente a su ruptura—, la regulación de otras formas de vivir en familia, la noción de “coparentalidad” como principio básico en las relaciones entre padres e hijos, que evita priorizar un progenitor por sobre el otro, entre tantas modificaciones que introduce la Reforma, siguen una misma lógica: una ley que acepta las transformaciones sociales que tanto impacto e incidencia tienen en las relaciones de familia.

El Proyecto, varios años después, recepta lo que hace tantos años se debate en doctrina —cada vez con mayor fuerza y adhesión—, acompañada por el derecho comparado. En consonancia con el sistema de divorcio incausado, determinados derechos y deberes matrimoniales cuya violación generaban la posibilidad de que uno o ambos sean considerados “culpables” de la ruptura matrimonial, perdieron su lugar como tales pasando a ser considerados derechos y deberes morales, es decir, que se encuentran dentro del ámbito de reserva que establece el art. 19 de la Constitución Nacional.

La recepción de un sistema de divorcio incausado ha sido aplaudida por varias voces doctrinarias. A modo de ejemplo, citamos a López del Carril (h) quien ha destacado:

“La Reforma tiene todos los méritos que una reforma debe tener: Se condice con la realidad social, se basa en la mala experiencia del régimen que deroga, establece un sistema ético compartido por la mayoría del plexo social, se adapta a las reformas que se fueron produciendo durante los últimos tiempos y que dejaban en una obsolescencia absurda la sistémica normativa vigente”. Concluyendo: “La sociedad tendrá al momento de aprobarse el Proyecto, en este punto, una razón para celebrar: Nadie será más esclavo de su decisión de casarse, nadie será más ultrajado en su privacidad, nadie estará en boca de extraños, nadie será víctima de criterios éticos obsoletos, nadie seguirá casado porque ‘no hay mejor cárcel que no tener adónde ir’”.⁽²²⁾

El propio Guillermo Borda (h) —autor que se lo podría tildar de conservador—, al referirse a la reforma en materia de divorcio admitió:

“Si bien he tenido oportunidad de pronunciarme en reiteradas oportunidades de la necesidad de terminar con el divorcio

(22) LÓPEZ DEL CARRIL, LUIS MARÍA, “El divorcio en el Proyecto de reforma”, Columna de Opinión, en *Diario La ley*, 12/09/2012, p. 5.

sanción, no es menos cierto, que ello invalida que alguno de los cónyuges pretenda y pueda dejar a salvo su inocencia en la ruptura matrimonial. [Y agrega] En esta línea es que entiendo acertada la eliminación de las causales subjetivas para reclamar el divorcio. Es una forma de poner fin a largos y engorrosos juicios tendientes a probar la mayor o menor culpa de uno u otro cónyuge, cuya principal consecuencia es, como ya señalara, el agravamiento de la desunión familiar, además de ventilar las miserias humanas, los agravios, que entre cosas, en lugar de construir, destruyen la familia".⁽²³⁾

Otra autora crítica del régimen proyectado también destaca ciertas virtudes, al decir:

"Al tiempo de pensar, aunque con pequeños reparos relacionados con cuestiones puntuales, reconocemos que esta reticencia fue transformándose en una postura abierta al cambio. Ello en el entendimiento de que las nuevas realidades que avientan también novedosos planteos, demuestran que el derecho es sustancia viva, que avanza, que se transforma, como también lo hacen las personas y las maneras que encuentran de expresarse y vincularse con otras. [Agregando que] Este nuevo sistema, como lo hacen los sistemas modernos, tienen, en este sentido, como vértice a la persona humana y al humanismo como valor supremo".⁽²⁴⁾

Estas mismas conclusiones son las que se abordan al comentar un fallo contradictorio sentenciado por la sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 04/05/2012, en el cual la comentarista, al analizar este precedente a la luz de la entonces Reforma en estudio, aseveró:

"Encontramos que la solución brindada es coherente con el derecho vigente, y la estructura del actual código permite este tipo de situaciones. Estos procesos contradictorios producen que los conflictos familiares (muchas veces situaciones morbo-

(23) BORDA, GUILLERMO (h), "Las relaciones de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, número 6, julio, Bs. As., La Ley, 2012, p. 35.

(24) VELOSO, SANDRA, "El proceso de divorcio según el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio, La ley, Bs. As., 2012, pp. 53/54.

sas, desagradables e inmorales) vean la luz en las hojas de los expedientes de manera innecesaria, instaurando una guerra que no deja vencedores, sino solamente vencidos. La finalización del matrimonio sencillamente puede ser solicitada por la vía menos traumática, previéndose evitar cuestiones que afecten la intimidad de las personas. Simplemente con la lectura del caso comentado, nos hemos enterado de la intimidad no solo de dos personas, sino de varias y de las conductas morbosas que han protagonizado. En definitiva, nos debemos preguntar, si era necesario todo ese despliegue, ventilar las situaciones íntimas; a fin de conseguir tan solo una sentencia de divorcio. Con la reforma se conseguiría lo mismo, sin que los involucrados ventilen sus conflictos a desconocidos (que en este caso, como en otros, son varios)".⁽²⁵⁾

Se trata de una línea argumental que se reafirma a la luz de la cantidad de precedentes judiciales post- Reforma que se han expedido a favor de la inconstitucionalidad del régimen de divorcio, objetivo del Código Civil fundado, entre otras consideraciones, en el régimen que se avecina. Por ejemplo, el Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, en un precedente del 31/07/2013, declaró la inconstitucionalidad del art. 215 del Código Civil exponiendo:

"Consecuentemente con dicho análisis, resulta interesante resaltar que en el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha favorecido la intimidad y la vida privada de los esposos por sobre el orden público. Se ha optado, como es también tendencia mundial, por la eliminación de las causales objetivas y subjetivas, creando un divorcio incausado, y eliminando la totalidad de los plazos, en pos de que la ley aliente a la superación de los conflictos dado una respuesta integral a la crisis matrimonial".⁽²⁶⁾

(25) BIGLIARDI, KARINA A. y DE OLIVEIRA, JUAN JOSÉ, "¿Existe necesidad de dar a luz las conductas de los cónyuges en los procesos de divorcio? El divorcio incausado en el Proyecto de Código Unificado", en *Revista Derecho de Familia y Persona*, setiembre, 01/09/2012, p. 103 y ss.

(26) Este precedente está sintetizado en la página web de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación: www.nuevocodigocivil.com, en el que se sintetizan los principales fallos que citan o fundan sus sentencias en la normativa proyectada, dando cuenta de la necesidad de un nuevo texto civil y a la vez, de cómo las normas proyectadas ya son de utilidad para los conflictos judiciales que se presentan en la actualidad. Este precedente proveniente de

Esta introducción general sobre las bases, razones y fundamentos del régimen de divorcio incausado que recepta el Proyecto de Reforma, no estaría completo si no se alude —al menos de manera somera— a cuáles han sido los “contra-argumentos” esgrimidos por cierto sector de la doctrina nacional, resistentes a los cambios sociales y, por ende, a que la ley deba replantearse su rol y el de la Justicia ante la ruptura matrimonial.

Veamos. Autores ya clásicos en la mirada tradicional y eclesiástica del derecho de familia contemporáneo han esgrimido diversos argumentos.

a) Basset expuso:

“En el Proyecto de Código hay libertad de ser swinger, de llevar adelante un matrimonio abierto, no respetar la fe mutua de los cónyuges, no convivir; pero no hay libertad de ser fiel al voto moralmente más exigente de perdurabilidad del vínculo matrimonial, que beneficia a la sociedad. Vale decir, hay libertad para la laxitud, pero no hay libertad para las opciones morales exigentes”.⁽²⁷⁾

b) Alejandro Borda afirmó:

“Hay hijos que quieren vivir con ambos padres, que necesitan compartir sus alegrías y tristezas, sus triunfos y decepciones, sin tener que esperar ‘el día de visitas’. Y me parece que esta responsabilidad paterna y social, lamentablemente, se ha diluido. No quiero decir con esto que no se recepte el divorcio, pero no parece lógico que la manera de disolver el vínculo matrimonial tenga menos exigencias que resolver un contrato, cuando las personas afectadas en el primer caso son más, si se cae en la cuenta que no sólo son los contrayentes sino también sus hijos”.⁽²⁸⁾

c) Sambrizzi sostuvo:

“... se pueda producir un desgaste emocional en los esposos cuando se opta por un divorcio contencioso, no puede constituir un argumento para la eliminación de las causales culpables, resultando más nocivo el hecho de que en razón de no tener el

Río Negro no es el único que se ha dictado en materia de divorcio y en el que se alude de manera expresa, al régimen de divorcio incausado; todo lo contrario.

(27) BASSET, URSULA, “El matrimonio en el Proyecto de Código”, en *LL*, 2012-E, 912.

(28) BORDA, ALEJANDRO, “Matrimonio y familia”, en *LL* 2012-E, 1345.

divorcio consecuencia alguna para el esposo que, por hipótesis, realiza actos contrarios a los deberes materiales y morales que deben guardar los cónyuges entre sí, el mismo tenga “piedra libre” al respecto (...) No creemos en la conveniencia de que cuando uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio, pueda demandar el divorcio sólo porque no tiene interés en continuar casado y sin que ello le acarree consecuencia alguna, siendo la referida una “solución” de un acendrado y criticable individualismo, que además del compromiso asumido al contraer matrimonio, también olvida contemplar los derechos del otro cónyuge, como asimismo el de los hijos, que suelen ser los principales afectados por la situación”.⁽²⁹⁾

d) Starópoli y Millán afirmaron:

“Se deslegitima el matrimonio al considerarse no solo irrelevante la infidelidad, sino que también prohíbe que los cónyuges pacten entre sí la obligación de ser fieles por la falta de consecuencias en el derecho. Se deslegitima el matrimonio cuando se auspicia una alternativa de divorcio expreso tornándolo obligatorio para aquellos cónyuges que se planteen un tiempo de espera. Pero además incurre en una absurda paradoja cuando el proyecto releva del deber de cohabitar a los esposos y tengan sin embargo la obligación de divorciarse. El proyecto del Código, de esta manera, restringe los derechos de los cónyuges en lugar de ampliarlos”.⁽³⁰⁾

¿A qué se debe ese miedo infundado a la libertad de que cada pareja pueda armar y desarmar el proyecto de vida en común sin la necesidad de que la ley imponga deberes jurídicos que en la práctica se pactan cotidianamente a espaldas de éstos?

Los argumentos en contra del divorcio incausado son elocuentes para terminar de comprender porqué el sistema legal que se proyecta es el más adecuado y pertinente desde la obligada perspectiva laica, humana y realista del derecho de familia.

(29) SAMBRIZZI, EDUARDO A., “La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio expreso”, en *DFyP* 2012 (julio), p. 90.

(30) MILLÁN, LILIANA LUJÁN y STARÓPOLI, MARÍA DEL CARMEN, “El ocaso del matrimonio y la impronta del concubinato”, en *DFyP*, junio, 2013, 6.

Con esta base general, fácil se podrá comprender el fundamento de algunos cambios en materia de derechos y deberes matrimoniales que se han planteado durante todo el proceso que insumió la aprobación del Proyecto en Senadores. Básicamente, la razón por la cual se regula el deber moral de fidelidad y ,de manera más irrazonable aún, la reincorporación del deber de convivencia en la versión aprobada en Senadores.

3.2. La ¿temida? derogación de la fidelidad como deber jurídico

Si se implementa un régimen de divorcio incausado o sin expresión de causa, como señalan algunos autores que sería más preciso denominar,⁽³¹⁾ la consecuencia jurídica obligada es sólo regular como derechos y deberes matrimoniales a aquéllos que, efectivamente, causan o producen un determinado efecto jurídico. En otras palabras, si se deroga el sistema de divorcio subjetivo, el incumplimiento de la fidelidad o cohabitación no haría nacer el derecho a petitionar el divorcio por alguna causal culpable, ya que tales derechos-deberes quedarían automáticamente vacíos de contenido legal, siendo que su interés y virtualidad queda circunscripto al ámbito ético o moral pero fuera del plano jurídico. No sería la primera vez que un derecho-deber derivado del matrimonio queda afuera del texto legal; esto mismo ha acontecido con el deber de respeto mutuo en el marco del Código Civil actual, siendo que ninguno de los artículos referidos al tema (arts. 198, 199 y 200) se ocupan de manera expresa de este deber de respeto mutuo, más allá de que la doctrina entiende que se encuentra receptado de manera implícita. La diferencia entre el régimen actual y el proyectado es que en el primero, al estructurarse un sistema de divorcio subjetivo o causal, la violación de derechos-deberes matrimoniales —explícitos o implícitos— tiene como sanción el ser declarado culpable del divorcio con las consecuencias jurídicas que se derivaban de ello; en cambio, en el marco de un régimen de divorcio incausado, tanto los derechos-deberes implícitos como los explícitos pero de tinte “moral”, no generan ningún efecto en el plano jurídico.

¿Cuál es la razón por la cual el art. 431 proyectado menciona un deber moral como la fidelidad, y deja afuera la cantidad de deberes morales que no están ni deberán estar en un Código Civil? La respuesta sincera es la que se presume: la presión de la Iglesia Católica. Sucede que se está sumamente huérfano de argumentos jurídicos para tener que defender

(31) Esta cuestión será retomada y ampliada más adelante.

una incorporación fundada sólo en razones religiosas, siendo que éstas están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (conf. art. 19 de la Carta Magna); en este caso, debería quedar fuera de la legislación civil. Es por ello que el texto del Anteproyecto nace con esta primera concesión. Parecería que, como sucedió al momento de debatirse la ley 23.515, no es fácil lograr una normativa civil alejada de dogmas religiosos, proviniendo siempre del mismo credo o sector.

Sin embargo, esta razón no fue explicitada, como sí se hace aquí por razones de decoro y diplomacia. En los Fundamentos del Anteproyecto se focaliza en la idea de que el deber de fidelidad siempre ha tenido un valor axiológico de peso o diferencial dentro del listado de derechos y deberes matrimoniales y que, por ello,

“Parece innegable reconocer, que una cosa es la fidelidad asumida por los esposos, en forma vital y hasta diríamos existencial, y otra muy distinta la fidelidad impuesta a los esposos no obstante el divorcio; porque aquélla es riqueza de la unión y su transgresión constituye la más grave afrenta matrimonial, mientras que ésta es carga de la separación y obligación formal de una unión que pertenece al pasado”.⁽³²⁾

¿Por qué será que siempre las cuestiones relacionadas a lo “sexual” han incomodado tanto al derecho?

Se sabe que en el Código Civil vigente uno de los derechos-deberes derivados del matrimonio, como es la fidelidad, presenta una doble vertiente: a) material (abstenerse de mantener relaciones sexuales con un tercero) y b) moral (abstenerse de colocarse en situaciones equívocas, irregulares o indecorosas, incompatibles con el estado civil de casado). La violación de este deber en su faz material da lugar a la causal culpable de adulterio siendo considerado un ilícito civil (art. 202, inc. 1º)⁽³³⁾ y, en su faz moral, a la de injurias graves (art. 202, inc. 4). Ahora bien, en este contexto legislativo, cabe preguntarse si los propios cónyuges no podrían dispensarse

(32) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 04/04/86, R., J. E. c. A. de R., S.), LL, 1986-D, 406.

(33) ¿Es casual que el artículo 202, dedicado a enumerar las causales culpables, enuncie en primer lugar la violación del deber de fidelidad material, aquél relacionado con los aspectos sexuales dentro del matrimonio? Nos produce cierta incertidumbre saber las razones por las cuales a nuestros legisladores las cuestiones relativas a la sexualidad los han incomodado siempre, otorgándoles una regulación especial, restrictiva y sensible.

mutuamente del deber de fidelidad en su totalidad o en alguna de sus dos vertientes. Para la ley y para varios de sus intérpretes, esta posibilidad es jurídica, mas no fáctica, ya que si un matrimonio no ventila este tipo de actitudes, jamás un tercero podrá petitionarlo a expensas o espaldas de los propios involucrados.

Históricamente se entendió que los deberes del matrimonio son de orden público y, por lo tanto, quedan afuera de la autonomía de la voluntad de sus protagonistas. Tan es así que incluso aún hoy existen voces doctrinarias y jurisprudenciales que defienden la idea de que el deber de fidelidad subsiste durante la separación de hecho de los cónyuges, es decir, incluso después de producida la ruptura de la convivencia, debiéndose mostrar un “celibato permanente”.⁽³⁴⁾

Desde la obligada mirada constitucional-convencional, el Proyecto de Reforma entendió que era hora de preguntarse si la fidelidad es, realmente, un derecho-deber derivado del matrimonio o si, por el contrario, integra esa cantidad de decisiones personales que caen bajo el principio de reserva que prevé la Constitución Nacional en su art. 19.

Con el objeto de reafirmar y reforzar porqué la fidelidad no es un deber jurídico, cabe desmitificar y así desnaturalizar la idea de que la fidelidad está ínsita en el matrimonio. Esta afirmación se contrasta fácilmente al observarse el derecho comparado, del cual surge que en la gran mayoría de legislaciones que regulan las uniones convivenciales, la fidelidad no es considerada un deber que se deriva de este tipo de relaciones afectivas no formales —incluso en aquellas legislaciones donde es necesario que se registren—, por lo tanto, fácil se aprecia que la “monogamia sexual” no formaría parte de la “esencia” de las relaciones de pareja sino que se trata de una decisión de política legislativa.

¿Acaso no sería posible interpelar al derecho preguntándole cuál es el fundamento razonable por el cual la fidelidad debería ser un derecho-deber derivado del matrimonio y no formar parte del ámbito de intimidad, privacidad y libertad de las personas?

(34) Esta es la expresión que utiliza Kemelmajer de Carlucci en su excelente voto como integrante de la Sala 1ª de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, en un precedente del 11/07/2003 donde, precisamente, se sigue y abre la postura opuesta, en la cual se defiende la idea del cese del deber de fidelidad durante la separación de hecho (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 11/07/2003, G., A. B. c. A. C., C., LL-Gran Cuyo, diciembre, 2003, 868).

¿Cómo es posible pasar de un divorcio causado a uno incausado? Tomándose como punto de partida una verdad irrefutable que emana de la realidad social. El matrimonio se construye y se sostiene de a dos, por ende, si uno deja de estar comprometido con este lazo primordialmente afectivo, es entendible que no pueda ser mantenido en contra de la voluntad de uno o ambos de los protagonistas, más allá de las razones por las cuales la unión llega a su fin.

Un régimen de divorcio incausado no sólo facilita y flexibiliza la regulación o requisitos de fondo, sino que también —y así está planteado en la Reforma— lo hace en lo que respecta a los elementos de forma.

Por otra parte, y siguiéndose siempre una perspectiva sistémica e integral como debe ser a los fines de alcanzar legislaciones que no confundan o brinden información parcializada o poco clara a los justiciables, cabe recordar que, al desprenderse el nuevo Código de la noción de culpa, los efectos derivados del divorcio se inclinan o adoptan otro concepto, colocándose a la vulnerabilidad en un lugar de privilegio. Esto se observa de manera elocuente al regular el régimen en materia alimentaria o al incorporarse la figura de la compensación económica. Para ambas instituciones no interesa la noción de culpa sino la de vulnerabilidad, que es bien diferente.

Entonces, siendo la fidelidad un deber moral, éste no puede traer aparejada ninguna sanción civil: no puede ser causal de divorcio por adulterio o, en su defecto, injurias graves —consecuencias negativas que se derivan para el cónyuge culpable—, ni tampoco puede sustanciarse la posibilidad de petitionar la reparación de los daños y perjuicios, al no estarse más ante un hecho ilícito, antijurídico.

Con relación a los daños y perjuicios derivados del divorcio que, durante algunos y varios años ha desvelado a la doctrina y jurisprudencia nacional debiéndose llegar a un fallo plenario,⁽³⁵⁾ el interrogante que está detrás del régimen proyectado es si el deber moral de fidelidad puede originar un daño jurídicamente reparable. La respuesta está claramente expuesta en los Fundamentos del Anteproyecto, que dice: “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”.

(35) Cám. Nac. Civ. en pleno, 20/09/1994, “G., G. G. c. B. de G., S. M.”, LL 1994-E, 538.

Esta mirada negativa sobre los daños y perjuicios derivados del divorcio se condice con la tésis de la legislación proyectada. Sucede que los daños derivados del divorcio se desprenden del sistema subjetivo, siendo la causa el incumplimiento de alguno o varios derechos-deberes jurídicos del matrimonio los que, al configurar un hecho ilícito, generan el deber de reparar. Por ende, y a contrario sensu, si la fidelidad no es un derecho-deber jurídico sino moral, mal puede configurar un hecho ilícito por no ser antijurídico: no se dan, así, los presupuestos de la responsabilidad civil. Más aun: si ya varios autores observan una mirada negativa de los daños y perjuicios en el marco de un divorcio culpable —hecho que se cuela en varias interpretaciones judiciales—,⁽³⁶⁾ más aun la observarán cuando se recepta un régimen incausado.

Voz autorizada para sintetizar el debate contemporáneo en torno a los daños derivados del divorcio es Zannoni, quien en alguna oportunidad afirmó: “Creemos importante, aquí, comenzar por señalar que hemos modificado significativamente la posición amplia y favorable al resarcimiento de los daños y perjuicios que expusimos en anteriores ediciones a esta obra”. Tras este sinceramiento, agregó: “En los últimos años se advierte una tendencia doctrinaria a restringir los casos en que procede la invocación de tales hechos como fuentes de daños. Decimos, obviamente, restringir, no negar, aunque también se han sumado voces contrarias a la posición tradicional”.⁽³⁷⁾ Si esto lo expresaba este reconocido autor en

(36) A modo de ejemplo, en un precedente se ha afirmado: “Al analizar el reclamo de una indemnización por daño moral en un proceso de divorcio corresponde aclarar que la acreditación de causales de divorcio culpable atribuida a alguno de los cónyuges, no es suficiente para generar un derecho a la reparación moral a favor del otro, porque “no será el divorcio en sí, que porta su propia sistemática sancionatoria, la fuente o causa del resarcimiento...”, pero que la cuestión cambia “... cuando ese obrar malicioso, realizado por un cónyuge hacia otro tiene una ‘clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge...’”. Se agrega, además, que “En estos supuestos la fuente del resarcimiento no es el divorcio sino la conducta ilícita que lesiona el honor del cónyuge inocente, como lo sostuvo este Tribunal recientemente (L.S. 118164, 19/05/08), pues el resarcimiento de los daños y perjuicios no será el divorcio en sí que porta, como lo señala el a quo su propia sistemática sancionatoria, la fuente o causa del resarcimiento, sino supuestos en los cuales el cónyuge ofensor incurre en un hecho ilícito que lesiona la dignidad o integridad física o moral del otro, de sus derechos personalísimos, con un obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge pues en tales casos el derecho a reparación proviene no de su calidad de cónyuge sino como cualquier persona afectada por un hecho ilícito” (Cám. Apel. Civ., Com. de Paz y Trib., 2ª, Mendoza, 10/11/2011, “C., R. I. c. A., S. s/ div. vinc. Cont”, en LLGran Cuyo, marzo, 2012, 189. También en línea: AR/JUR/78632/2011).

(37) ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho de Familia*, op. cit., p. 228 y 231.

1998, y en el marco de un sistema de divorcio culpable, más aun se debería defender la postura negativa de los daños y perjuicios derivados de un divorcio que sólo y siempre sería incausado como el que se proyecta.

Por todas las razones sintetizadas, el deber moral de fidelidad no puede ser causa fuente de la reparación civil, con total independencia de que un hecho o varios ocasionados por el cónyuge puedan generar un daño que sí sea jurídicamente reparable por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil, tales los casos de actos de violencia de un cónyuge hacia el otro, o de situaciones que afecten al honor o la intimidad —por ejemplo, la difamación por las redes sociales o en lugares públicos a un cónyuge o ex cónyuge—. En todos estos casos, el deber de reparar no deriva de la violación a un derecho- deber moral del matrimonio como la fidelidad, sino por el hecho de ser persona y ver conculcados derechos que lo afectan y agravian de manera directa. Asimismo, cabe agregar que en los casos de violencia en la pareja, la ley 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales” del 2009, prevé de manera expresa la reparación de los daños que se deriven de este tipo de violación de derechos humanos al expresar en su art. 35: “Reparación. La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia”.

Pero la simplificación del régimen legal proyectado no reside únicamente en circunscribir la fidelidad a un deber moral y, por ende, sólo reservada a Dios y exenta de la voluntad de los magistrados; también se pone fin a todo un debate jurídico y fáctico absurdo en torno a la subsistencia o no del deber de fidelidad durante la separación de hecho.

Al respecto, cabe recordar que la separación de hecho implica de por sí el cese del deber de cohabitación y, salvo algún autor en forma aislada,⁽³⁸⁾

(38) Sostiene Úrsula Basset: “La separación de hecho consiste en que uno o ambos cónyuges infrinjan deliberadamente, sin intervención de la jurisdicción, el deber de convivencia emergente del matrimonio, que es de orden público, Supone una omisión antijurídica —violación del deber de convivencia por omisión de éste— e ilícita —el cónyuge abandonante, o ambos, viven al margen de la ley en forma continuada, sin regularizar su situación ante el organismo jurisdiccional—. Aunque esta misma autora reconoce que “Sin embargo, y pese a estas razones de peso, la doctrina contemporánea se inclina a dar virtualidad creciente a la separación de hecho. Más aún, el reformador de 1968, sucedido por aquel de 1986, consideraron conveniente y aun moralizador otorgar determinados efectos a esta separación”,

no se tilda a la separación de hecho —la ruptura de la convivencia de común acuerdo— de una situación antijurídica o contraria a la ley —a tal punto, que la ley 23.515 la consideraba una causal de divorcio vincular o separación personal cuando concurrían otros elementos, lo temporal y la no voluntariedad de volver a unirse o la falta de reconciliación—; esta misma mirada contemplativa o más flexible no se aceptaba o extendía de manera unánime cuando se trataba del deber de fidelidad.⁽³⁹⁾ Este debate ha generado tres posturas: 1) amplia: pregona el cese del deber de fidelidad tras la separación de hecho; 2) intermedia: defiende el cese del deber de fidelidad recién cuando transcurre el plazo que el Código Civil anterior establecía para solicitar el divorcio vincular o separación personal remedio u objetivo y 3) restrictivo: sostiene que el cese del deber de fidelidad recién ocurre cuando hay sentencia de divorcio vincular o separación personal.⁽⁴⁰⁾

En suma, fácil se comprende cómo interactúa y se retroalimenta el régimen de divorcio con los deberes matrimoniales. La simplificación del primero implica, de por sí, la simplificación del segundo.

3.3. Cuando la moral prima: la convivencia como deber jurídico

Es evidente que si se derogaba el régimen de divorcio culpable, la violación al deber de cohabitar no daría lugar a sanción alguna, de allí que la cohabitación había sido quitada del elenco de derechos y deberes jurídicos enunciados en el art. 431 de la normativa proyectada. Incluso, tampoco era calificado de deber moral como o conjuntamente con el de fidelidad.

en BASSET, ÚRSULA, *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, p. 702.

(39) BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, t. 1, 8ª ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2008, p. 387, parág. 172; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, t. I, 10ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008, p. 195 y ss., FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, "Una mirada crítica sobre el deber de fidelidad durante la separación de hecho", en *elDial.com*, 26/12/2005, supl. extr. "La subsistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho"; CHECHILE, ANA MARÍA, "Invocabilidad del adulterio cometido luego de la separación de hecho como causal para solicitar el divorcio", en *JA* 2000-II-449; SOLARI, NÉSTOR E., "La conducta de los cónyuges durante la separación de hecho", en *LL*, 18/2/2008.

(40) Cabe destacar que, de manera aislada, Belluscio sostiene que después de dictada la sentencia de separación personal subsiste el deber de fidelidad. En tal sentido, afirma de manera categórica: "cabe concluir en que el deber de fidelidad no desaparece por la mera separación personal", en BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, 10ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 2010, p. 696.

Por otra parte, y tratándose de un nuevo Código que pretende tener vigencia legal como también real, por muchos años en una sociedad eminentemente dinámica y cambiante, la supresión del deber de cohabitación estaba acorde con una organización familiar que empieza a tener cada vez mayor presencia. Nos referimos a las llamadas por el derecho anglosajón parejas “LAT” (siglas en inglés: “*living apart together*” traducido como parejas con domesticidad común), que son aquellas parejas —matrimoniales o no— con un proyecto en común, respeto mutuo, fidelidad, cooperación y asistencia, pero que deciden no convivir o no comparten la misma vivienda. Como también se dice, parejas que viven juntos pero separadas.⁽⁴¹⁾

¿Puede una pareja nacer “separada de techo”? A diferencia de lo que acontece en los supuestos que se dirimieron en la Justicia alegándose separación de hecho como causal de divorcio por matrimonios que viven en el mismo hogar (elemento objetivo) pero sin la finalidad de continuar un proyecto de vida en común (elemento subjetivo), en este tipo de relaciones afectivas que muestra la realidad contemporánea, sucede totalmente lo contrario. El elemento subjetivo, el proyecto en común está latente y, ausente le convivencia bajo el mismo techo.

Por lo general, son segundas o terceras uniones cuyos integrantes tienen hijos de parejas anteriores y por diversas razones eligen —autonomía de la voluntad— no compartir el mismo techo. ¿Acaso dos personas que prestan el consentimiento ante el oficial del registro civil, tienen un proyecto de vida en común y deciden vivir uno en una vivienda y el otro en el piso de arriba, a la vuelta o a algunas cuadras de distancia porque ambos tienen hijos adolescentes y no quieren unir ambas familias se puede considerar que no son un matrimonio sólo porque no cumplen con el deber de cohabitación? Según el Proyecto de Reforma hasta los cambios que tuvo de último momento antes de su sanción en Senadores, esta particular tipología familiar tenía su espacio en total consonancia con las nociones de pluralidad y “multiculturalidad” que campeaban el Anteproyecto.

¿Qué sucedió durante el debate en el Congreso, básicamente, días antes de la sanción en la Cámara de Senadores? Se modificó la redacción del art. 431 del siguiente modo: “Asistencia. Los esposos se comprometen a

(41) Para profundizar sobre este tema ver ORTIZ DIEGO, “Las nuevas parejas LAT (‘living apart together’) en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Microjuris*, 29/11/2012, Cita: MJ-DOC-6088-AR | MJD6088.

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 apreciar, la convivencia vuelve a adquirir el papel de deber jurídico. ¿Qué importancia —desde el plano jurídico— tiene en el marco de un divorcio incausado? La única respuesta posible: ninguna. ¿Qué efecto jurídico tendría la violación de este derecho- deber jurídico? Una vez más, el fantasma de los daños y perjuicios —que se pretendió excluir del Proyecto de Reforma y que ya hoy en día está en franca retirada— vuelve a instalarse.

¿Cuál habría sido la razón de esta reincorporación? Una respuesta posible podría ser el fundamentalismo conservador y tradicional ya mencionado, que se resiste a que el derecho de familia caiga bajo las redes de la obligada perspectiva constitucional- convencional y, por ende, humana. La otra, ceder ante el engañoso slogan de que la convivencia no puede ser un elemento *sine qua non* en las uniones convivenciales y estar ausente en el matrimonio. Esta afirmación es más efectista que real.

Veamos. Cabe recordar que no se incurre en un tratamiento discriminatorio cuando se regula distinto lo que es, de por sí, diferente. El matrimonio es un acto formal; por el contrario, la unión convivencial es eminentemente informal. ¿Cuándo una relación de pareja es lo suficientemente “fuerte” como para que el derecho no le pueda dar la espalda y deba reconocer ciertos o determinados efectos legales? Para el reconocimiento de uniones convivenciales como tales, se debe contar con determinados requisitos, entre los cuales se encuentra la convivencia (singular, pública, notoria, estable y permanente tal como surge del art. 509 proyectado) sostenida durante un lapso mínimo de tiempo (2 años, según lo dispuesto en el art. 510), lo que evita la judicialización acerca de cuánto tiempo debe transcurrir para que una persona pueda gozar de los derechos que el Proyecto le otorga a las pareja que conforman una unión convivencial. En el matrimonio, dada la formalidad que lo rodea, no es necesario tener que cumplir todos estos requisitos para ser considerado tal; es en ese contexto que a la convivencia no se lo observa un elemento central para la existencia de un matrimonio.

Con la redacción del art. 431, tal como quedó tras la sanción en Senadores, se empeora considerablemente el régimen matrimonial ya que en la actualidad, el art. 199 prevé algunos supuestos de excepción al deber de cohabitación que establece el art. 198, como cuestiones de trabajo, estudio u otras razones que habilitan el cese de la cohabitación de manera transitoria y que no afectan el verdadero sentido y finalidad del matrimonio: el

proyecto de vida en común. En el texto sancionado en Senadores no se establece ninguna excepción al deber de convivir, por lo cual, esto obligará a llevar adelante una ardua tarea interpretativa con los riesgos que ello lleva implícito. ¿Acaso un nuevo Código Civil no debería tener entre sus principales finalidades evitar la mayor cantidad de debates interpretativos, es decir, ser un instrumento legal lo más claro y preciso posible?

¿Qué sucedería si un cónyuge se va a cursar un doctorado al exterior y, en el interín, su pareja fallece? ¿Se trataría de un supuesto de exclusión de la vocación hereditaria por el cese de la convivencia? Es claro que la intención del matrimonio era seguir adelante con su proyecto de vida marital, por lo cual, es esperable que el juez que intervenga en el proceso sucesorio tenga la habilidad de hacer llevar adelante un análisis integral de la normativa proyectada y, a la vez, tenga en cuenta que este cambio que ha sufrido el art. 431 responde más a presiones irrazonables que a una modificación a tono, o coherente, con el todo el régimen proyectado.

Sólo basta con observar qué autores y con qué fundamentos están a favor de que la convivencia vuelva a ser un deber jurídico para reafirmar que la postura adoptada por el Anteproyecto era, claramente, la correcta.⁽⁴²⁾ Como es sabido, aún queda el debate en la Cámara de Diputados.

3.4. El mantenimiento del divorcio judicial

El Proyecto de Reforma mantiene el divorcio como una figura a la cual se llega mediante el dictado de una sentencia después de un proceso judicial. De esta manera, no se sigue la postura que adoptan varios países que regulan el divorcio administrativo o notarial; es decir, lo quitan de la órbita de la justicia. El divorcio ante funcionarios del registro civil fue analizado y

(42) Expresa Basset: "Por suerte, ha primado la sensatez en materia de convivencia. La cohabitación es el fundamento de la regulación del hogar conyugal y de las presunciones filiatorias. De ella depende la construcción de los onera matrimonii, la virtualidad de la separación de hecho, la regulación de la responsabilidad parental y tantas otras instituciones más. ¡Cómo apenas ver la cantidad de dificultades y desarmonías en que se incurría por afán de modernidad!. Las revoluciones se cobran su rédito de la coherencia, porque las reglas jurídicas normalmente se elaboran durante siglos de tradición. Borrirlas y redactarlas de nuevo exige un tiempo prolongado de reflexión. Los dos años de este proyecto son insuficientes frente a más de veinticinco siglos de tradición jurídica. Por lo pronto, no estaría mal plasmar en el Código al hombre común, como decía Miguel Reale en Brasil. Y con la redacción anterior, millones de matrimonios estaban proscriptos del Proyecto por afán modernista. Es bueno que el Código siga las costumbres sociales, genialidad que supo seguir nuestro Codificador cordobés y que tal vez ahora finalmente encontró desembocadura en el Proyecto", en BASSET, ÚRSULA C., "Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción", en *La Ley*, 16/12/2013, p. 1 y ss, Cita Online: AR/DOC/4581/2013.

debatido dentro del equipo de trabajo que elaboró el primer armado del capítulo sobre divorcio.

El divorcio extrajudicial fue descartado por varias razones que se pasan a exponer sintéticamente.

En primer lugar, porque al regularse un único proceso con pautas claras, bien sencillo y rápido, se entendía que no era necesario introducir una modificación sustancial sobre quién es el organismo estatal interviniente en materia de divorcio si el tiempo que insumiría el proceso sería casi idéntico. Por ende, si lo que se pretendía era quitar de la órbita de la Justicia las peticiones de divorcio porque en otro ámbito serían más rápidas, ello no se hubiera logrado de conformidad con la regulación que se proyecta.

En segundo término, la derogación total del divorcio judicial hubiera sido imposible ya que, en algunas oportunidades (la mayoría, cuando existen hijos menores de edad), debía seguir tramitando en sede judicial a los fines de cumplir con la intervención secundaria del Ministerio Público de conformidad con lo dispuesto en el art. 103 del Proyecto. Sucede que la práctica indica que este organismo no suele tener intervención real en el ámbito administrativo, sino que, por diversas razones —en particular, funcionales, de caudal de trabajo, etc.— sólo lo hacen cuando el asunto tramita en sede judicial.

Por último, porque la gran mayoría de los divorcios involucraría una intervención mixta, administrativa, en lo relativo al vínculo jurídico matrimonial y su cese —con su consiguiente inscripción—, pero judicial con relación a todos los efectos que necesitan la correspondiente homologación judicial o también la intervención del juez a los fines de arribarse a un acuerdo. Por lo tanto, esta doble intervención hubiera sido más engorrosa e insumiría mayor tiempo, lo que se pretendía evitar con la instauración del divorcio extrajudicial —que debería ser analizado no solo en su faz teórica, sino principalmente, en la práctica—. En esta necesaria ecuación, el divorcio judicial simplificado arrojaba mejores resultados y, de allí, su permanencia en el régimen Proyecto.

3.5. La derogación de la separación personal

La legislación proyectada deroga la separación personal; solo mantiene el divorcio vincular como única figura ante la ruptura de las nupcias o desavenencia matrimonial —por ello se quita la mención de “vincular”, aludiéndose simplemente al divorcio a secas, institución que, precisamente,

produce la ruptura del vínculo matrimonial—. Sucede que, en el régimen aún vigente, subsisten la separación personal y el divorcio vincular, por lo que referirse a lo “vincular” era el elemento más importante que diferenciaba una figura de la otra. Por ello, antes de la sanción de la ley 23.515 —que introdujo modificaciones sustanciales al régimen matrimonial y, en particular, incorporó al derecho argentino el divorcio vincular como institución autónoma—, a la separación personal se la llamaba “divorcio” a secas toda vez que, hasta ese momento, el divorcio era no vincular ya que no producía la disolución del vínculo matrimonial ni permitía a los esposos divorciados celebrar nuevo matrimonio.

El Proyecto retoma, entonces, la noción de “divorcio” a secas (sin ninguna otra alusión) pero, a diferencia de lo que acontecía antes de la ley 23.515, este divorcio sí trae consigo o produce como efecto la ruptura del vínculo matrimonial y la consecuente reaptitud nupcial.

Es sabido que el mantenimiento de ambos sistemas en la ley 23.515 fue una abierta concesión realizada por los entonces “divorcistas” en favor de los “antidivorcistas”. Básicamente, y una vez más, aparece en la escena familiar, la Iglesia Católica. De este modo, si bien la ley 23.515 introdujo el divorcio vincular, lo cierto es que se decidió mantener el divorcio no vincular —la separación personal— para aquellas personas que, por razones religiosas, deseaban sustraerse de ciertos derechos y deberes (para algunos autores, incluido el de fidelidad), lo que, no obstante, no producía la ruptura del vínculo matrimonial. Así, se observa de manera clara la interacción entre Derecho y Religión en el campo del derecho de familia y, en especial, en el derecho matrimonial.

La necesidad de lograr una legislación civil laica se deriva, entre tantos fundamentos, de la reiterada mirada obligada constitucional-convencional, la cual pregona la defensa de los derechos humanos con total independencia de la creencia, religión, y tantas otras variables, que tenga cada persona. Desde este punto de partida, la separación Estado-Iglesia constituye uno de los tantos objetivos que debería lograr el texto proyectado, a través de la regulación de instituciones alejadas de argumentos “morales”, extra o metajurídicos.⁽⁴³⁾

(43) Es imposible aislar los textos de sus contextos, o en otras palabras, lo que se dice desde el lugar en que se lo hace. En este sentido, no es un dato menor que ciertos autores que son referentes del derecho de familia contemporáneo más conservador son, a la vez, asesores legales de la Conferencia Episcopal Argentina (conf. debate “Cambios que llegan: Duro de-

Tal como queda explicitado en los Fundamentos del Anteproyecto, la Reforma se edifica sobre la noción de “pluralismo” y esto significa, indudablemente, salirse de dogmas religiosos y morales; o, en otras palabras, salirse de una vez por todas del apego al derecho canónico —del que nació el derecho de familia, y al que aún hoy sigue atado—. Es que la idea de “multiculturalidad” conmina a alejar cualquier tipo de regulación a valores, ritos o postulados religiosos.

Siguiéndose esta línea argumental, resulta coherente derogar una institución que, en su momento, fue el resultado de una clara “transacción” con la Iglesia Católica y que, además, desde el punto de vista práctico, ha dejado de tener sentido, ya que la escasa cantidad de matrimonios⁽⁴⁴⁾ que solicitan la separación personal, no lo hace por razones “morales” sino porque carecen del lapso temporal mínimo (3 años) para petitionar directamente el divorcio vincular. Se trata de matrimonios jóvenes, en su mayoría sin hijos, que, por no tener cumplido el plazo mínimo para poder solicitar la ruptura del vínculo matrimonial encuentran, al menos, en la figura de la separación personal la posibilidad de sustraerse de

bate sobre el futuro de la familia en la Argentina en http://www.clarin.com/sociedad/Cambios-llegan_0_775122596.html). Y es desde allí que se debe leer afirmaciones tales como: “Aún otra reflexión nos conduce a que la sección más revolucionaria del Proyecto, y que más polémica ha suscitado, es la del libro de las relaciones de familia. No es para festejarlo. La sociedad argentina queda exiliada. Las costumbres argentinas, que otrora habían informado la regulación de Vélez, sabiduría tan bien expresada en su correspondencia con Sarmiento, quedan ahora en un cono de sombra. Estamos seguros de que una contemporalización mayor en el libro de familia abriría muchas puertas que se cerraron. La moderación hubiera ayudado a una mayor aceptación. Pensemos tan sólo en la virtual supresión de la palabra “madre”, tan significativa para nuestro acervo cultural, sacrificada en aras del altar de la neutralidad de género. No se explica por qué en lugar de convivir proyectos de vida distintos, para reconocer uno, hay que suprimir al otro en la letra y el espíritu. Genera división social. (...) Un código no tiene que ser revolucionario. Todo lo contrario, siempre tiene que estar un paso atrás de las costumbres, para no turbarlas. Más aún si es para “amoralizarlas” cuando la familia y los muchos jóvenes que andan sin rumbo, lo que necesitan es mayor contención. El Código Civil de Vélez Sársfield es tan noble, que soportaría bien modificaciones parciales al estilo del Código Civil Francés o del Español. Y si esta reforma prospera, sería óptimo que sea meditada sosegadamente, como las reformas italiana, brasileña, holandesa o los cuarenta y cinco años que llevó el Código de Quebec. No hay que temerle al tiempo, cuando el vino es bueno, lo mejora. Así el caso de nuestro querido y viejo Código y el caso del Proyecto, con las correcciones que necesita si llegara a prosperar” (en BASSET, ÚRSULA, *ibid.*)

(44) Tomando los datos de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación, por lo cual arroja resultados de lo que acontece en la Ciudad de Bs. As. en el marco de la Justicia Nacional en lo civil con competencia en asuntos de familia, expone que, del total de causas ingresadas al fuero en el 2012 (para tomar un año completo) —que fueron 33.022—, 7.688 fueron causas de divorcio vincular y separación personal (un 23%). De este total de causas de divorcio vincular y separación personal, sólo el 2% fueron de separación personal (179 causas).

varios derechos y deberes matrimoniales y de poder disolver el régimen de comunidad de bienes.⁽⁴⁵⁾ En este mismo sentido, apoyándose en información cuantitativa, se dijo: “Acompaña así el proyecto una tendencia hacia la eliminación de las causales subjetivas y avanza sobre las objetivas, eliminándolas. Es el proyecto consecuente con las estadísticas en la materia, así, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el 89,74% de los divorcios tramitan por causales objetivas, registrándose tan sólo 192 expedientes de separación personal”.⁽⁴⁶⁾

De esta manera, fácilmente se puede apreciar que aquellas razones por la cuales la ley 23.515 se vio obligada a mantener el divorcio no vincular —llamada separación personal— se habrían perdido o, como mínimo, habrían dejado de tener virtualidad.

3.6. Derogación del divorcio causado, subjetivo y objetivo

Un error bastante común es confundir divorcio objetivo, causado e incausado. El régimen vigente es causado, tanto culpable o subjetivo como objetivo. Siempre es necesario plantear o demostrar una causa, la que puede ser subjetiva debido al acaecimiento de uno o varios hechos ilícitos o incumplimiento de derechos-deberes matrimoniales; u objetivo, porque han transcurrido un mínimo de 3 años desde la celebración del matrimonio y existen causas que hacen moralmente imposible la vida en común —causas éstas que deben ser expuestas por ambos cónyuges en una audiencia privada con el juez—, o porque se ha producido la separación de hecho, sin voluntad de unirse, también por el lapso de 3 años. De este modo, y bajo el sistema legal aún vigente, uno o ambos cónyuges deben dar causas para petitionar el divorcio.

Por el contrario, en el régimen proyectado el divorcio es sin expresión de causa —sea ésta de tinte subjetiva u objetiva—, planteo que puede provenir de uno o ambos cónyuges.

Esta regulación es coherente con la idea —realista, por cierto— de que si un matrimonio se celebra y mantiene por la voluntad de dos personas,

(45) TÓFALO, ARIEL, “El divorcio en la Argentina desde un enfoque sociojurídico. Prácticas sociales y judiciales”, en *Revista Interdisciplinaria. Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 53, marzo, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, p. 247 y ss.

(46) ROVEDA, EDUARDO, SASSO, MARCELA LORENA y ROBBA, MERCEDES, “El divorcio en el proyecto de Código Civil”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio, La ley, Bs. As., 2012, p. 36.

si una de ellas ya no quiere continuar o seguir adelante con el proyecto de vida en común, el matrimonio no puede continuar, y es por ello que se debe habilitar a uno o a ambos a peticionar el divorcio. De este modo, si ambos integrantes están de acuerdo, es claro que la petición será conjunta; pero ya si uno de ellos no quiere continuar el matrimonio, también se habilita a que este solo solicite el divorcio por aplicación del principio de libertad y autonomía personal.

Por otra parte, esta doble posibilidad es, en definitiva, más beneficioso para todo el grupo familiar ya que no obliga a uno de los cónyuges a mantener una verdadera ficción, con las consecuencias negativas que se derivan de la imposición de lazos jurídicos, o —lo que es más perverso aún, de que la ley promueva la hipocresía—.⁽⁴⁷⁾

De este modo, el Proyecto de Reforma recepta un único régimen de divorcio de tipo incausado, en el que las causas por las cuales los cónyuges —o uno de ellos— deciden poner fin al matrimonio no tienen porqué ser ventiladas en un proceso judicial.

Algunos autores entienden que sería más adecuado denominarlo “divorcio sin expresión de causa” ya que siempre habría una causa o razones por las cuales se produce la ruptura matrimonial, siendo que únicamente la o las causas no son expresadas al juez. Justamente, esto mismo es lo que se pretende decir con el término “incausado”: que no hay causas que sean

(47) Belluscio critica este tipo de afirmaciones al decir: “Desde mi punto de vista, la imposición de otros recaudos, como las causas, aun objetivas, y la imposición de plazos, no afecta la libertad y autonomía de la persona humana, como se sostiene en los fundamentos. Se trata de una materia que no es solamente del interés de los cónyuges, sino también de los hijos y de la sociedad en general, que indudablemente se benefician de la estabilidad de los vínculos” (Belluscio, Augusto C., “El matrimonio en el Proyecto de Reformas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, ps. 319 y 320). Fácil se advierte como este autor (que en el recordado caso “Sejean”, de la Corte Federal votó en minoría, defendiendo a fines de 1986 la constitucionalidad de la indisolubilidad del vínculo matrimonial) no brinda ningún argumentos de peso acerca de cómo la supuesta “estabilidad” del matrimonio en contra de los propios cónyuges sería “beneficioso” para los hijos, incluso para la sociedad en general. ¿No le interesaría más a la sociedad en general e incluso a los hijos, el mantenimiento de vínculos o lazos sinceros y no hipócritas? Si ello es así, y siendo que las parejas no se divorcian si ellas o alguno de ellos no lo desean, no habría razón para tener miedo de receptar una normativa que no establece causa ni plazo alguno. Por lo general, la gente se casa y mantienen su matrimonio sin andar consultando al Código Civil, sólo apela a él ante la existencia de un conflicto de hecho del vínculo matrimonial, y es aquí donde la ley debe ser lo más respetuosa posible, no imponiendo requisitos o condiciones para retrasar una decisión que ya ha tomado uno o ambos cónyuges. Claramente, la ley tiene un límite: no tiene el “poder” de evitar que parejas dejen de querer seguir adelante con un proyecto de vida en común.

jurídicamente relevantes o que deban ser puestas de manifiesto ante el afuera —el juez, en un proceso judicial— que deban ser ventiladas y analizadas por un tercero totalmente ajeno a la relación de pareja.

En otras palabras, el divorcio incausado constituye un régimen jurídico que sólo se interesa por las consecuencias o efectos que efectivamente se generan en el plano jurídico y, a la vez, se desentiende del plano axiológico o moral; de allí, que se lo entienda como “incausado” o “sin causa”, denominación que revela tanto la poca importancia que se le adjudica a las razones por las cuales se llega a plantear la ruptura matrimonial como la revalorización de los efectos o consecuencias jurídicas que se derivan de tal ruptura —único aspecto en el que hay que centrarse—.

De manera más coloquial y básica aún: a la ley no le importa el porqué las personas se divorcian, sino cómo van a manejarse como matrimonio divorciado; es decir, la ley se interesa por el presente y el futuro, y no por el pasado sobre el cual el juez no tiene absolutamente nada para aportar, ni debería estar facultado a remover, so pena de incurrirse en una injerencia estatal injustificada.

Retomando la cuestión del lenguaje, es sabido que varios autores y medios de comunicación han definido al régimen proyectado de “divorcio express”, lo que no disimula un modo peyorativo. Aquí hay una gran confusión —o dificultad en poder ver la complejidad de las relaciones humanas y, entre ellas, las de pareja— máxime, cuando es sabido que la gran mayoría de los matrimonios que llegan a la Justicia peticionando su divorcio, ya se encuentran, de facto, distanciados o “divorciados” desde el plano emocional hace bastante tiempo, marco en el cual entendien que el proceso judicial constituye sólo un trámite que pretenden que dure lo mínimo posible.

Esta no es la única respuesta que amerita el adjetivo “express”. Al respecto, se ha dicho:

“cuestionamos y rechazamos por nuestra parte la denominación utilizada por algunos sectores contrarios al proyecto que se habilitaría con la sanción, un ‘divorcio express’; utilizan este término para significar que el matrimonio pierde todo valor en los textos proyectados. Según nuestra opinión, denominarlo ‘divorcio express’, es un reduccionismo de lo que significa. Lo que ocurre es que hoy un hombre o una mujer pueden lograr una sentencia de divorcio a través de un proceso contencioso

acreditando que el otro cónyuge es culpable por haber incurrido en alguna de las causales subjetivas (...) El proyecto no busca sancionar a uno por ser culpable. En esa instancia poco importa si es culpable o inocente, lo que ahora se quiere reconocer es que ha ocurrido la ruptura de la relación; no se perderá tiempo discutiendo quien tiene razón y quien no la tiene respecto de los hechos que han motivado que los cónyuges ya no pueden seguir conviviendo (...) En conclusión, el divorcio será más rápido; porque no se discutirán las causas, pero no significa que será 'express', porque hay una carga muy importante, que es proponer acuerdos personales y patrimoniales...".⁽⁴⁸⁾

3.7. Legitimación: petición unilateral o bilateral

El Proyecto no sólo simplifica y facilita el divorcio en los aspectos de fondo, sino también lo hace en el ámbito procedimental. Siendo que al régimen de divorcio incausado no le importan las causas o razones por las cuales los cónyuges deciden la ruptura del vínculo matrimonial, el proceso se flexibiliza y también se readeúa el rol de los jueces en este tipo de trámites. Así, éstos dejan de ser funcionarios dedicados a indagar el pasado de la relación matrimonial, sino que se dedican a acompañar los cónyuges, señalándoles cómo serán los efectos que se derivan del divorcio, priorizando el arribo de acuerdos que se puedan alcanzar; ello, siempre respetando límites básicos y mínimos fundados en el interés de los integrantes de la familia.

La Reforma reconoce que el proyecto de vida en común puede extinguirse por decisión conjunta —por ambos cónyuges— o por uno de ellos; si ello es así en la realidad de las parejas matrimoniales, se debe permitir que también lo sea en el plano jurídico, y habilitarse la posibilidad de que la petición sea solicitada por uno o por ambos cónyuges. Esta diferencia tiene implicancias en el plano procedimental, siendo la propuesta en sentido estricto la pieza fundamental en las peticiones unilaterales, y el convenio regulador en las peticiones bilaterales.

En suma, la construcción jurídica de un régimen incausado plantea modificaciones sustanciales tanto en lo relativo a las cuestiones de fondo como de forma. Ambas son observadas de manera integral y coherente en la Reforma.

(48) CORBO, CARLOS MARÍA, "Análisis del Proyecto en materia de divorcio", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio, Bs. As., La Ley, 2012, p. 66.

Veamos. En total consonancia con la falta de causa (jurídica o establecida por la ley) para poder petitionar el divorcio, el Proyecto considera que la sola ruptura del proyecto de vida en común genera la posibilidad de petitionar el divorcio.

El mencionado principio entiende que un matrimonio se celebra y mantiene de a dos, y que el hecho de que uno de ellos ya no desee mantener vivo el proyecto de vida en común resulta motivo suficiente para que, en el plano procedimental, se permite que la petición de divorcio sea conjunta o incluso, unilateral.

Esta doble fuente en la legitimación para petitionar el divorcio está expresamente prevista en el art. 437 proyectado.

La diferencia en ser unilateral o bilateral lo será en cómo se va a desarrollar el proceso, pero no en la habilitación para petitionar el divorcio, como así tampoco en la imposibilidad de retrasar la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial.

El art. 438 establece los requisitos mínimos de carácter procedimental que estructuran el proceso de divorcio incausado, diferenciando si se trata de una petición unilateral o bilateral, tal como se expondrá en los próximos apartados. Ahora bien, sí regula dos cuestiones comunes o iguales para ambas tipologías.

La primera se refiere a la necesidad de que se presente una propuesta. ¿Ello qué significa? Que para poder comprender con mayor exactitud lo que se pretende alcanzar con esta previsión, debe recordarse el alto valor pedagógico de la ley. En este contexto, la necesidad de que se presente una propuesta implica que los cónyuges deben pensar —conjuntamente con su letrado— cómo se ven como divorciados. Cabe recordar que a la regulación proyectada le interesa las consecuencias jurídicas del divorcio, es decir, el futuro, cómo será la dinámica familiar tras la ruptura del vínculo matrimonial. A los fines de tener mayor previsibilidad y evitar —prevenir— la mayor cantidad de conflictos, la ley exige la presentación de una, dos propuestas o un convenio según el grado de acuerdo que se logre. Éste es el modo que ha encontrado la Reforma para colaborar en esta especial etapa de la vida familiar, reafirmando la idea de “justicia de acompañamiento”, uno de los tantos aportes del recordado maestro Morello.⁽⁴⁹⁾

(49) MORELLO, AUGUSTO M., “Un nuevo modelo de justicia”, en LL 1986-C-800; PETTIGIANI, EDUARDO J., “Familia y justicia (hacia una realización del derecho justicial material en el

En efecto, si la petición es unilateral ésta debe ser acompañada de una propuesta y, en el caso de que sea bilateral, se pueden presentar dos propuestas (una por cada uno de los cónyuges) o un convenio regulador si éstos han arribado a un acuerdo total o parcial sobre los efectos del divorcio. Es decir, las posibilidades que se pueden presentar son varias: además de la propuesta si la petición es unilateral, o del convenio si ésta es bilateral, puede darse el supuesto —excepcional, por cierto— de que, aunque la petición sea conjunta, los cónyuges no hayan llegado a un acuerdo y, por lo tanto, cada uno presente —en la misma petición o por escrito— su propia propuesta sobre los efectos que se derivan de la ruptura matrimonial.

De este modo, a la noción de propuesta en sentido estricto se la observa para los casos de petición unilateral como principio general, siendo de manera excepcional posible también en el marco de una petición conjunta de divorcio, en el que el principio general es el convenio regulador. En todos estos casos, la propuesta —en sentido amplio, como manifestación de voluntad de cada cónyuge sobre lo que espera para el futuro en materia de efectos— constituye un elemento central para dar trámite a la petición, sea unilateral o bilateral.

El segundo requisito común para ambos tipos de legitimación, unilateral y conjunta, se refiere a la imposibilidad de que un juez pueda limitar o retrasar la sentencia de divorcio.

Así, la legislación proyectada diferencia bien el proyecto de vida en común que ya no se mantiene ni se sostiene (del pasado hasta el presente), de las consecuencias jurídicas que se derivan de esta ruptura (del presente al futuro).

Ahora pasamos a analizar los requisitos o consideraciones particulares de ambos tipos de divorcio.

3.7.1. *Petición y procedimiento unilateral*

El divorcio incausado puede ser unilateral o bilateral, siendo el segundo el más aceptado en la legislación comparada por aplicación del principio de autonomía personal: si ambos cónyuges no quieren mantener el vínculo matrimonial, es entendible que ambos puedan manifestar esta circunstancia y que ello tenga como efecto, en el plano jurídico, el divorcio o ruptura de la unión matrimonial.

derecho de familia)", en *RDF 1999-14-51*; CÁRDENAS, EDUARDO J., *La familia y el sistema judicial - Una experiencia innovadora*, Bs. As., Emecé, 1988; BERIZONCE, ROBERTO, *Tribunales y proceso de familia*, La Plata, Platense, 2001.

Sin embargo, el Proyecto es más amplio y extiende la posibilidad a la petición unilateral del divorcio por otro fundamento que también se basa en el principio de libertad y autonomía —ya no de la pareja como tal, sino de cada cónyuge en su individualidad—. Como se adelantó, el matrimonio es una institución —como así también un acto jurídico— bilateral, que depende de la decisión unánime de dos personas —con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes—. Se trata de un proyecto de vida “en común”, siendo este último uno de los caracteres del cual se puede derivar que no sólo depende de la voluntad unánime de dos personas para el inicio del vínculo, sino también para su mantenimiento. En este sentido, si uno de los cónyuges, cualquiera sea las razones, deja o no desea mantener ese proyecto —que, hasta entonces, era “en común”—, lo cierto es que el Código Civil debe permitir solicitar el divorcio porque ya se habría extinguido uno de los elementos para la existencia del matrimonio. ¿Acaso es posible mantener un vínculo que, si bien es jurídico, encuentra su razón de ser en lo afectivo y esto último ya no está más? La respuesta negativa se impone y esto es lo que se plasma en la Reforma al permitir la petición del divorcio de manera unilateral.

Que la petición del divorcio sea unilateral o bilateral en las cuestiones de fondo, no tiene ninguna incidencia; sí en el aspecto procedimental que el mismo proyecto se encarga de regular en el art. 438.

Si bien es sabido que las cuestiones procesales son de competencia local al quedar reservadas a la legislación provincial (los códigos procesales), lo cierto es que, en la legislación civil, siempre ha habido disposiciones tendientes a unificar criterios y estructurar conflictos de fondo. Sucede que, entre fondo y forma, existe una interacción en la que una responde, incide o condiciona a la otra. Tan es así que en el Código Civil —al igual que en el Proyecto de Reforma de 1998— se le dedica un capítulo especial a los procesos de familia. Más allá de esta consideración general, lo cierto es que, respecto del divorcio, ya el art. 236 del Código Civil aún vigente se ocupa de regular el proceso de presentación conjunta previsto en los arts. 205 y 215 —y lo hace siguiendo el recordado art. 67 *bis*, que introdujo la ley 17.711 que modificó la entonces ley 2393 de matrimonio civil—.

Siguiendo esta línea legislativa, el Proyecto sienta algunos principios mínimos de carácter procedimental diferenciando el supuesto de que sea una petición de divorcio unilateral o bilateral y también previendo algunos elementos comunes.

Si la propuesta es unilateral, elaborada por uno solo de los cónyuges —quien peticiona o insta el divorcio—, el Proyecto habilita a que el otro cónyuge, al responder, pueda ofrecer una propuesta diferente. De esta manera, el cónyuge que no petitionó el divorcio puede estar de acuerdo con todas las cuestiones que propone el cónyuge que inicia el trámite, puede estarlo únicamente con algunas de las propuestas que se esgriman, o puede no acordar con ninguna. Por otra parte, y tal como se ha adelantado, de manera excepcional, se podría plantear que los cónyuges peticionen de manera conjunta el divorcio pero que en dicha presentación cada uno de los cónyuges adjunte una propuesta diferente.

Todas estas similitudes y diferencias entre los aún cónyuges, son analizadas por el juez para lo cual deberá señalar una audiencia a los fines de llevar adelante una intervención de tipo conciliatoria. Para ello, la legislación proyectada permite que los cónyuges, además de sus propuestas, acompañen toda la documentación que las respalde.

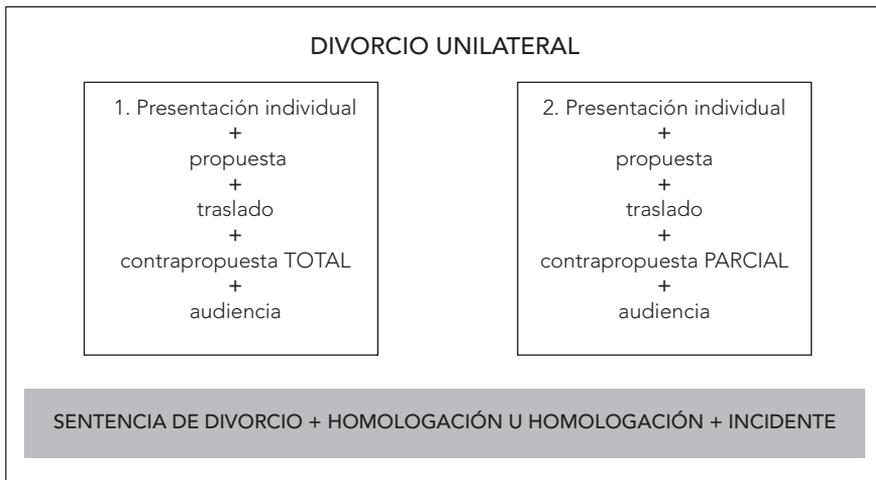
Estos elementos, que los cónyuges pueden acompañar para fundar sus propuestas, pueden ser, además, ordenados de oficio si el juez observa que habría algunos elementos que no habrían sido acompañados por las partes y que podría ser de interés para acercarlas, ya que en esas cuestiones podrían existir diferencias posibles de ser resueltas si el juez conociera en profundidad lo que está en discusión y los cónyuges presentaran la documentación o información adecuada para entender con mayor profundidad la conflictiva en debate —documentación o información ésta que, por diferentes razones, omitieron—.

Como se expuso, sea la petición unilateral o bilateral, cualquier tipo de desacuerdo en torno a los efectos derivados del divorcio (como atribución de la vivienda, cuidado personal de los hijos, régimen de comunicación, reorganización familiar para fechas festivas, etc.) no tiene incidencia alguna en la ruptura del vínculo matrimonial mediante el dictado de la correspondiente sentencia. En este sentido, si se está de acuerdo en todos los efectos derivados del divorcio, el juez procede, además de disolver el vínculo, a homologar los acuerdos arribados. Si el acuerdo es parcial, el juez disuelve el vínculo y homologa sólo en aquellas consecuencias en las cuales los cónyuges arribaron a un acuerdo, debiéndose el resto ser tramitado por la vía que corresponda “de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local” (conf. art. 438) —que por lo general, es la vía incidental—. Y, si los cónyuges no logran ponerse de acuerdo sobre ningún

efecto derivado del divorcio, el juez procede a dictar sentencia por la cual se disuelven las nupcias, debiendo tramitar por la vía incidental todos los conflictos complementarios o que se derivan de dicha disolución.

En síntesis, el panorama de las diferentes posibilidades que pueden darse en el marco de un divorcio unilateral se lo puede observar en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 1: DIVORCIO UNILATERAL



3.7.2. *Petición y procedimiento bilateral o conjunto*

Cuando la petición es conjunta, aparece en escena la figura del convenio regulador al que el Proyecto le otorga un lugar especial. Por aplicación del principio de libertad y autonomía de la voluntad, son los propios protagonistas —los ex cónyuges— las personas más adecuadas para regular —y cumplir— los efectos que se derivan de su divorcio. El Proyecto reconoce que son los ex cónyuges quienes están en mejores condiciones para establecer las pautas y el modo en que, en adelante, vivirán como ex cónyuges, ya sea al distribuirse los bienes —lo que pueden hacer de manera total o parcial—; quién se queda o cómo se liquida —si es que eso deciden— la vivienda que fue sede del hogar conyugal, si es que han cohabitado; la posible fijación de una cuota alimentaria o la fijación de una pensión compensatoria. De este modo, la legislación proyectada establece una serie de pautas a modo de regulación supletoria ante la falta de acuerdo, siendo este instrumento el que más se valora en el Proyecto, tal como acontece en la actualidad. De este modo, la regulación del convenio regulador no es otra cosa que la incorporación expresa al texto proyectado de una práctica consolidada.

Si bien el Proyecto permite dos causas fuente en materia de legitimación en el divorcio, la bilateral es vista con mayor bondad. Se la considera la más beneficiosa porque reconoce el trabajo previo de los cónyuges (después ex cónyuges, tras la correspondiente sentencia) y sus letrados (dos o uno según las reglas procesales del ámbito local en el que tramita el proceso) en arribar a un acuerdo sobre todos o la mayor cantidad de aspectos que trae consigo la ruptura del matrimonio.

El Proyecto reconoce que los jueces, personas que los cónyuges por lo general no conocen hasta ese momento —y por ende, es un tercero totalmente ajeno a ellos— no debe pretender indagar ni en las causas o las razones por las cuales pretenden divorciarse, ni tampoco y, en principio, en cómo dirimen sus diferencias, expectativas o deseos en torno a los efectos derivados del divorcio. En principio, son los mismos cónyuges quienes deben debatir entre ellos, con su correspondiente asesoramiento legal, estos temas y arribar a un acuerdo.⁽⁵⁰⁾ De ahí, que no solo el Proyecto deroga las causales de divorcio sino también, este papel poco realista de los jueces como personas hábiles para “reconciliarlas” a través de una o dos audiencias, como máximo, como establece el art. 236 del Código Civil. Este papel que la ley le otorga a los jueces es muy criticado, a tal punto que en la práctica ya está perdiendo virtualidad al entenderse, con acierto, que ello constituye una clara injerencia estatal que sobrepone el orden público, y un supuesto y falaz consecuente interés social, por sobre la voluntad e interés de los principales protagonistas, los cónyuges.

El Proyecto introduce modificaciones sustanciales en materia de divorcio, a tal punto que reconceptualiza el rol de los jueces en este tipo de procesos. Desde una visión realista, no siempre los cónyuges se encuentran en el mismo plano o nivel de conocimiento, información y momento anímico y afectivo. Es por ello que el Proyecto otorga a los jueces el deber de controlar o verificar los convenios reguladores que no perjudiquen, principalmente, los intereses de los integrantes del grupo familiar (conf. art. 438 última parte).

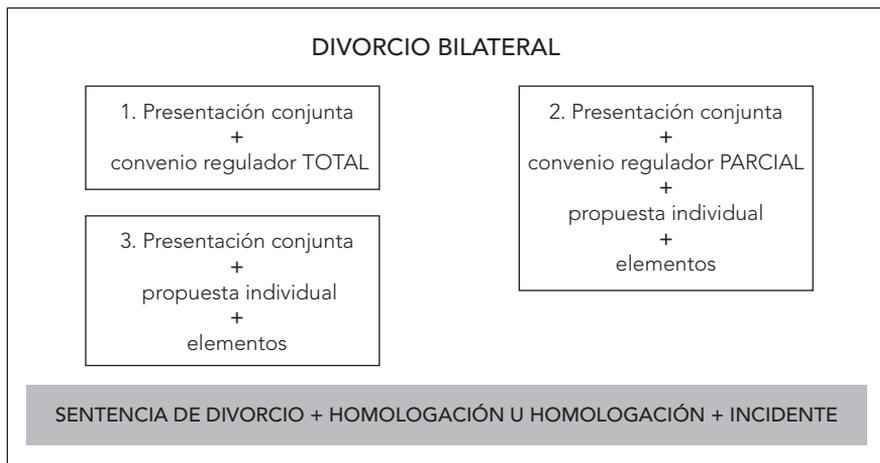
Si bien en la norma se destaca que este límite funciona a modo de pauta o principio que los jueces deben tener en cuenta para rechazar o no homologar un convenio, o algunas estipulaciones en particular —como regula el art. 236

(50) Sobre este punto, se recomienda leer una obra muy interesante que revaloriza más aún el rol de los propios cónyuges en el proceso —no sólo judicial— de su divorcio: CÁRDENAS, EDUARDO J., *El cliente negocio y el abogado lo asesora: una variante poco usada en los conflictos de familia*, Bs. As., Lumen Humanitas, 2005.

del Código Civil aún vigente—, lo cierto es que desde una necesaria perspectiva sistémica e integral, es claro que hay otros límites que los jueces deben verificar, como el respeto por los principios generales enunciados en los arts. 9, 10 y 12 proyectados, que se refieren a la buena fe, el abuso del derecho y el orden público.

En síntesis, el panorama de las diferentes posibilidades que pueden darse en el marco de un divorcio bilateral puede ser observado en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 2: DIVORCIO BILATERAL



3.8. Las transiciones en las “Disposiciones transitorias”

3.8.1. De la separación personal al divorcio

El Proyecto resuelve de manera expresa dentro del título referido a “Normas complementarias” qué sucederá con los supuestos de separación personal cuando entre en vigencia la reforma que deroga esta figura. Al respecto, el art. 8 dispone:

“En los supuestos en los que al momento de entrada en vigencia de esta ley se hubiese decretado la separación personal, cualquiera de los que fueron cónyuges puede solicitar la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular. Si la conversión se solicita de común acuerdo, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio de cualquiera de los que peticionan, a su opción; se resuelve,

sin trámite alguno, con la homologación de la petición. Si se solicita unilateralmente, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio del ex cónyuge que no peticiona la conversión; el juez decide previa vista por tres días. La resolución de conversión debe anotarse en el registro que tomó nota de la separación”.

La reforma prevé, de manera excepcional y sólo de manera transitoria, un proceso judicial de conversión en el que se pueda peticionar, de manera conjunta o unilateral que la sentencia de separación personal dictada bajo el régimen anterior pueda ser convertida en divorcio a secas, o sea, en divorcio que produce la ruptura del vínculo matrimonial y la consecuente readquisición de la aptitud nupcial.

Se trata de un proceso judicial expeditivo, sencillo y flexible, el que no necesita el paso de un lapso de tiempo determinado para que los cónyuges separados personalmente puedan, de manera conjunta o individualmente, peticionar la conversión de una institución que deroga el nuevo Código Civil a otra figura, la única que se prevé ante la ruptura del proyecto de vida en común.

Más allá de ser un trámite judicial sin ninguna complejidad, lo cierto es que se diferencia si se trata de una petición de conversión conjunta o unilateral. Para el supuesto de ser conjunta, simplemente el juez debe sin más trámite —así lo señala el texto— dictar la pertinente homologación del pedido de conversión y librarse el correspondiente oficio para su inscripción en el registro civil.

En cambio, si es unilateral se le debe dar traslado al otro cónyuge para que el juez decrete en un plazo breve —de tres días— la conversión. Aunque la petición sea unilateral, no puede controvertirse ni el otro cónyuge impedir la conversión por aplicación del principio de libertad y el derecho a readquirir la reaptitud nupcial que implica, de por sí, el derecho a contraer matrimonio con otra persona cuando así lo desee. Por lo tanto, sea la petición conjunta o unilateral, no se puede obstaculizar de ningún modo la correspondiente declaración judicial de conversión.

3.8.2. Del divorcio subjetivo al divorcio incausado

¿Qué sucede si durante el trámite judicial en el que se dirime un divorcio controvertido o contradictorio en el que se debaten causales cul-

pables, entra en vigencia el Proyecto convertido en nuevo Código Civil que deroga el régimen subjetivo? Esta disyuntiva no está expresamente prevista en el Proyecto ya que el conflicto no amerita una aplicación especial o diferente al régimen general.⁽⁵¹⁾ ¿Qué acontece con todos los conflictos jurídicos en los que en medio de un proceso se pone en vigencia una nueva legislación? Se aplica el principio general previsto en el art. 7: la aplicación de la ley nueva a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes.

Por lo tanto, en medio de un proceso judicial sin sentencia judicial firme —por ende, sin haber derechos adquiridos— se debe aplicar la nueva ley, siendo entonces imposible que el juez decrete el divorcio por culpa de uno o ambos cónyuges, y debiendo readaptar el proceso en el estadio en que se encuentre a las reglas que prevé el Código Civil en materia de divorcio —que, como recepta un único sistema, lo será al de divorcio incausado—.

Esta misma interpretación cabe para aquellos casos en los que, al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil se encontraban a estudio en la Alzada. Al tratarse de una sentencia sujeta a revisión —ergo, no siendo firme— tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y, por ende, debe aplicarse la nueva normativa.

4. Se baja el telón

Como se puede concluir de todo lo expresado a lo largo de este trabajo, el Proyecto de Reforma introduce —en buena hora— varias modificaciones sustanciales en materia divorcio y, por efecto transitorio, también en lo relativo a los derechos-deberes personales derivados del matrimonio, a los fines de defender y así lograr una normativa coherente en la materia. Esta coherencia habría sufrido algunos embates en la versión sancionada por la Cámara de Senadores. La última palabra aún no está dicha.

Es sabido que los principales cambios, incorporaciones y derogaciones que observa el Proyecto de Reforma en el campo del derecho de familia, se fundan en la obligada perspectiva constitucional-convencional. El

(51) Es por ello que se considera que las críticas o miedos expresados por Medina son infundados (ver MEDINA, GRACIELA, "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", en LL 2012-E, 1302).

derecho matrimonial, en particular en lo relativo al divorcio, no podía quedar aislado de esta especie de huracán que ha venido a interpelar todo el régimen jurídico a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos.

En este contexto, los principios de libertad, autonomía personal y desarrollo de la personalidad, se encuentran plenamente satisfechos en la regulación proyectada, tal como lo vienen poniendo en crisis voces doctrinarias y jurisprudenciales cada vez más consolidadas. ¿Acaso la declaración de inconstitucionalidad de normas sobre divorcio en el Código Civil aún vigente no es una conducta ya habitual en la práctica tribunalicia?

Las buenas relaciones humanas son aquéllas que se generan, sostienen y consolidan por la actividad de sus propios protagonistas. Esto mismo acontece con el matrimonio y su ruptura. Si un matrimonio constituye un acto de trascendencia que, para configurarse, necesita no solo ser celebrado sino también sostenido y enriquecido por la voluntad de dos personas, es dable comprender que si una de ellas no desea continuar con el vínculo afectivo, tal unión no puede ser mantenida por imperio de la ley. ¿Qué régimen jurídico puede estar a tono con esta afirmación incontrastable? El divorcio incausado; el que recepta el Proyecto de Reforma.

El Anteproyecto explicita de manera clara y precisa en sus Fundamentos, la razón por la cual se introducen modificaciones radicales en el régimen de divorcio, el que va de un sistema causado (subjetivo/objetivo) a uno incausado. Al respecto, se asevera que

“El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional; prueba de ello son diversas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil por atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial. El Anteproyecto amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio. La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregonan la doctrina internacional de los derechos humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, con-

secuentemente, la injerencia estatal tiene límites. Por eso, se introducen modificaciones de diversa índole 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 conclusión pueda realizarse en términos pacíficos, mediante la ayuda de la interdisciplina, la mediación, la especialidad, entre otras, que han colaborado a que las personas entiendan que un buen divorcio contribuye a la paz familiar y social”.

Esta postura legislativa que adopta el Proyecto se inspira en principios de derechos humanos debidamente receptados en el llamado “bloque de la constitucionalidad federal”, conocidos como el fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado”, uno de los pilares o cimientos sobre los cuales se construye la Reforma. El principio de libertad, autonomía y desarrollo de la personalidad, con solidaridad y responsabilidad, es el equilibrio que campea todo el régimen jurídico en las relaciones de familia, que es dable de ser observado de manera elocuente en el ámbito del derecho matrimonial y, en especial, en el régimen del divorcio y sus efectos.

El Proyecto no desconoce la relevancia del matrimonio, la intención de la gran mayoría de las parejas que esta decisión se mantenga y sostenga en el tiempo y que el proyecto de vida en común se afiance; pero todos estos deseos o valores no son jurídicos, sino axiológicos y deben quedar alejados de un texto normativo. Máxime, en una sociedad como la actual que es tan compleja y en la que conviven diferentes modelos de vivir las relaciones humanas —transformaciones que, como no puede ser de otro modo, incluyen también a los vínculos familiares—.

Ni el Código Civil actual ni el proyectado obliga a las parejas a divorciarse: eso estaría en abierta violación a la reiterada libertad que pregona el art. 19 y tantos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ellas puedan durar todo el tiempo que ambos cónyuges decidan. Sucede que, de conformidad con la noción de pluralidad, algunas parejas matrimoniales se separan al poco tiempo de la celebración de las nupcias y éstas también necesitan una solución legal a su problema. Más aún, como han sostenido algunas voces jurisprudenciales y doctrinarias, y la Reforma comparte, la ley no puede mantener el vínculo matrimonial que los principales protagonistas no desean continuar; de este modo, no se puede

receptar un régimen jurídico que, en nombre de una supuesta protección de un interés social en abstracto, viole el derecho a la libertad y autonomía en concreto de un matrimonio que ya no quiere ser tal.

Una vez más, autonomía con solidaridad y responsabilidad son los pilares constitucionales-internacionales sobre los cuales se edifica el régimen en materia de divorcio; una estructura sólida y coherente la que proponía el Anteproyecto y que la media sanción en Senadores ha pretendido desestabilizar. Aún resta la mitad del camino para animarse a preguntar y responder cuál es el miedo que se le tiene a la libertad cuando de matrimonio y divorcio se trata.



