

El divorcio en el proyecto de reformas

Por

Agustín Sojo¹

Sumario: 1. Introducción. 2. La estructura. 2.1. El principio de igualdad. 2.2. La autonomía de la voluntad. 2.3. Los deberes matrimoniales. 2.4. La derogación de la separación personal. 2.5. La supresión de las causales subjetivas. 2.6. La exención de responsabilidad. 2.7. El divorcio incausado. 2.8. La regulación en cuestiones procesales. 2.9. Convenio regulador. 2.10. Compensación económica. 2.11. La vivienda familiar. 2.12 Los tiempos de la reforma. 3. Conclusiones.

1. Introducción

Tradicionalmente se han reconocido dos posturas diferenciadas en la regulación del divorcio. Por un lado están los que creen que marido y mujer deben ajustarse a los deberes propios del compromiso que han asumido y la ley debe reaccionar frente al incumplimiento. Se cree que la regulación del divorcio puede motivar la conducta de los cónyuges evitando que se perjudiquen uno a otro².

Del otro lado están los que creen que no es posible juzgar si las conductas de los cónyuges se ajustan a lo que es debido, o simplemente, que un juicio semejante atenta contra el bien de la familia. Se percibe en esta postura que el juicio de divorcio angustia a las personas y que eso repercute negativamente sobre todas las relaciones familiares. Se postula un divorcio ágil con la idea de evitar esas angustias.

El proyecto de reforma de Código Civil y Comercial Unificado pretendería enroscarse en esta última tesis. Sin embargo, no advertimos que lo haga con una finalidad de proteger a la familia o a sus integrantes sino con ideas asociadas

¹ Abogado (UCA), especialista en derecho de familia (UBA), Licenciado en administración de empresas (UCA), docente de derecho de familia y sucesiones (UBA, UCA, UCES).

² Mazzinghi, Jorge A. (h.), "El nuevo perfil del matrimonio (Primeros apuntes sobre el Anteproyecto de Código Civil y Comercial)", ED, 04/06/2012, nro 13.009.

a un liberalismo que entiende la libertad como la posibilidad de hacer lo que se le dé la gana de manera tal que no hay compromiso que pueda asumir que lo prive de tal libertad. No parece que el proyecto pueda reducir las angustias que han motivado a los partidarios del divorcio remedio. Aún así, el proyecto ha tenido quien lo elogia por entender que logra los fines de ésta última postura³.

A lo largo de esta nota analizaremos sus aspectos más significativos de la reforma, contrastando la exposición de motivos, con el texto proyectado y las opiniones que han surgido al respecto.

2. La estructura

El segundo libro del proyecto de reformas sobre las relaciones de familia contiene un primer título sobre el matrimonio cuyo capítulo octavo se dedica a la disolución del matrimonio, dentro del cual la segunda sección se titula proceso de divorcio y contiene tres artículos. La sección tercera versa sobre los efectos del divorcio y contiene seis artículos.

Adicionalmente, el proyecto es acompañado por una exposición de motivos. La exposición de motivos tiene una introducción al segundo libro de las relaciones familiares y una exposición sobre el título del matrimonio.

La exposición de motivos es extraña. El proyecto rompe con todo lo que existe creando una regulación del matrimonio y sobretodo de su disolución que implica una verdadera revolución. Sin embargo, la exposición de motivos se limita a justificar principios que ya existen en nuestro derecho como la constitucionalización del derecho de familia, la democratización de la familia y la existencia de distintos tipos de familias. Aunque estos son los ejes sobre los cuales gira la exposición de motivos, no hay en la regulación del divorcio nada que permita pensar que el proyecto nos acerca a estos paradigmas. Tal vez ello responda a lo que ocurre en otras áreas del derecho de familia.

Nos han advertido⁴ que la visión constitucional de los autores del proyecto ha olvidado mencionar el mandato constitucional de protección de la familia. Tampoco se incorporan los mandatos de protección de la mujer, del niño o la protección de la discapacidad.

³ López Del Carril, Luis María, "El divorcio en el Proyecto de Código", *La Ley*, 2012-E, 1360.

⁴ Basset, Ursula C., "El matrimonio en el Proyecto de Código", *La Ley*, 2012-E, 912.

2.1. El principio de igualdad

En el título sobre el matrimonio, la reforma se presenta en la exposición de motivos haciendo alusión al matrimonio entre personas del mismo sexo, para luego referirse a la igualdad de género. No se entiende porque se anuncia como novedad lo que ya existe.

Entre las normas no se advierten reformas sustanciales en torno de la igualdad de los cónyuges. La exposición de motivos menciona diversas situaciones en las que se presenta una desigualdad entre cónyuges y el proyecto no recoge aquellas ideologías que pretenden igualar a los cónyuges privándoles de la posibilidad de desempeñar roles distintos.

La mayor innovación en relación al principio de igualdad es que el proyecto incorpora la idea de una compensación económica para el cónyuge que sale más debilitado de la ruptura matrimonial. Este pone en evidencia que se reconoce que puede no haber igualdad entre cónyuges.

La idea de considerar iguales a los desiguales rara vez ha ayudado a los más débiles.

2.2. La autonomía de la voluntad

El segundo aspecto que desarrolla la exposición de motivos en el título sobre el matrimonio se refiere al avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, el que se relaciona con las 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".

Probablemente esta última frase se refiera a los fallos que han declarado inconstitucional el plazo de 2 meses que la ley ha previsto entre la audiencia con el juez y el dictado de la sentencia en la presentación conjunta. Lo peligroso de esta declaración de inconstitucionalidad es que lleva implícito que cualquier demora de dos meses o más en el dictado de una sentencia de divorcio importa una violación a los derechos humanos. Aunque el plazo parece inútil e inconveniente, es difícil compartir la idea de que se viola la constitución en todos los procesos de divorcio. Es que la práctica demuestra que hay demoras mayores a las que se consideran inconstitucionales. Hay una incongruencia entre lo que se realiza y la teoría que se proclama sin consecuencias prácticas. Esto se puede dejar pasar en un caso concreto pero no es recomendable adoptarlo como norma.

Esa ideología va a determinar que el proyecto se aleje sustancialmente de las normas que lo inspiran, para proteger más la supuesta autonomía de la

voluntad que los intereses de los más débiles. Decimos proteger supuestamente la autonomía de la voluntad porque el proyecto se basa en la idea de que la autonomía de la voluntad no es para decidir y obligarse sino simplemente para conservar como un tesoro admirable que nunca puede usarse para asumir un compromiso.

La exposición de motivos nos ilusiona al decir que "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 pregona la doctrina internacional de los Derechos Humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites".

No se puede regular el matrimonio sin considerar ciertas cuestiones como de orden público. En efecto, no decimos esto porque se considere nula la facultad de renunciar al divorcio siguiendo los lineamientos que rechazan otras formas de vivir en familia y el orden público vigente en la legislación comparada⁵. Es importante que la ley reconozca la autonomía de la voluntad. Sin embargo, en el matrimonio hay más que el interés individual de los cónyuges. "Hay responsabilidades asumidas. 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"⁶.

2.3. Los deberes matrimoniales

El anteproyecto que se hizo circular públicamente antes de el proyecto que finalmente se envió al congreso, trazó una relación directa entre el divorcio incausado y la ausencia de deberes jurídicos. Entendía el anteproyecto que la existencia de tales deberes en la ley los haría exigibles o significaría la posibilidad de exigir su cumplimiento o reclamar por su incumplimiento.

Por ello, el anteproyecto dejó afuera los derechos y deberes de carácter moral o éticos expresando que ellos quedaban reservados al ámbito privado pensando que al receptarse un "régimen incausado de divorcio, el incumplimiento de

⁵ Sambrizzi, Eduardo A., "El divorcio en el anteproyecto de reforma al Código Civil" *elDial* DC1815, Publicado el: 24/04/2012.

⁶ Borda, Alejandro, "Matrimonio y familia", *La Ley*, 2012-E, 1345.

estos derechos y deberes no generan consecuencias jurídicas; por eso no se los regula”.

Se señaló⁷ que en el derecho comparado las tendencias hacia el divorcio remedio no han significado una supresión de los deberes matrimoniales.

En realidad el proyecto no suprime los deberes sino que los regula. Sólo que lo hace de manera muy diversa a como se regulan en la actualidad, a punto tal que aun quienes sostienen que existe una regulación de los mismos advierten que sus consecuencias son mínimas⁸.

La doctrina⁹ advierte que entre los autores del proyecto habría quienes sostienen que la libertad individual de los cónyuges es tal, que les permite dispensarse de todos los deberes matrimoniales.

El deber de fidelidad fue incluido como deber moral en el proyecto, modificando así el texto del anteproyecto, sin que por ello se hubiera alterado el régimen de divorcio incausado. Paradójicamente, el deber alimentario fue incluido, ya desde el anteproyecto, como un deber jurídico sin que su incumplimiento pueda tampoco atentar contra el divorcio incausado.

No se recepta dentro del matrimonio el deber de cohabitación que si es un deber de las uniones convivenciales. Son justas las críticas¹⁰ que señalan que sería más difícil disolver una unión convivencial que un matrimonio. La réplica dice que sólo se trata de un problema de prueba en cuanto que no habría forma de probar la unión convivencial sin convivencia agregando que la convivencia deberá ser probada, por ser un hecho y no provenir de un acto jurídico familiar como el matrimonio. Por el contrario, las uniones convivenciales se pueden probar por su inscripción en el registro que el proyecto contempla a los fines probatorios y aun así, sus efectos subsisten luego del año de concluida la cohabitación.

También, se ha advertido¹¹ la falta de sentido de la regulación diversa de ciertos aspectos del matrimonio durante la separación de hecho, como así también

⁷ Hernández, Lidia B. Ocampo, Carlos G. Ugarte, Luis A., “Matrimonio y divorcio en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2012-C, 997.

⁸ Mizrahi, Mauricio Luis, “Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto”, *La Ley*, 2012-D, 888.

⁹ Basset, Ursula C., op. cit., *La Ley*, 2012-E, 912.

¹⁰ Hernández, Lidia B. Ocampo, Carlos G. Ugarte, Luis A., op cit., *La Ley*, 2012-C, 997.

¹¹ Basset, Ursula C., op. cit., *La Ley*, 2012-E, 912.

la idea de que exista un hogar que proteger o al cual contribuir. Hernández y Ugarte también exponen¹² las siguientes diferencias: “vinculado a la omisión del deber de convivir en materia matrimonial, se contraponen la regulación de la disposición de derechos sobre la vivienda común del matrimonio (art. 456) y la protección de la vivienda familiar de la unión convivencial (arts. 518 y 522), la inejecutabilidad por deudas posteriores al matrimonio del hogar conyugal (art. 456) o de la unión convivencial (art. 522), la responsabilidad solidaria de los cónyuges frente a obligaciones contraídas por cualquiera de ellas para solventar necesidades ordinarias del hogar (art. 461), o de los convivientes para atender gastos domésticos (art. 521)”. También se advierten diferencias en el ejercicio de la responsabilidad parental y en la competencia de los procesos de familia.

Se ha replicado que las acciones que se reconocen a los acreedores terceros no varían la situación, ni tampoco que se pueda elegir la jurisdicción del último domicilio común, si lo hubo, o el domicilio del demandado. Pero sí varía. Esa responsabilidad sólo existe y se justifica a partir de la cohabitación. No es indistinto que los cónyuges dejen de convivir, porque el proyecto regula dichas situaciones de manera diversa. No se entiende porque alguien podría señalar que la cohabitación no genera consecuencias jurídicas cuando es manifiesto que sí las tiene.

Desde otro punto de vista, la exposición de motivos señala que se ha previsto “el deber de alimentario y las pautas para su fijación, mientras se encuentren casados conviviendo, o separados de hecho; tras el divorcio, esa obligación puede existir por acuerdo de partes o ante dos supuestos expresamente previstos, fundados en el principio de solidaridad familiar: 1) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio transmitiéndose a los herederos del alimentante, y 2) a favor de quien carece de recursos suficientes y de la posibilidad razonable de procurárselo”.

El deber de asistencia quedó consagrado en el art. 431 y compromete a los esposos “a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca”.

En los artículos siguientes se regula la obligación alimentaria durante la convivencia, durante la separación de hecho y con posterioridad al divorcio¹³.

¹² Hernández, Lidia B. Ocampo, Carlos G. Ugarte, Luis A., op cit., *La Ley*, 2012-C, 997.

¹³ Sobre los alcances de la regulación ver Solari, Néstor E. Belluscio, Claudio A. “Los alimentos en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 2012-E, 703.

Sobre los alimentos durante el divorcio el art. 434 se expresa en términos similares a los de la exposición de motivos y agrega que "La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441". La limitación no se entiende.

Todos estos derechos alimentarios pueden ser renunciados en el acuerdo del divorcio y se pierden por violar un deber de fidelidad moral que allí deja de ser moral y se vuelve jurídico.

2.4. La derogación de la separación personal

La exposición de motivos señala que se deroga la separación personal porque en los hechos "cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por carecer del plazo mínimo de celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para petitionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral".

La idea de que existe una única motivación posible para separarse personalmente no se condice con la visión de distintas formas de conformación familiar.

Sambrizzi¹⁴ señala que además de las razones religiosas podría ocurrir que dos personas decidan separarse para dejar abierta la posibilidad de la reconciliación. El sistema español en el que supuestamente se funda el proyecto reconoce la posibilidad dual de separarse o divorciarse. Hay quien protesta diciendo "que haya pocos casos no es óbice para reconocer el derecho de las minorías".¹⁵

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

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

¹⁴ Sambrizzi, Eduardo, op. cit., *elDial* DC1815, Publicado el: 24/04/2012.

¹⁵ Basset, Ursula C., op. cit., *La Ley*, 2012-E, 912.

de una persona, pero no se entiende si sus efectos serán los que corresponden a los separados en la ley derogada, los que corresponden a los casados en el código proyectado o los que corresponde a los divorciados.

Ninguna de las últimas dos alternativas refleja su realidad y la ley derogada debería dejar de aplicarse.

2.5. La supresión de las causales subjetivas

La exposición de motivos señala que "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 causas subjetivas es una manera de colaborar a superar la conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y siguiéndose la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio".

El proyecto sabe mejor que los cónyuges que es lo que les conviene y por ello les prohíbe el divorcio contencioso. Con ello no se pretende pacificar la ruptura matrimonial sino respetar la libertad individual de volver a contraer matrimonio.

El proyecto toma del divorcio remedio la eliminación de la causal subjetiva pero lo hace con un propósito distinto de aquellos que pretenden la pacificación de las relaciones familiares.

"La idea de que esta regulación del divorcio apacigua no termina de convencer. El fiat del texto legal no es suficiente para eliminar la conflictividad real. Lo más probable es que se produzca un desplazamiento del litigio. Cuando las partes tienen un conflicto, si no lo pueden encauzar en el litigio del divorcio, lo encauzarán en los acuerdos de régimen de visitas, alimentos, tenencia o liquidación y disolución de la sociedad. Los conflictos no desaparecen por decisión del legislador. La prueba es que a pesar de que con los años se han facilitado todos los procesos de divorcio, los tribunales de familia están saturados como nunca hasta ahora. Y la tendencia se incrementa".¹⁶

En la práctica el divorcio contencioso es uno más de los muchos juicios que enfrentan a dos personas que no pueden resolver las distintas cuestiones relacionadas con la crisis matrimonial. No conozco un solo caso en el cual los

¹⁶ Basset, Ursula C., op. cit., *La Ley*, 2012-E, 912.

cónyuges hubiera litigado sólo por divorcio sin interponer otro tipo de demanda conexas. Me cuesta creer que alguien pueda solucionar todas las cuestiones conexas y continuar el juicio de divorcio.

Pareciera creerse que el daño y la angustia que genera el juicio de divorcio desaparecerían si el objeto del juicio fuera la tenencia de los hijos, la cuota alimentaria o la liquidación de la sociedad conyugal. Sin embargo, la experiencia demuestra que las angustias son mayores cuando hay un juicio de tenencia de por medio, el cual afecta directamente a los hijos de una manera mucho más profunda que un juicio de divorcio contradictorio.

2.6. La exención de responsabilidad

El proyecto elimina la responsabilidad por los daños y perjuicios que genera la ruptura del matrimonio. Ello es consecuencia lógica del divorcio incausado. No pareciera importar cuan dañina ha sido la conducta. Ni siquiera si ella ha sido dolosa.

Una curiosidad es que en la ruptura de esponsales existe la acción de responsabilidad por enriquecimiento sin causa. Aunque la ley prevé la misma también en caso de ruptura del matrimonio, es difícil imaginar como sucedería ello. Primero porque uno de los propósitos del matrimonio es formar una comunidad de vida que sirve de causa a cualquier enriquecimiento. Y en segundo lugar, porque todo lo relacionado con el enriquecimiento sin causa no está relacionado con la ruptura sino con la existencia misma del matrimonio.

Pareciera ser que quien se arrepienta a último momento de contraer matrimonio logra una carta de indemnidad si contrae matrimonio y pide el divorcio minutos después de dejar el registro civil.

2.7. El divorcio incausado

Se invoca como fuente del divorcio incausado la reforma española del 2005. Sin embargo, aquel divorcio español es obligatoriamente un divorcio integral en el cual se deben acordar o resolver judicialmente en la misma sentencia de divorcio todas las cuestiones vinculadas al proceso de divorcio.

La reforma limita la integralidad del divorcio al acuerdo de partes. Sin acuerdo, se disparan todos los juicios conexos.

En la expresión de motivos se describe el matrimonio como algo que conculca los derechos individuales o fuerza a las personas a vivir como no quieren y cualquier pretensión de hacer durar el matrimonio es vista como una "intromisión estatal irrazonable en el ámbito de intimidad de los cónyuges".

Una visión tan pesimista del matrimonio puede ser compartida por algún sector de la sociedad. Difícilmente sea compartida por muchos de los que se casan y ciertamente no responde a la idea de reconocer la existencia de otras formas de vivir en familia.

No creemos en la conveniencia de que cuando uno de los esposos no desea 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. Estos últimos tienen un legítimo derecho a gozar de la estabilidad del hogar, así como del amor y unión de sus padres, lo que resulta altamente conveniente para recibir una educación y formación integral, donde ambos progenitores se complementen para lograrlo. El excesivo o exagerado individualismo –con su inevitable cuota de egoísmo–, no conduce a la verdadera libertad sino, por el contrario, a la esclavitud del hedonismo¹⁷.

Esto no es una crítica al divorcio remedio, porque el divorcio remedio se caracteriza justamente por poner remedio a las cuestiones. El proyecto se aparta notoriamente de esta idea y, por ello, la crítica no tiene nada que ver con la discusión sobre divorcio remedio o divorcio sanción.

2.8. La regulación en cuestiones procesales

En el código vigente se regulan procesos de divorcio (art. 236) y se regulan cuestiones procesales relativas al juicio de divorcio (arts. 204, 232 entre otros). El proyecto elimina estas reglas determinando que se trata de materia propia de los códigos locales.

Sin embargo, el proyecto contiene un título entero dedicado a regular los procesos de familia. Aun así, ellos no regulan el proceso de divorcio.

Suprimido el art. 236 del cód. civil el juez debería imprimir al proceso de divorcio alguno de los trámites del código procesal. En el código procesal que rige en la justicia nacional no hay ningún proceso adecuado a un trámite de divorcio *express* y no sería raro que exista quien le otorgue trámite de proceso de conocimiento.

El proyecto no ha previsto que el demandado plantee la inconstitucionalidad o reconenga por nulidad de matrimonio. Se abre la posibilidad de llevar el

¹⁷ Sambrizzi, Eduardo, op. cit., *elDial* DC1815, Publicado el: 24/04/2012.

juicio de divorcio a los viejos vicios, después de haber engañado al actor con la creencia de un proceso simple y no contencioso.

La expresión de motivos también expresa que se mejora “el servicio de justicia al poner fin a ciertos debates sobre los cuales no hay criterios uniformes” eliminando las normas. No se entiende como es que si la norma puede generar criterios disímiles, su derogación elimina las diferencias que surgen en torno a como es el funcionamiento del proceso de divorcio.

Nos advierten¹⁸ con razón que el juez puede dilatar el dictado de la sentencia cuando “considere que faltan elementos para fundar la propuesta de convenio formulada por alguno o ambos cónyuges; pero la vía quedará expedita tan pronto la parte cumpla con la exigencia judicial”.

El proyecto no ha previsto que pasaría si una de las partes tiene un criterio distinto que el juez sobre los elementos que se necesitan para fundar la propuesta. No se entiende si el juez puede postergar la sentencia a costa del estado civil del cónyuge del reticente o si simplemente el juez debe dictar la sentencia a pesar de que no han cumplido sus requerimientos.

El art. 438 señala que debe haber una propuesta o convenio tendiente a regular los efectos del divorcio en todo lo relativo a la atribución de la vivienda, salvo que la misma no existiera, la partición de bienes salvo ausencia de ellos o régimen de separación de bienes, las compensaciones económicas entre cónyuges o –probablemente– su ausencia y el ejercicio de la responsabilidad parental y la prestación alimentaria salvo que no existieran hijos. Todo ello no es poca cosa.

Podría pensarse que en el proyecto todo proceso de divorcio tendrá demanda, contestación, prueba y audiencia de vista de causa, solo que la prueba no versará sobre la conducta de los cónyuges sino sobre las cuestiones pertinentes para determinar alguno de los efectos del divorcio. Aun así, la sentencia sólo versará sobre el divorcio y las restantes cuestiones deberán dilucidarse en incidentes separados.

En este sentido la facultad del juez de indagar sobre los fundamentos de la propuesta podría verse como una intromisión arbitraria por falta de finalidad concreta. Es que una cosa es que el juez indague con miras a una sentencia, pero allí donde no hay demanda no tiene razón para entrometerse.

¹⁸ Mizrahi, Mauricio Luis, op. cit., *La Ley*, 2012-D, 888.

La intromisión judicial se justifica en el sistema español porque el juez resuelve todas estas cuestiones con la sentencia de divorcio. El proyecto se aparta de este sistema pero conserva la intromisión judicial.

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

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

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

El proyecto no explica qué ocurriría si las partes deciden no concurrir a la audiencia. La respuesta sería una nueva audiencia, pero entonces el que no quiere divorciarse puede faltar, o simplemente no presentar propuesta reguladora o los elementos en los que la funda.

2.9. Convenio regulador

El proyecto toma de la reforma española la idea de que los cónyuges deben presentar un convenio regulador o en su defecto una propuesta. Sin embargo, transforma el sistema español en algo inútil. En la urgencia por sacar a los cónyuges del matrimonio, el proyecto les permite burlar la idea de las propuestas sin imponer ningún requisito sobre el contenido de las propuestas.

En el sistema español, las propuestas sirven para que el juez resuelva en base a ellas todas las cuestiones conexas en una sola sentencia. Hay una idea de resolver todos los problemas.

El proyecto, en cambio, pareciera creer que un buen divorcio es sólo el divorcio y no tiene nada que ver con las cuestiones conexas. Pareciera ser que si sale la sentencia de divorcio no importa cuantos juicios conexas de alimentos, tenencia o bienes existan.

En realidad, cuando la expresión de motivos elogia los pronunciamientos judiciales que declaran la inconstitucionalidad del art. 236 del cód. civil en cuanto impone plazos de espera y reconsideración para pedir el divorcio, se condena al absurdo. Es que esta misma crítica lo lleva al ridículo de no poder copiar del sistema español, la facultad del juez de postergar la sentencia de divorcio hasta tanto se pueda dictar sentencia sobre todas las cuestiones conexas.

Si hay algo que caracteriza al sistema español es justamente que las cosas se resuelven juntas y rápido. Pone un remedio a todas las cuestiones. No se entiende a quien le puede interesar una sentencia de divorcio si va a seguir litigando por todas las cuestiones conexas.

Aun en caso de convenio regulador, la respuesta judicial no es un corte limpio que ponga fin a todas las cuestiones. De acuerdo a lo dispuesto por el art. 440 "El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente".

Este último párrafo es derecho vigente para alguna de las cuestiones que se vinculan al divorcio, como los acuerdos de alimentos o responsabilidad parental. Sin embargo, importa una novedad en lo que significaría un acuerdo de compensación económica, atribución de vivienda o incluso la división de bienes.

Se da la paradoja de que a falta de acuerdo la acción caduca a los 6 meses. Con acuerdo el mismo puede ser revisado siempre.

Un aspecto en el cual no se ha hecho mucho hincapié pero que sin lugar a dudas va a tener sus consecuencias es que la cuestión patrimonial se introduce de lleno en el proceso de divorcio. Se impone la obligación de discutir la cuestión patrimonial ante el juez del divorcio. Desde el punto de vista de los costos, el proceso de divorcio pasaría a ser un proceso con contenido patrimonial –ni más ni menos que la totalidad de los bienes gananciales– con los consiguientes costos que hoy no presenta: mayores honorarios, mayores aportes a los organismos previsionales y mayor tasa de justicia.

2.10. Compensación económica

La exposición de motivos nos adelanta que se incorpora en el proyecto la compensación económica "con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro".

La exposición de motivos aclara que "si al momento de contraer nupcias se optó por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era

el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar y apoyo a la profesión del otro, no sería justo que al quiebre de esa elección se deje desamparado a aquel de los cónyuges que invirtió su tiempo en tareas que no se traducen en réditos económicos”.

Las pautas para fijar la compensación parecen dejar un amplio margen de discrecionalidad. Se ha dicho que “para poder cuantificar dicho menoscabo deberá considerarse muy especialmente la duración del matrimonio; la situación patrimonial de ambos, la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; la situación en materia previsional y de salud; la posibilidad de acceso al mercado laboral y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro. Tanto la compensación económica, como su monto, puede ser acordado por las partes y formalizado mediante escritura pública o acta de avenimiento; para el caso de que no se llegara a un acuerdo el juez será quien resuelva la procedencia o no de la compensación y en su caso el monto, como así también la forma en que deberá ser abonado. Si el deudor no tuviere bienes suficientes el juez podrá dividir la suma fijada en concepto de compensación en tantas cuotas como fuere necesario, teniendo en cuenta para ello la capacidad económica del deudor; dichas cuotas podrán ser reajustadas. La cuota será considerada como alimentos para los efectos de su cumplimiento, salvo que se dieren garantías para su efectivo y oportuno pago”¹⁹.

Alguna doctrina²⁰ ha buscado una relación entre las normas y el derecho comparado, pero se hace muy difícil adelantar lo que será la compensación económica.

No se menciona expresamente la renuncia a la carrera laboral a favor del progreso del cónyuge como una pauta a tener en consideración para solicitar una compensación. Sin embargo, la enunciación no parece ser taxativa.

La prestación compensatoria está difundida en el derecho comparado. Sin embargo, es difícil asociarlas con un divorcio incausado. No se condice con los principios generales del derecho que uno pueda causar la ruptura matrimonial y al mismo tiempo reclamar que ello le causa un perjuicio que debe ser reparado por el otro²¹. Como consecuencia de lo expuesto, cabría preguntarse

¹⁹ Borda, Guillermo J., “La separación y el divorcio en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, *La Ley*, Sup.Act, 01/02/2005.

²⁰ Sobre los alcances de este instituto ver Medina, Graciela “Compensación económica en el Proyecto de Código” *La Ley* 2013-A, 472 y *DFyP* 2013 (enero-febrero), 01/01/2013, 3.

²¹ Hernández, Lidia B. Ocampo, Carlos G. Ugarte, Luis A., op cit., *La Ley*, 2012-C, 997.

si el demandado no podría alegar y probar que la ruptura responde al abandono de quien reclama la compensación como una forma de defenderse del reclamo.

Los defensores del proyecto van a negar esta posibilidad porque no conciben la posibilidad de que una persona pueda ser culpable de una ruptura matrimonial. Otros, simplemente, no creen que la justicia esté para investigar eso.

La exposición de motivos señala que "Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una "fotografía" del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición".

No se advierte si ello rige también para los casos en los que el desequilibrio responde a una herencia recibida por uno de los cónyuges.

El art. 441 determina que la compensación puede "pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez".

La idea de que el juez pueda constituir un usufructo ha sido siempre resistida por los registros de la propiedad inmueble. Nuestra ley vigente no ha previsto otra causa de constitución de usufructo que no fuera la compraventa o la donación. Sin embargo, la constitución de usufructo es un vehículo eficaz para poner fin a liquidaciones de masas comunes. Rara vez ello puede ser caracterizado como una compraventa. En general, carecen de precio y demás elementos esenciales de una compraventa. Si fuera donación, no sería más que una promesa de donación que como tal no resulta exigible y ahí es donde alguna sentencia manda constituir el usufructo igual, contra la resistencia del propietario y del mismo registro de la propiedad.

El proyecto adopta una solución contradictoria, porque lo que dice el art. 441 se contradice con el art. 2133 que establece: "En ningún caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constitución". La disputa entre los registros de la propiedad inmueble y los jueces de familia que acuerdan una disputa mediante la constitución de un usufructo parece haberse resuelto dándole la razón a ambos sin que se entienda como es posible conciliar la prohibición más absoluta con el permiso irrestricto.

Vale aclarar que en el proyecto la promesa de donación sería exigible.

2.11. *La vivienda familiar*

La exposición de motivos adelanta que "uno de los cónyuges puede solicitar se le atribuya la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial, sobre la base de ciertas pautas que el juez debe tener para determinar su procedencia y para fijar el plazo de duración".

Al analizar un pedido de atribución de vivienda familiar el juez debe analizar las "siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuyó la custodia de los hijos; b) la persona que esté en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar"(art. 443).

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

El juez puede establecer la indivisibilidad del bien y un canon locativo.

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

2.12 *Los tiempos de la reforma*

Se ha advertido²² sobre las dificultades que plantea la reforma con relación a las situaciones jurídicas preexistentes. No está claro en qué situación queda el derecho del cónyuge inocente anterior a la reforma luego de ésta. No se entiende como podrían subsistir los alimentos otorgados en base a una ley derogada ni tampoco como podría quien se ha divorciado hacer tanto tiempo invocar los nuevos institutos de la reforma. ¿Podría el cónyuge inocente pretender que se modifique su cuota alimentaria por una compensación económica? Si la respuesta es afirmativa entonces también podría reclamarla el cónyuge culpable que ha venido pagando alimentos, porque en ella pareciera no haber elemento subjetivo alguno. La respuesta negativa tampoco parece razonable. Como consecuencia de ello, pareciera ser que van a subsistir regímenes paralelos, en donde la reforma no altera aquellas cuestiones anteriores que ya hayan sido juzgadas.

²² Medina, Graciela, "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", *La Ley*, 2012-E, 1302 y *DfYP* 2013 (marzo), 01/03/2013, 3.

Tampoco se entiende si el separado de hecho de hace varios años puede demandar las prestaciones compensatorias del nuevo régimen. Las alternativas que se presentan son de lo más variadas y el proyecto no ha dado respuesta a ninguna de ellas.

3. Conclusiones

Siguiendo las tendencias más modernas y los enfoques interdisciplinarios más recientes, el proyecto de reforma regula el divorcio sin preguntarse por sus causas, sin embargo, no busca ordenar la nueva situación que resulta a partir de la crisis de pareja. No hay una preocupación por la familia ni una visión que tienda a su protección.

El mandato de la protección integral de la familia no se realiza y, hasta se podría decir que se violenta, cuando las personas se pueden desentender de los compromisos asumidos con sus familiares sin consecuencia alguna.

Con esta idea central, desaparece toda forma de culpa en el divorcio. De sancionarse el proyecto ya no importará cuan grosera pueda ser la falta de un cónyuge a sus deberes matrimoniales. Así, el proyecto pone los ojos en el futuro sin mirar el presente. El abuso y las injurias más violentas pasarán a ser totalmente irrelevantes para el mundo del derecho, sin importar que puedan llegar a decir los tratados internacionales que pretenden luchar contra la violencia.

Como contrapartida, el divorcio deja de ser un proceso que expone la intimidad de las personas para convertirse en algo voluntario. La idea de base pareciera ser que uno puede divorciarse cuando quiera y simplemente porque quiere. Sin embargo, el protagonismo que adquiere el juez en el proceso de divorcio hace que en realidad uno sólo se podrá divorciar cuando el juez quiera y si el juez lo autoriza.

El sistema vigente no es bueno. Tampoco la ideología en que se funda. El proyecto de reformas tampoco es bueno. La ideología en que se funda es peor aún.