

**El nuevo proceso de Divorcio  
Advertencia sobre el protagonismo residual de la Mediación**

*Por Paula Eugenia Porzio*

**SUMARIO: 1.-Breve historia del proceso de Divorcio.-2.- El nuevo proceso de Divorcio.-3.-El nuevo articulado y sus consecuencias sobre la Mediación Previa.-4.-Propuesta Interpretativa.-**

**1-Breve historia del proceso de Divorcio.-**

La nueva codificación, parte de costumbres diferentes a las que nutrieron las concepciones de la institución matrimonial del código de Vélez. Si bien hubo un importante hito en el quiebre religioso al instituirse la ley de matrimonio civil 2393 sancionada el 2 de Noviembre de 1888, y los posteriores avances que trajo el dinamismo del derecho del que fue sabio receptor el Poder Judicial, ante el dictado del emblemático caso SEJEAN, promotor de la derogación de la ley 13.944, y la sanción posterior de la ley 23.515.-

Incluso hasta en esta última legislación, lucía el Estado, aún, un férreo control en la disolución del matrimonio, pese a que con la ley 23.515, ya estaba normada la posibilidad de los cónyuges de obtener la disolución del vínculo matrimonial y renovar su aptitud nupcial.-

Sin embargo, 30 años de práctica tribunalicia, fue diagramando el trámite de divorcio, en una baja gradual del promovido como contradictorio, impulsándose incluso desde el hábil consejo del abogado, y luego sustentado por la política de los Tribunales, a tornar en práctica usual la conversión del divorcio contradictorio en el proceso previsto para el divorcio del artículo 215 y si su caso lo ameritaba, también en las previsiones del artículo 214, inc.2º, en cuyo caso la separación de hecho fuera mayor a tres años sin voluntad de unirse.-

De esta manera se fue diagramando, un enfoque práctico, en la búsqueda de aliviar los costos emocionales, que un proceso de esa naturaleza podría provocar.-

**2.- El nuevo proceso de Divorcio.-**

Ya es nota común en los comentarios de legos y abogados, que la petición de divorcio bajo el nuevo Código, no puede ser más que admitida. Es decir la petición de divorcio ya no es controvertida, sino que debe admitirse sin ninguna objeción.-

Si bien la experiencia del divorcio con la ley actual no era nota común que el mismo fuera rechazado, igual estaba sujeto al cumplimiento de la prueba que sustentara tanto la causal objetiva o subjetiva y/o ambas[1] en las que las partes basaban su petición de divorcio, y en los otros casos de divorcios por mutuo acuerdo, era recaudo especial agotar el cumplimiento de los pasos y audiencias que la norma de fondo establecía concretamente en el art.215 del CC, y que la

jurisprudencia también fue diagramando en torno al artículo 214 inc.2° de la codificación en vías de fenecer.-

Ahora con nueva numeración, el divorcio, sus causales, procedimiento y efectos, está regulado en el Libro Segundo – que versa sobre las Relaciones de Familia–Título I, Capítulo 8, secciones 1, 2 y 3 respectivamente.-

Iniciando en la sección primera con el artículo 435 las causales por las que puede producirse la disolución del matrimonio.-

Es así entonces que las variables introducidas por la norma cuya vigencia data a partir del 1° de Agosto de 2015, recogen en alguna medida los avances y el pulimiento de los obstáculos que la anterior normativa habían diseñado para que el divorcio fuera más traumático, en una errónea concepción de que el mismo debía sortear caminos que impusieran una ficticia reflexión, antes de poner fin al lazo conyugal.-

Me atrevo a afirmar que la actual legislación no rescata prácticamente nada de las previsiones de las leyes que le antecedieron, incluso eliminó la figura de la separación personal, dejando ahora a aquellos que no comulgaban con la idea del divorcio por sus férreas concepciones religiosas, o de otra índole, en un marco de cierto desamparo.-

Es decir, terminó de encuadrar al matrimonio en una institución de alto contenido conservador y de Orden Público, probablemente por ser un sacramento de orden religioso, e importó una nueva concepción legal, donde la cuestión matrimonial ahora no me atrevo a afirmar que revista tal carácter. La ley lo presenta como un paso menor sin grandes cuidados, donde los tribunales siguen arrogándose el imperio para inexorablemente definir por sentencia, como una suerte de acto administrativo, la petición de los interesados en disolver ya su estado civil de casados, para tornarse en divorciados.-

Se dice entonces que en el nuevo sistema de codificación subsisten, los deberes de cooperación, convivencia, fidelidad, asistencia mutua y alimentos. Y prevé para ello un aspecto procesal, para llevar adelante el trámite del divorcio, en el que se han eliminado toda suerte de causales, y plazos de espera, introduciéndose la figura de la compensación económica para el cónyuge más perjudicado por el fin del matrimonio.-

Las modalidades y efectos de la petición de divorcio son reguladas específicamente por los artículos 437 y 438 de la nueva codificación.- Donde se autoriza a su solicitud en forma individual o en forma conjunta.-

A su vez toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.-

Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del

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

### **3.-El nuevo articulado y sus consecuencias sobre la Mediación Previa.-**

Tal como se ha visto en otros artículos[2], este nuevo Código tiene una deficiente técnica legislativa, al superponer legislación de fondo en cuestiones que resultan de competencia exclusiva de las legislaciones locales.-

En estos artículos que se citan precedentemente, existe nuevamente una injerencia en materia exclusivamente procedimental, que ha alterado de forma significativa, la nueva ley de Mediación.-

Ha incurrido en una oscuridad sobre la materia de aquellas cuestiones de familia que día a día eran sometidas a los Mediadores, como inteligente solución del conflicto, y aliviaban la tarea de los tribunales, que en razón de la experiencia ganada durante estos últimos 20 años de aplicación del Instituto, demostró tener un excelente resultado en aquellas cuestiones cuyo objeto estuviera vinculado a las relaciones de Familia.-

De acuerdo entonces a la actual redacción, la Mediación pasaría a tener un ámbito de actividad residual.-

Veamos el porqué: Si bien se puede argumentar, que las partes, en el marco del proceso de divorcio por mutuo acuerdo, en la anterior redacción podían concurrir ya a los tribunales con una propuesta de convenio que regulara el tema de alimentos, tenencia, régimen de visitas, y anticipo de la división de la sociedad conyugal, sin haberse sometido al trámite previo de Mediación, no es menos cierto, y es importante de destacar que la Mediación, como procedimiento previo, que se iniciaba con cuestiones íntimamente conectadas a la familia como ser Alimentos, Tenencia, Régimen de Visitas, daba lugar a una resolución general de la conflictiva familiar -que muchas veces-provocaba la presentación conjunta de la petición de Divorcio con el acuerdo sobre esos temas ya pautado.-

Según la nueva redacción esto ya no será así. Cualquiera de las partes, puede iniciar el divorcio con una petición extracontenciosa unilateral, que acompaña como requisito de admisibilidad la propuesta regulatoria, que deberá sustanciarse con la otra parte, la que puede o no estar de acuerdo y fijar otras pautas.-

Nótese que en la práctica, esta discusión sobre el alcance de la propuesta regulatoria, se hace en el marco del proceso, y es sometida a decisión judicial. Aquí el Juez, tiene facultades incluso de ordenar la inclusión de ciertos puntos que las partes no quisieron hacer desde un principio. Y los convoca nuevamente a una audiencia para resolver los diferendos.-

Si allí estas diferencias no se resuelven, entonces dicta sentencia de divorcio, y las cuestiones referidas a las propuestas regulatorias seguirán su marcha según la legislación local.-

Es decir que en el supuesto más remoto, luego de que se ha operado con el conflicto, desde la

incursión de los Tribunales, si allí no hay acuerdo, se remite el conflicto a Mediación, por imperio de la ley local.-

Es decir que el tratamiento del conflicto familiar, en este nuevo Código, parecería reeditar cuestiones históricas, al provocar una recarga de los tribunales, perdiendo la utilidad que demuestra la Mediación en la construcción de la Paz social.-

Se constituye al Juez, en un director del proceso, que incluso puede adentrarse en la intimidad de las partes, al exigirle el planteo de ciertos temas que las mismas no han querido resolver en esa instancia.-

Pero además en la práctica, ¿quién será el que tome la audiencia? El principio de inmediación no es el fuerte en el día a día del tribunal. La experiencia ha demostrado, que difícilmente los jueces estén presentes en las audiencias, incluso la preliminar que por ley tiene la obligación de presenciar[3].-

Aquí en el marco de la discusión familiar, seguramente va a ser llevada a cabo a través de un audiencista, con una nula preparación en el manejo de las emociones, de la comunicación, etc, como sí tiene dichas herramientas un Mediador de Familia, quien en el caso incluso, ha tenido una preparación especial en materia de Mediación Familiar, como así lo exige la ley de Mediación, 26.589.-

El marco legal, ha borrado la posibilidad de que el justiciable, pueda pedir solamente que se decrete el divorcio. Se le exige además expresarse también respecto de sus efectos (propuestas regulatorias). ¿La causa? Algún interés recaudatorio frente a la tasa de justicia, como se puede escuchar desde algunas voces de la doctrina.-

La ley interviene, de una manera caprichosa, pues por un lado facilita el divorcio como mero cambio de estado civil, pero impone otras cuestiones, sin una clara finalidad.-

Esta forma irrazonable que ha establecido la legislación, choca concretamente con las disposiciones del artículo 5º inc. b) de la ley 26.589, en la que la norma obliga concretamente al Juez a derivar a Mediación, los temas patrimoniales.-

#### **4.- Propuesta Interpretativa.-**

Como ha quedado expuesto en el análisis anterior, la deficiente técnica legislativa empleada para enmarcar desde el derecho de fondo los presupuestos procesales del divorcio, ha dejado varias cuestiones dudosas, que merecen un exhaustivo análisis con participación de varios actores sociales involucrados.-

Ciertamente, existe una colisión entre las previsiones del artículo 5º inc.b) de la ley 26589 de Mediación, y las directivas legales que impone el artículo 438 del CCyC, en las que claramente la Mediación parecería ser diferida a una intervención residual, tergiversando su implementación y 20 años ininterrumpidos de logros en el marco de los RAD.-

Como propuesta de este trabajo, se propone alertar sobre esta cuestión a la incumbencia profesional de Abogados Mediadores, a los fines de que exhorten a proteger la matrícula de prácticas atentatorias a la profesión, ya sea a través de los canales constituidos por las organizaciones intermedias, y mismo frente a la Autoridad de Aplicación.-

Y sería imprescindible establecer como interpretación general de la norma citada del artículo 438 del CCyC: -Que el Juez-, en el marco de las peticiones extracontenciosas unilaterales del proceso de divorcio, deba como medida previa, derivar a Mediación, las propuestas regulatorias de contenido patrimonial, antes de fijar la audiencia prevista en el mismo articulado, a los fines de aliviar la congestión de los tribunales, y propender al trabajo en Mediación de las cuestiones familiares que podrían suscitarse en el marco del nuevo proceso de divorcio.-

[1] Como podía suceder con la “reconventio -reconventionis”.-

[2]PORZIO, Paula Eugenia “El Nuevo Código Civil yComercial de la República Argentina, persistencia de una deficiente técnica legislativa en materia de costas” cita (elDial.com - DC1F0F) .-

[3]LEGUISAMON, Héctor E. y PORZIO, Paula E. “La audiencia preliminar en el ámbito de la Capital Federal de la República Argentina”(elDial.com - DCAFB)

Citar: elDial DC1FA9

Publicado el: 24/08/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina