

El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil

6 septiembre 2012 por [Ed. Microjuris.com Argentina 1 Comentario](#)

Título: El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil

Autor: Duprat, Carolina

Fecha: 17-ago-2012

Cita: MJ-DOC-5924-AR | MJD5924

Sumario:

I. Introducción. II. La evolución hacia los cambios proyectados para el divorcio. III. El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil. IV. Conclusión.

Doctrina:

Por Carolina Duprat (*)

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas introducidas en el ámbito del derecho de familia tanto en nuestro país como en la legislación comparada han tenido como marco de referencia el cambio y la evolución de la familia en los últimos años. Estos cambios se refieren a las nuevas formas de constitución de las mismas, así como a las formas de resolver las crisis frente a la ruptura, apuntando principalmente a las consecuencias en lugar de las causas.

Como consecuencia de la variación de los conceptos que tenían su origen en la antigua manera de percibir el vínculo conyugal, la legislación de nuestro país no da respuesta satisfactoria a los conflictos matrimoniales actuales.

A partir de este cambio y tomando en consideración los principios constitucionales, se ha puesto en crisis la regulación del divorcio en cuanto obliga a los esposos a someterse a reglas rigurosas. En este sentido se hace evidente la tensión entre la autonomía de la voluntad y el orden público.

El Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación (1) ha adecuado el trámite del divorcio a la realidad, con el objetivo importantísimo de brindar una solución pacífica a los conflictos matrimoniales. En las normas proyectadas se han receptado los enormes cambios socioculturales producidos en nuestro país desde el dictado de la Ley 23.515 , que introdujo el divorcio vincular en la Argentina.

El eje central de la reforma es el cambio cultural sobre la base de la consagración de los derechos humanos y la incorporación de los instrumentos del derecho internacional, que tienen su destinatario principal en la persona. El interés familiar se va desdibujando hacia el interés de los miembros que componen la familia atento a que la misma ha pasado de ser una institución a una entidad libremente elegida por sus miembros y cuya base es el afecto. La perdurabilidad de esta realidad afectiva es la que legitima la relación, por lo que es preferible eliminar las trabas para terminar con el matrimonio cuando el mismo ya no se sostiene en base a ese sentimiento.

En virtud del avance de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia y tomando en cuenta el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia respecto al principio del art. 19 de la Constitución Nacional, el proyecto de reforma consagra un sistema de divorcio que respeta la libertad y la intimidad de los esposos, donde la injerencia estatal tiene límites precisos. Las modificaciones proyectadas tienen por fin lograr un mejor y mayor equilibrio en la tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, específicamente al momento de la ruptura del matrimonio, para que pueda realizarse de modo pacífico y menos traumático.

II. LA EVOLUCIÓN HACIA LOS CAMBIOS PROYECTADOS PARA EL DIVORCIO

El derecho de familia actual se enfrenta a nuevos enfoques principalmente por los cambios rotundos que ha tenido el matrimonio.

A nivel mundial, se advierte la tendencia a garantizar la libertad de cada uno de los esposos eliminando las causales subjetivas para acceder al divorcio, a lo que se suma la presencia de nuevas alternativas para la solución de conflictos en materia familiar, con base en el diálogo y el acuerdo.

Cambia el mundo, cambia la familia, se impone el cambio de la legislación. Es amplia la doctrina y la jurisprudencia que han recogido esta evolución, «que no es ni más ni menos que reconocer que las relaciones de familia se sostienen por el afecto y una vez desaparecido este la coerción al cumplimiento de deberes bajo el temor de una sanción no es el mejor camino» (2).

Así, se ha puesto en crisis el sistema inculpatario que mantiene nuestro Código Civil y, en este camino, un sector de la jurisprudencia ha aplicado un criterio restrictivo para la admisión de las causas culpables de divorcio.

Respecto de las causales objetivas y con el fin de adecuar el sistema legal a la realidad de los conflictos matrimoniales, se ha planteado la inconstitucionalidad de los plazos para configurar la separación de hecho que habilita el pedido de separación personal o divorcio vincular, como así también el tiempo mínimo de matrimonio requerido por las normas para el trámite del divorcio-

remedio por mutuo consentimiento, previsto en los arts. 215 y 236 del Código Civil. Se ha criticado el trámite de la doble audiencia establecido para este tipo de divorcio, cuestionando el papel del juez en su rol de investigador de las causas y de reconciliador de los esposos. Asimismo, se ha cuestionado la utilidad de seguir manteniendo la doble figura de la separación personal y el divorcio vincular.

Todo este avance ha sido recogido en las normas proyectadas respecto al divorcio.

1. Se deroga la figura de separación personal

Se ha planteado el interrogante de continuar o no con la regulación de ambas figuras, separación personal y divorcio vincular.

Aunque en la gran mayoría de la legislación comparada de Sudamérica se mantiene la separación personal como solución autónoma al divorcio, (3) se optó por no regularla.

El fundamento de la no regulación es que en la realidad actual no existen los motivos que llevaron al legislador a receptar ambas instituciones en el Código Civil. Recordemos que la Ley 23.515 introdujo por primera vez el divorcio vincular en la Argentina y la regulación de la figura de la separación personal junto con el divorcio fue para darle el derecho a quienes -por un tema religioso u objeción de conciencia- no quisieran disolver el vínculo matrimonial.

Por otra parte, lo que ocurre en la práctica judicial es que la separación personal es usada casi exclusivamente por quienes no alcanzan el plazo establecido para pedir el divorcio vincular (tres años de matrimonio y dos años para la separación personal), y no por una objeción de conciencia. Téngase presente que, en cualquier caso y transcurrido el plazo de un año si el pedido es conjunto o de tres años si el pedido es unilateral desde el dictado de la sentencia de separación personal, puede solicitarse la conversión en divorcio vincular.

Por estos motivos, en el Proyecto se regula solo el divorcio vincular y se deroga la figura de la separación personal (4).

2. Se suprimen las causales subjetivas

En el proyecto se regula un solo tipo de divorcio «incausado».

Se suprimen las causales subjetivas establecidas actualmente en el art. 202 del Código Civil.

Existen numerosas razones que denotan lo pernicioso de la atribución de culpas en un divorcio, cuestión sobre la que se han explayado la doctrina y también la jurisprudencia.

Una de ellas es la dificultad probatoria que en el ámbito de un proceso judicial tiene el juez para desentrañar los verdaderos motivos del quiebre matrimonial. No es posible conocer realmente qué es lo que ha ocurrido en la intimidad del hogar, y si se decreta la culpabilidad de uno, nunca se sabrá si fue ese solo el verdadero culpable o se han sucedido otros conflictos que no han podido acreditarse en el pleito (5).

Por otra parte, también se puede afirmar, a la luz de los estudios interdisciplinarios, que no existe un culpable y un inocente, sino que en general ambos han contribuido -antes o después y en menor o mayor medida- a la crisis matrimonial, atento a la complejidad de las relaciones humanas (6).

También debe considerarse que el divorcio culpable siempre genera consecuencias gravosas al grupo familiar, que impactan directamente en los hijos. Así se ha considerado que «la determinación de un “culpable” en los divorcios es capaz de desestructurar a los hijos y de ocasionarles pérdidas de autoestima y confianza. La culpa es, pues, una fuente de exclusión del núcleo familiar y constituye -como con acierto lo precisó Dolto- un veneno que se destila en el corazón del niño y que, consecuentemente, impulsa al cónyuge a fracasar como padre. No es casual, por ende, que a este tipo de divorcios se los haya calificado -por la más autorizada doctrina psicológica y psicoanalítica- como de naturaleza maligna y destructiva» (7).

Y no solo se advierten las consecuencias perjudiciales de los divorcios destructivos en la relación padres e hijos, sino que también se expanden a otras relaciones familiares como es el vínculo entre abuelos y nietos (8).

La consagración de un divorcio sin atribución de culpas se condice con el respeto y con la satisfacción de los derechos humanos de los cónyuges y los demás miembros del grupo familiar como son: el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, el derecho a la vida familiar de manera pacífica y el derecho de los hijos a mantener relaciones con ambos padres tras la ruptura de la pareja, entre otros.

Estos conceptos que hemos analizado respecto a la crisis del sistema inculpatorio también han impactado en un sector de la jurisprudencia, y así se han dictado fallos en donde se «relativizan» o «flexibilizan» las causales subjetivas de divorcio.

Algunos ejemplos de ello son:

a) La inversión de la carga de la prueba en la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal

La doctrina tradicional ha considerado que el solo alejamiento de uno de los cónyuges del hogar conyugal genera la presunción de voluntariedad y malicia. En consecuencia, el cónyuge que se aleja es culpable de haber incurrido en la causal de abandono del hogar, salvo que pruebe que existieron motivos que justifican el alejamiento.

En una franca evolución de la tradicional interpretación de esta causal, se ha establecido que la misma no se configura solo con el alejamiento y que es quien sostiene su inocencia e imputa la causal el que debe probar que el alejamiento es injustificado, invirtiendo la tradicional carga de la prueba en este tema. En este sentido, la Cámara de Apelaciones 1ª Nominación de Río Cuarto ha resuelto el 16.6.10 que, cuando uno de los cónyuges se retira del hogar conyugal, se presupone la causación conjunta de ambos esposos en la ruptura de la unión, por lo que corresponderá al cónyuge inocente demostrar la culpabilidad del otro si pretende sostener su inocencia o, en otras palabras, probar que la separación fue causada exclusivamente por el otro (9).

También se ha flexibilizado la consideración del «motivo justificante» del alejamiento desde la consideración de que el mismo debe ser un motivo «muy grave», que configure una de las causales de divorcio previstas en el art.202 del Código Civil, hasta la consideración de «otras causas» como la separación de hecho o el desquicio matrimonial.

Es decir, aun sosteniendo que el simple alejamiento genera la presunción de voluntariedad y malicia y que quien se aleja deberá probar que tenía una causa justificante, se flexibiliza también la consideración e interpretación de dicha causa. La Sala G de la Cámara Nacional Civil ha resuelto que el retiro es justificado cuando existía un deterioro evidente de la relación matrimonial y que no corresponde considerar que uno de ellos incurrió en la causal de abandono por el solo hecho de alejarse del hogar conyugal (10). El desquicio matrimonial justifica el alejamiento de uno de los esposos, por lo que no resulta necesario probar una causal de divorcio sino solo el deterioro del matrimonio (11).

También se ha resuelto que no corresponde imputar la causal de abandono del hogar «cuando existe una separación de hecho de común acuerdo, aunque no sea convenida, sino aceptada tácitamente por los cónyuges durante un lapso» (12).

La Cámara Nacional Civil, Sala B, 20/05/2008, en autos “C. C. C. c/ R. B. L. s/ divorcio” ha interpretado que «el hecho del alejamiento del hogar conyugal no puede generar automáticamente la presunción hominis [...] relativa a la voluntariedad y al carácter malicioso de tal alejamiento». Tal presunción «solo ha de funcionar en un ámbito sumamente restringido; esto es, que su eficacia

quedará limitada a los supuestos en que de las actuaciones se desprenda sin hesitación que el retiro del hogar por el cónyuge aparezca a todas luces como irrazonable».

La jurisprudencia analizada ha reinterpretado la causal de abandono del hogar, desvinculándola de la presunción de voluntariedad y malicia. Se consideran causas justificantes del retiro el consentimiento expreso, el consentimiento tácito derivado de la inacción de los esposos y el silencio del cónyuge que quedó en el hogar, así como el desquicio matrimonial. Asimismo se invierte la carga de la prueba: quien alega la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar deberá probar, además de la circunstancia fáctica del alejamiento, que el mismo resulta «irrazonable» o «injustificado», ya que no se presume que el retiro del hogar sea -por sí mismo- causal de divorcio.

b) Configuración excepcional de la causal de adulterio

También respecto a la interpretación de la causal de adulterio, el Dr. Mizrahi en su voto en la causa “M. H. A. y L. M. C.” ha considerado que no es exigible el deber de fidelidad durante la separación de hecho y que aun en el caso en que se haya acreditado que uno de los esposos ha mantenido relaciones extramatrimoniales con otra persona durante la convivencia matrimonial, deberá evaluarse también si de la conducta del otro cónyuge no surge un consentimiento o comportamiento abdicativo que pudo haber llevado a su consorte a dicha actitud (13).

En este fallo, y poniendo en crisis la idea de «culpa», se ha modificado el criterio tradicional que sostenía que el adulterio se configura con la sola acreditación de que uno de los esposos ha mantenido una o más relaciones sexuales con persona distinta de su cónyuge, sino que estima que en cualquier caso es imprescindible evaluar la conducta del otro esposo que imputa el adulterio.

c) La cesación del deber de fidelidad durante la separación de hecho

Tradicionalmente han existido dos posiciones: los que consideran que los deberes matrimoniales establecidos en el art. 198 del Código Civil se mantienen inalterables hasta tanto se dicte la sentencia de divorcio; y quienes consideran que durante la separación de hecho no es exigible el deber de fidelidad.

Los argumentos jurídicos del primer grupo se refieren a la indisponibilidad de los deberes matrimoniales, que impide que los esposos acuerden la dispensa de los mismos por ser estos de orden público. Estiman que una interpretación judicial que ignora la vigencia del art. 198 hasta la sentencia de divorcio es contra legem. Ni siquiera la separación personal decretada judicialmente releva a los esposos de los deberes matrimoniales, entendiendo que es por este motivo que el

Código Civil establece las consecuencias de la infidelidad luego de la separación personal (por injurias graves o concubinato), que son: cese de la atribución del hogar conyugal (art. 210), cese de alimentos (art. 218) y cese de la vocación hereditaria (art. 3574 , párr. 3º). Si estas son las consecuencias de la infracción al deber de fidelidad aun luego del dictado de la sentencia de separación personal, estiman que resulta obvio que deben mantenerse los deberes durante la separación de hecho.

Por otra parte se encuentran quienes consideran que, una vez separados los esposos, no es exigible el deber de fidelidad. Dentro de este grupo, hay quienes entienden que el cese es automático con la separación y quienes consideran que debe haber transcurrido un plazo «razonable» o bien un plazo de «dos o tres años» (que coincide con los plazos previstos en la legislación para solicitar la separación personal o el divorcio vincular por falta de convivencia).

El primer antecedente jurisprudencial respecto de este tema fue el de la Cámara Nacional Civil, Sala M, del 12.04.92, que estableció que luego de la interrupción de la cohabitación pactada, el deber de fidelidad se relativiza (14).

A partir de este momento hubo un enorme desarrollo por parte de la doctrina, que mayoritariamente consideró que si los cónyuges deciden la separación de hecho, se sustraen voluntariamente del cumplimiento de determinados deberes maritales como la cohabitación y el débito conyugal y, en tales circunstancias, no corresponde la imputación de causales culpables de divorcio (15).

En este mismo sentido se expidió la Suprema Corte de Mendoza: «En consecuencia exigir fidelidad sin débito se traduce en un deber de abstinencia. ¿Puede la ley argentina pretender que todas las personas separadas de hecho estén sujetas a voto de castidad? La ley está hecha para seres normales, con sus debilidades y pasiones, y no para héroes. La mínima libertad personal, la prevista constitucionalmente en la zona de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional aparecería violada si se considerara como necesario el convertirse en ermitaño o mantenerse solitario» (16).

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el fallo dictado el 6/6/2012, (17) cambió su anterior criterio (18) y estableció que no es exigible el deber de fidelidad luego de cesada convivencia, entendiendo que si los cónyuges acordaron la separación de hecho, no es invocable el adulterio posterior como causal de divorcio vincular.

En conclusión, es posible afirmar que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se verifica un retroceso en la exigibilidad de los deberes matrimoniales y, como consecuencia de ello, de las causales de divorcio, aumentando el ámbito de la autonomía de la voluntad de los esposos.

No debe descartarse asimismo que desde la experiencia judicial se advierte la poca utilización del divorcio por las causales subjetivas y que, en los pocos casos en que se elige esta vía, es por algún motivo económico (presión en la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal o respecto al reclamo de los alimentos a favor del esposo inocente), y no porque realmente exista el deseo o la necesidad de la declaración de culpabilidad, convirtiéndose en consecuencia en una ficción procesal, con el consiguiente desgaste psíquico y emocional, que impacta directamente en los hijos.

3. Cuestionamientos al divorcio sin atribución de culpas

También se han realizado objeciones constitucionales respecto al trámite de divorcio por las causales objetivas. Los planteos se han referido tanto a la configuración de la causal de separación, como asimismo a la constitucionalidad de los plazos de espera (los años de falta de convivencia para que se configure la causal objetiva, así como los años de matrimonio para el divorcio remedio).

a) Convivencia bajo el mismo techo sin vida marital

Se ha considerado cumplido el plazo de separación de hecho a pesar de que los cónyuges se encontraran viviendo en la misma casa. La CCC de San Nicolás, en un fallo del 22.3.94, dictó el primer precedente respecto de este tema, considerando que frente al «ostensible estado de separación» y al «total incumplimiento de deberes matrimoniales», se configura la causal de separación de hecho aunque los esposos sigan conviviendo bajo el mismo techo. Se consideraron en el fallo los motivos económicos que impedían tener viviendas separadas.

En definitiva, se otorga mayor relevancia al quiebre de la vida en común que a la efectiva separación.

b) Intrascendencia de que la voluntad sea unilateral o conjunta en el divorcio objetivo

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que el cese de la cohabitación no tiene que ser querido ni aceptado por ambos cónyuges, sino que es suficiente con la voluntad de uno de los esposos para configurar el tipo legal. El requisito es que exista el hecho objetivo de la separación y que por lo menos uno de ellos no tenga voluntad de unión (descartando obviamente las separaciones involuntarias) (19).

c) Inconstitucionalidad de los plazos

Existen varios precedentes jurisprudenciales que han declarado la inconstitucionalidad de los plazos previstos en la ley, tanto el plazo de matrimonio establecido para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento (art. 215 del Código Civil), (20) como el de separación de hecho para habilitar el pedido de divorcio por la causal objetiva (art. 214 inc. 2 del Código Civil), (21) como asimismo el plazo de reflexión establecido entre las dos audiencias (art.236 del Código Civil).

El argumento que se ha esgrimido a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad es la violación al art. 19 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de autonomía de la persona humana o libertad de intimidad, entendiendo que del mismo modo en que los contrayentes han tenido la libertad para decidir el momento en que contraen matrimonio, debe consagrarse esa misma libertad para disolverlo. Lo contrario supone una intromisión arbitraria en la intimidad.

Se ha considerado que las normas que disponen los plazos han devenido inconstitucionales en forma sobreviniente por haber cambiado las situaciones de hecho y jurídicas que se tuvieron en cuenta al sancionar la Ley 23.515. Este cambio se evidencia principalmente en la necesidad actual de respetar las decisiones, y es muestra de tolerancia, coherencia y madurez hacer extensiva esa libertad a la hora de poner fin al vínculo que otrora fue motivado por los afectos.

d) Cuestionamientos al trámite de divorcio-remedio

También se ha objetado constitucionalmente el trámite del divorcio-remedio previsto en el art. 236 del Código Civil, tanto por la doble audiencia, como por las atribuciones conferidas al juez investigador de las causas y conciliador de las partes, considerando que se vulneran derechos a la privacidad y libertad al someter a los cónyuges a una limitación a la autonomía de la voluntad e intromisión en su ámbito de intimidad (22).

En este sentido, se ha resuelto hacer lugar al pedido de desistimiento voluntario de las partes del ejercicio de los derechos al goce del período de reflexión y a la celebración de la segunda audiencia, «por ser ambos derechos de ejercicio facultativo para las partes y, por lo tanto, renunciables (art.19 CN)» y que el plazo entre la primera y la segunda audiencia ha sido consagrado no ya en resguardo del orden público, sino en protección del orden privado, como un derecho en favor del interés particular de los cónyuges; esto es, como un «derecho personal a la reflexión» (23).

III. EL DIVORCIO EN EL PROYECTO DE REFORMAS DE CÓDIGO CIVIL

Tomando en consideración la evolución de la doctrina y la jurisprudencia que hemos analizado, las modificaciones proyectadas se han orientado a lograr un mejor y mayor equilibrio en la tensión

entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente en la ruptura del matrimonio, para que pueda realizarse en términos pacíficos (24).

Se consagra un solo tipo de divorcio incausado.

Se suprime el doble sistema de separación personal/divorcio vincular.

Se suprimen todas las causales (subjetivas y objetivas); todos los plazos (tanto de duración del matrimonio, como de separación de hecho) y también el trámite de la doble audiencia.

El fundamento de la eliminación de las causales subjetivas se basa en la experiencia judicial, que 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.

1. Legitimación

El divorcio puede ser pedido por uno o por ambos cónyuges.

En los “Fundamentos” se expresa: «El matrimonio [se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes] y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio.[El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea]. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio» [énfasis agregado].

2. Daños y perjuicios derivados del divorcio

Los daños que pueden ser indemnizados son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan (atento a que se eliminan los deberes matrimoniales de contenido jurídico), sino en la condición de persona. Se da por terminada la conflictiva relación entre el divorcio y el derecho de daños (25).

3. El procedimiento del divorcio

El proceso del divorcio cambia profundamente, en principio porque se procura dar solución a la crisis «para el futuro» sin mirar para atrás para buscar culpables e inocentes.

Se parte de la idea de que la familia continúa a pesar de la crisis y, por eso, se obliga a las partes a acompañar, junto a la solicitud del divorcio, una propuesta que regule los efectos derivados del mismo. La omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Esta puede ser consensuada entre los esposos o bien ofrecida por uno solo de ellos. En este último caso, el otro cónyuge puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Las partes deben acompañar los elementos en que se fundan y el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Ambas propuestas van a ser evaluadas por el juez, quien convocará a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio regulador suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Es decir, que la audiencia es a los fines de determinar los efectos del divorcio, porque en cualquier caso se va a dictar la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial.

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 deberán ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

Asimismo se establece el contenido del convenio regulador, que debe incluir la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, como las cuestiones referidas al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria. Sin perjuicio de estos temas, se podrán proponer otras cuestiones de interés de los cónyuges.

4. Efectos del divorcio proyectado

Tres son los efectos que se regulan en el proyecto respecto del divorcio:

A. La compensación económica.

B. La atribución de la vivienda familiar.

C. Los alimentos.

A. Compensación económica

El fundamento de la regulación de la compensación económica es para evitar que se generen situaciones injustas cuando uno de los esposos ha dedicado su vida a la atención del hogar y al apoyo a la actividad económica del otro y, como consecuencia del quiebre del matrimonio, queda desamparado por haber invertido su tiempo en tareas no remunerativas. En este caso y como el matrimonio deja de existir, pero la familia se mantiene, es necesario que se compense este desequilibrio en una suerte de solidaridad posconyugal.

Entonces, cuando el divorcio produzca un desequilibrio manifiesto que se traduzca en un empeoramiento de la situación de uno de los esposos, siempre que tenga por causa el matrimonio y su ruptura, el cónyuge podrá solicitar se lo compense económicamente.

Esta figura ha tenido gran desarrollo en el derecho comparado y no se estructura en torno a la idea de culpa, sino que descansa en otros principios, de carácter objetivo, como ser: la solidaridad familiar, la desigualdad fáctica entre los excónyuges tras la separación y el enriquecimiento ilícito.

La compensación puede ser abonada con dinero, por intermedio de una renta, con el usufructo de uno o más bienes, o del modo que acuerden las partes o decida el juez. Puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, en una renta por plazo indeterminado (26).

Los elementos que deben tomarse en consideración para la fijación de la compensación son tres: a) desequilibrio manifiesto; b) que implique un empeoramiento de la situación económica de uno de los esposos; c) que dicho empeoramiento sea por causa del divorcio.

La podrán acordar las partes y en caso de desacuerdo la fijará el juez tomando en consideración las siguientes bases, a los efectos de su cuantificación:

- a) el estado patrimonial de cada uno al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;
- b) la dedicación a la familia y a los hijos;
- c) la edad y el estado de salud de cónyuges e hijos;
- d) la capacitación laboral y la posibilidad empleo;
- e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

f) la atribución de la vivienda familiar y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

Como se trata de lograr un equilibrio patrimonial, es imprescindible realizar un análisis comparativo de la situación de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización del matrimonio, esto significa obtener una fotografía del estado patrimonial y económico de ambos cuando se casaron y al momento del divorcio y, en caso de que exista un desequilibrio entre ellos, proceder a su recomposición. Como se ha dicho, esta compensación económica es atribuida por la ley -al margen de toda culpabilidad- al cónyuge que, luego de la sentencia de divorcio se encuentre en una situación económica desfavorable en relación con la que tiene el otro cónyuge, y la que disfrutaron durante el matrimonio. No es importante cuáles fueron las causas de la ruptura, sino cuáles son las consecuencias que el divorcio provoca. Y por ese motivo, se fija un plazo de caducidad breve para reclamarlas, de seis meses desde el dictado de la sentencia de divorcio.

B. Atribución del uso de la vivienda

Existe en el Código proyectado una protección especial a la vivienda familiar por considerar que se está frente a un derecho humano.

Como efecto del divorcio se regula la atribución del uso de la vivienda, ya sea el inmueble propio o ganancial. En caso de que no haya acuerdo entre los cónyuges, el juez va a determinar la procedencia, el plazo de duración y los efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

- a) a quién se atribuye el cuidado de los hijos;
- b) la situación económica más desventajosa;
- c) el estado de salud y la edad de los cónyuges;
- d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

Es decir, que la procedencia de la atribución de la vivienda es objetiva y se va a fijar tomando como base la necesidad, pero el modo, el plazo y la extensión de los efectos queda a criterio judicial.

Los efectos previstos en la regulación son los siguientes:

- a) renta a favor de quien debe soportar la atribución;

b) no enajenación del inmueble sin acuerdo de ambos, ni aun estando en condominio entre los esposos;

c) continuación de la locación.

Para ser oponible a terceros, se requiere la inscripción registral de la atribución.

Se establecen asimismo las causas de cese: a) cumplimiento del plazo fijado por el juez;

b) cambio de circunstancias;

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

C. Alimentos

Los alimentos posdivorcio que se regulan proceden solo en supuestos excepcionales en que uno de los esposos tenga necesidades vitales que no pueda satisfacer por sí mismo. Tienen como base el principio de solidaridad familiar. A diferencia de la regulación actual de los alimentos luego del divorcio, que se basan en la culpa (art. 207 del Código Civil), habiéndose consagrado en el proyecto un divorcio completamente objetivo, obviamente no ha sido esta la pauta para fijarlos.

La prestación alimentaria puede ser convenida por las partes y en caso de que no se acuerden, solo se establecen en dos supuestos:

a) Enfermedad grave y preexistente que impide el sustento. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a los herederos (se trata de un supuesto similar al consagrado en el actual art. 203 del CCiv).

b) Extrema necesidad (como en el supuesto del actual art. 209 del CCiv).

Tienen una duración limitada a la cantidad de años que duró el matrimonio y no son acumulables con la compensación económica.

Se establece que la obligación cesa en los siguientes supuestos: si desaparece la causa que motivó la fijación de los alimentos; si el beneficiario se casa o vive en unión convivencial o cuando el alimentante incurre en alguna causal de indignidad.

Si el convenio regulador se refiere a los alimentos, van a regir las pautas convenidas.

IV. CONCLUSIÓN

A más de 25 años de la incorporación del divorcio vincular en la Argentina, las transformaciones sociales se fueron imponiendo a las normas. «La extensión de los valores modernos de autonomía personal, de libre elección de la pareja sobre la base del amor romántico, la creciente expectativa social de dar cauce a sentimientos y afectos implican también la contracara: la libertad de cortar vínculos cuando el amor se acaba, cuando el costo personal de la convivencia conflictiva supera cierto umbral.» (27)

Las transformaciones jurídicas provocadas por el «derecho de los derechos humanos» han brindado el marco legal para favorecer un acercamiento entre derecho y realidad. El activismo judicial es una estrategia muy eficiente para lograr tal acercamiento y también para provocar los cambios normativos.

Aún hay sectores que se resisten a las modificaciones, pero indudablemente el proceso de transformación ya ha sido iniciado con rasgos de irreversibilidad.

Los cambios generan incertidumbre, pero una vez que se han producido, es necio pretender detenerlos.

(1) Por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional ingresó el 8 de junio a la Cámara de Senadores el proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, Expediente 884-PE-2012.

(2) Del voto del Dr. GENOUD en el fallo “R. I. I. c/ L. M. R. s/ divorcio” , SCBA, 6.6.2012.

(3) Por ejemplo, Uruguay, arts. 148 y ss. Cód. Civil; Brasil, arts. 1571 apdo. III, 1572 y ss. Cód. Civil; Chile, arts. 236 y ss. Ley 19.947; Paraguay, arts. 167 y ss. Cód. Civil; Perú, arts. 333 y ss. Cód. Civil; Venezuela, arts. 188 y ss. Cód. Civil, etcétera.

(4) Fundamentos: «Se deroga la figura de la separación personal por diversos motivos:

a) la separación tuvo su razón de ser en un contexto jurídico y social diferente al actual, como una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular cuando este se incorporó de manera autónoma al derecho argentino después de años de matrimonio indisoluble.

b) Su escasa aplicación práctica: en los hechos, cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por no haberse cumplido el plazo mínimo desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para petitionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral».

(5) MIZRAHI, Mauricio, Hacia una reforma de la ley de divorcio, en RDF N. 52, ed. Abeledo Perrot, noviembre de 2011.

(6) «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» (ver la obra "Sistema de derecho civil", vol. IV, p. 147, ed. Tecnos, Madrid, 1986). La realidad es, en síntesis, que el juez no podrá conocer lo que ha sucedido en la intimidad del hogar (ver CNCiv, Sala F, 13-11-1986, JA. 1988-I-301; BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., "Manual de derecho de familia", p. 333, Astrea, 6 edición, 2005). Es por eso que Borda -magistralmente- se interrogaba acerca de quién es el culpable de la ruptura matrimonial, si el que comete el adulterio o abandona el hogar, o el otro cónyuge que con su frialdad y su desamor ha provocado aquella reacción; y remataba «Debajo de la superficie, oculta a los ojos del juez, no expresada (y no expresable) en las fojas del expediente, está la gran masa de pequeños hechos que son la verdadera causa del divorcio. Nada de eso podrá ser apreciado ni valorado por el juez» (ver BORDA, Guillermo A., "Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio", ED, 147-813), citado por Mizrahi, Mauricio en su voto en fallo CNCiv, Sala B, 27/11/2007, "M. H. A. y L. M. C" , MJJ21001.

(7) DOLTO, Françoise, Cuando los padres se separan, Paidós, Buenos Aires, 1989, p.123; ALBARRACÍN, Marta – ALBARRACÍN, Dolores, "Divorcio destructivo", LL 1992-E-804; DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., "El ciclo de divorcio en la vida familiar", Terapia familiar, 1986, nro. 15, p. 20; HERSCOVICI, Pedro, "Por el mejor interés y en defensa de los hijos en la separación", Terapia familiar, 1986, nro. 15, p. 75, citado por MIZRAHI, Mauricio, Hacia una reforma de la ley de divorcio, en RDF N. 52, ed. Abeledo Perrot, nov. 2011, p. 24 y 25.

(8) Un análisis de los conflictos del mal llamado «derecho de visitas» entre abuelos y nietos se puede ver en CHECHILE, Ana María y HERRERA, Marisa, "El rol de los abuelos en el derecho de familia contemporáneo. Una mirada desde los conflictos de comunicación entre abuelos y nietos", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 40 (2008).

(9) CApel 1ª Nom. Río Cuarto, 16.6.10, «Esta cámara ha sostenido [...] que cuando uno de los cónyuges se retira del hogar conyugal, se presupone la causación conjunta de ambos esposos en la ruptura de la unión, por lo que el egreso por parte de uno de los esposos lleva a presumir que

ambos han sido los causantes del mismo; en esta inteligencia, corresponderá al cónyuge inocente demostrar la culpabilidad del otro, si pretende sostener su inocencia o, en otras palabras, probar que la separación fue causada exclusivamente por el otro [...] Adoptamos tal posición por considerar que expresa más adecuadamente la realidad de los hechos, ya que el cese de la convivencia exige analizar las circunstancias concretas y específicas que provocaron el alejamiento del hogar por parte de uno de los integrantes del matrimonio, sin que el distanciamiento por parte de uno de ellos, necesariamente, lleve a presumir su voluntariedad y malicia» , MJJ56590.

(10) CNCiv, Sala G, 11/11/2010, «Es improcedente considerar al marido incurso en la causal de abandono voluntario y malicioso -art. 202, inc.5, CC-, si se acreditó que existía un deterioro en la relación del matrimonio, y la propia esposa reconoció que la convivencia era insostenible, lo que demuestra que el retiro de aquel del hogar conyugal fue consensuado».

(11) En este mismo sentido, la Sala B de la CNCiv en fallo del 19/8/2010: «Para expresarlo de otro modo, una interpretación funcional e integradora de la ley nos señala que un esposo puede quedar dispensado de su deber de convivir sin necesidad de acreditar que su consorte ha incurrido en una causal culpable de divorcio; bastando a tal efecto que el magistrado arribe a la firme convicción acerca [del clima de desacuerdo y disputa por el que atravesaban los esposos], aunque no se verifiquen situaciones extremas ni surja prima facie que nos hallemos ante una quiebra irremediable del matrimonio» La Ley 28/10/2010, 28/10/2010, 6 – La Ley 2010-F, 61, Cita Online: AR/JUR/51256/2010 [énfasis agregado].

(12) CNCiv, Sala L, 11/3/20008; CNCiv, Sala K, 26/11/2009: «Reiteradamente en la jurisprudencia se ha sostenido que precisamente el acuerdo de los esposos para vivir separados, [que se presume como consecuencia del tiempo transcurrido sin que ninguno de los cónyuges promoviese juicio de divorcio, excluye la existencia de la causal en examen] (CNCiv, Sala J, feb. 18-1999, [...])» Lexis N° 70058026 [énfasis agregado].

(13) CNCiv, Sala B, 27/11/2007, “M. H. A. y L. M. C”, MJJ21001: «aunque se entendiera que el vínculo del actor con otra mujer fuera anterior o contemporáneo a la ruptura de la convivencia, [...] tampoco debe ser admitido como causal de adulterio cuando la reconviniente ha ejecutado actos que implicaron una suerte de consentimiento con el comportamiento abdicativo que pudo haber llevado su consorte».

(14) CNCiv, Sala M, sent. del 12/6/1992, LL 1993-E-15.

(15) Entre otros, ZANNONI, Eduardo A., “Derecho civil. Derecho de familia”, t. 1, 5ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 437 y ss.; ZANNONI, Eduardo A. y BÍSCARO Beatriz R., “Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho”, JA 1995-III-357; HIGHTON, Elena

I., "Fidelidad ¿hasta cuándo?", RDF 16-2000-50; MIZRAHI, Mauricio L., "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 338; del mismo autor, "El cese de los deberes matrimoniales tras la separación de hecho: 'un leading case'", LL 2000-B-360; CHECHILE, Ana M., "Deber de fidelidad y separación de hecho", JA 1997-IV-881; BÍSCARO, Beatriz R., "Deberes y derechos matrimoniales durante la separación de hecho", LL 1993-E-21/22; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, "Derecho constitucional de familia", t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 285 y ss.

(16) SCJ Mendoza, sent. del 11/8/2003, "G. A. B. c/ A. C. C.", RDF 2004-I-163; íd., CApel. Civ. y Com. de Salta, Sala III, "A. J. O. c/ A. M. G.", LLNOA 2009-176, cita online AR/JUR/20554/2008.

(17) SCBA, Causa C. 96.021, sentencia del 6/6/2012, "R. I. I. c/ L. M. R. Divorcio", MJJ72661 .

(18) SCBA, Ac. 47.552, sentencia del 15/3/1994: «el cese de los deberes conyugales, entre ellos el de fidelidad, no se produce sino a partir de la sentencia firme que decreta el divorcio vincular, cuya naturaleza es constitutiva de estado [...] (arts. 198 y 217 , CCiv, texto Ley 23.515)».

(19) CNCiv, Sala A, del 11/12/1989, LL 1990-C-153; íd., del 6/3/1997, ED, bol. n 2-1997, p.30; CNCiv, Sala C, del 13/12/1990, JA 1990-III-369; íd., Sala G, del 28/9/2004, LL 2005-A-432; íd., Sala J, del 3/7/1990, LL 1993-A-80, con nota aprobatoria de García de Ghiglino, Silvia S., "Algo más sobre la separación de hecho sin voluntad de unirse"; íd., Sala K, del 6/9/1998, LL 1999-D-567; CCC Azul, Sala II, del 19/10/1999, ED 186-68; ZANNONI, Eduardo A., "El juicio de divorcio por causa de la separación de hecho anterior de los cónyuges", LL 1988-C-169, y "Derecho de familia", t. 2, pp. 119 y 120; BORDA, Guillermo A., "Tratado. Familia", Ed. Perrot, Bs. As. 1973, 9 ed., t. I, pp. 448 y 449, n 535-1; PAGANO, Luz M., ANTONINI, Reinaldo, "Separación de hecho prolongada entre cónyuges", JA-1990-III-789; BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., "Manual de derecho de familia", Ed. Astrea, Bs. As., 2005, p. 350; VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Matrimonio civil", Ed. Astrea, 2000, 2 ed., comentario al art. 204, p. 389, y comentario al art. 214, p. 557; LAGOMARSINO, Carlos A. R., URIARTE, Jorge A., "Separación personal y divorcio", Ed. Universidad, Bs. As., 1991, p. 249; GUTIÉRREZ, Delia M., "Cuestiones suscitadas en torno a la separación de hecho entre cónyuges", LL 1992-E-1087; FANZOLATO, Eduardo I., en Bueres, Alberto J. (dir.), Highton de Nolasco, Elena (coord.), "Código Civil y normas complementarias", Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995, t. 1, p. 939; PORTELA, Jorge G., "Algunas consideraciones acerca del divorcio y la objeción de conciencia", ED 189-300; MIZRAHI, Mauricio, "Familia, matrimonio y divorcio", 2 edición, ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 455.

(20) En este sentido, el Tribunal de Familia N° 2 de La Plata, con fecha 16/7/2010, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 205, 215 y 236 entendiendo que: «La exigencia de un plazo legal de espera para motivar una solución a la crisis y ruptura de la pareja implica una intromisión

arbitraria en la intimidad y en la libertad de las personas, pues de lo que se trata es de la solución consensuada de dos personas que en un momento de sus vidas decidieron libremente contraer previamente matrimonio y que en otro estadio de su historia personal deciden desvincularse sin tener para ello que esperar un plazo legal o exponer a revisión de un tercero las causas que hicieron moralmente imposible la vida en común».

También ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 215 y 236 CC, el Tribunal de Familia N° 7 de Rosario, autos caratulados “F. M. y L. S. s./ divorcio por presentación conjunta”, sentencia del 7 de marzo de 2012.

(21) El primer antecedente en el cual se ha planteado la inconstitucionalidad del plazo de separación de hecho previsto para la causal objetiva es del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario (25/08/03). El tribunal, por mayoría, hizo lugar a la separación personal pedida por la actora y rechazó el pedido de divorcio vincular por la misma causal realizado por la demandada, considerando que el plazo de falta de convivencia no se hallaba cumplido. En cambio, el voto de la minoría propuso hacer lugar al divorcio solicitado por la demandada, declarando para ello la inconstitucionalidad del plazo de tres años de matrimonio. El análisis del fallo, en especial los argumentos de la minoría en FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa y REVSIN, Moira, “Un fallo que actualiza el debate sobre las causales de separación personal y divorcio vincular”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2004- II, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 116-138.

En el año 2006 el mismo Tribunal de Familia N° 5 de Rosario decretó la inconstitucionalidad del plazo de tres años de falta de convivencia establecido del art. 214 inc. 2 del Código Civil. En el caso, los cónyuges habían dejado de convivir a la semana de haber contraído matrimonio, no habían tenido hijos ni existían bienes gananciales. El tribunal resolvió que «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» (Trib. Coleg. de Familia N° 5 Rosario, 14/11/2006, “M. D. G. c/ G. F. A.”, LL Litoral 2007 -febrero-, p. 110 con nota de Carlos H. Vidal Taquini en LL, 2007-B, 649 y nota de Néstor E. Solari en LL Litoral 2007 -mayo-, p. 400).

(22) TF 2 MdP, 3.9.08 y, LLOVERAS, Nora y MONJO, Sebastián “La inconstitucionalidad del art. 236 del Código Civil: Las causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y la segunda audiencia en el divorcio por presentación conjunta”, en Derecho de Familia, T. 2011-VI, pág. 292.

(23) Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata, 17/07/2006, “B. R. B. y L. M. A.”, RDF 2007-I-105, con nota aprobatoria de Solari, Néstor E. Asimismo, el Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario en un fallo del 6/10/2009 hizo también lugar al pedido de desistimiento de la segunda audiencia.

(24) En los “Fundamentos” del proyecto se dice: «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 [...] 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».

(25) LLOVERAS, Nora, El divorcio en el anteproyecto de Código Civil, Revista de Jurisprudencia Argentina, número especial, 2012-II, Editorial Abeledo Perrot, p. 23. En los “Fundamentos” del proyecto se expresa: «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».

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

(27) JELIN, Elizabeth, Pan y Afectos. La transformación de las familias. 1ª edición. Fondo de Cultura Económica, 1998, pág. 87.

(*) Abogada, UNLP. Especialista en Derecho de Familia, UNR. Profesora adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones, UNS. Integrante del Equipo de Trabajo en Temas de Derecho de Familia de la Comisión de Reformas y Unificación del Código Civil y Código de Comercio de la Nación,

integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci por Decreto 191/2011.