



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FCE
FACULTAD DE
CIENCIAS ECONÓMICAS

EL DIVORCIO Y SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

Trabajo de Investigación

POR

María Laura Garay Rein

Analía Laura Juárez

DIRECTORA:

Prof. María Margarita Heluani

M e n d o z a - 2 0 1 3

Índice

Introducción	2
---------------------	----------

Capítulo I	
El matrimonio: aspectos generales	3

A. DEFINICIÓN DE FAMILIA Y MATRIMONIO	3
B. EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO	4
1. Características de los deberes entre los cónyuges	4
2. Deberes y derechos de los cónyuges	5
C. EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO	6
D. RÉGIMEN PATRIMONIAL DE COMUNIDAD	8
1. Según la administración	8
a) Marital	8
b) Conjunta	9
c) Separada	9
d) Indistinta	10
2. Según la integración de los bienes	10
a) Universal	10
b) Bienes muebles y gananciales	10
c) Gananciales	10
E. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL EN EL DERECHO ARGENTINO	11
1. Orden público	12
2. Artículo 188, Código Civil	12
3. Causales de la extinción del matrimonio	12
a) Separación Judicial de Bienes	12
b) Declararse nulo el matrimonio	13
c) Muerte de alguno de los cónyuges	13
d) Ausencia con presunción de fallecimiento	13
e) Divorcio vincular	13
F. CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO VINCULAR	14
1. Efectos personales, ley 23.515 artículo 217.	14
2. Efectos patrimoniales	14
a) Disolución de la sociedad conyugal.	15
b) Cuotas sociales de un cónyuge	16

Capítulo II	
Divorcio	20
<hr/>	
A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	20
1. El divorcio desde el punto de vista del derecho canónico	20
a) Causas que acepta la Iglesia para que un matrimonio se separe	21
b) Efectos civiles de la separación del matrimonio católico	21
c) Divorcio y nulidad matrimonial	22
2. 1857 Buenos Aires: Derechos hereditarios del cónyuge	23
3. 1867 Santa Fe: Primera ley de Matrimonio Civil	24
B. DIVORCIO EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL 2.393 DEL AÑO 1888	25
1. Caracteres	25
2. Divorcio: sanción de la ley 2.393	26
3. La ley 11.357: sobre los derechos civiles de la mujer	27
C. LEY 14.394. LEY ÓMNIBUS. GOBIERNO DE PERÓN	28
D. LEY 17.711	29
1. Caracteres y efectos	29
2. Antecedentes legislativos	32
a) Régimen del Código Civil	32
b) Ley 11.357. Consideraciones generales	33
c) Ley 17.711. Régimen actual	33
E. ACTUALIDAD. LEY 23.515	35
Capítulo III	
Efectos patrimoniales del divorcio	37
<hr/>	
A. DIVORCIO POR SEPARACIÓN PERSONAL	37
1. Causales fundadas en la culpa	37
2. Causales de separación personal según el Código Civil Art. 202.	38
3. Causas objetivas	38
a) Separación de hecho	39
b) Separación por mutuo consentimiento	39
c) Efectos de la separación personal	39
4. Conversión de la separación personal en divorcio vincular	42
B. DIVORCIO VINCULAR	43
1. Divorcio por culpa	43
2. Separación de hecho	43
3. Mutuo consentimiento	43

4. Efectos del divorcio vincular	44
----------------------------------	----

Capítulo IV

El divorcio en el Proyecto de Reforma 2012: matrimonio, divorcio y unión convivencial

46	46
A. INTRODUCCIÓN	46
B. CASAMIENTO	47
C. DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES	48
1. Según el Código actual	48
2. Según el Código Projectado	48
D. ACUERDO PRENUPCIAL	49
E. DIVORCIO	49
F. LA SUPRESIÓN DE LA SEPARACIÓN PERSONAL	50
G. EL DIVORCIO “EXPRESS”	50
H. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO	51
1. La posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de bienes y el de separación de bienes	51
2. El establecimiento de un régimen primario, bajo el título disposiciones comunes a todos los regímenes	52
3. La inoponibilidad de los actos realizados en fraude de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal	53
4. Regulación de los bienes propios y gananciales	53
5. Se presume el carácter ganancial de los bienes	54
6. Deudas de los cónyuges	54
7. Administración de los bienes gananciales	55
8. Administración de los bienes adquiridos conjuntamente	55
9. Extinción de la comunidad	55
10. Momento de la extinción	56
11. Indivisión postcomunitaria	56
12. Atribución preferencial	56

Conclusiones	57
---------------------	-----------

Bibliografía	61
---------------------	-----------

"No siempre es perdurable nuestro mundo, y así, no es extraño que hasta nuestro amor cambie con nuestra fortuna, que es cuestión aún por resolver si el amor gobierna a la fortuna o la fortuna al amor"

Hamlet, Príncipe de Dinamarca¹

¹ SHAKESPEARE, William, **Hamlet**, acto III, escena II, citado por HELUANI, Maria Margarita, Publicación Extraordinaria en Adhesión al 9no. Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, pág. 103.

Introducción

Este trabajo está dirigido al público en general y al curioso en cuanto a la historia del derecho en la Argentina en lo que respecta al divorcio. Lo que tratamos de mostrar es como fue evolucionando la modalidad de separación entre las personas casadas hasta llegar a la necesidad de crear un régimen legal para estas situaciones llamado divorcio, cuáles son las situaciones que justifican el régimen, cómo es el régimen actual y el proyecto de unificación de los Códigos, el cual, cambia en muchos aspectos lo que hoy es el divorcio en Argentina.

¿Qué es el divorcio?

El divorcio es la separación de dos personas que se encontraban unidas en matrimonio, por sentencia judicial. Es la forma como la ley da respuesta a un conflicto, fracaso o perturbación matrimonial.

Como en otras legislaciones, en Argentina se procede con el divorcio vincular porque se considera "inútil mantener la ficción de que existe unión cuando realmente no hay tal e incluso la situación de los hijos es peor por tener que ser testigos involuntarios de las desinteligencias matrimoniales".

Sostener la indisolubilidad del matrimonio por cuestiones religiosas, es simplemente, obviar el interés social y las situaciones de hecho. Al menos, las leyes vienen a poner orden en una situación que existe de manera continua y seguirá existiendo por múltiples causales.

Capítulo I

El matrimonio: aspectos generales

A. Definición de familia y matrimonio

La familia ha demostrado históricamente ser el núcleo indispensable para el desarrollo de la persona, la cual depende de ella para su supervivencia y crecimiento. Ofrecer una definición exacta sobre la familia es una tarea compleja debido a enormes variedades que encontramos y al amplio espectro de culturas existentes en el mundo. No obstante vemos a la familia como la unidad familiar básica que se compone de esposo (padre), esposa (madre) e hijos. Estos últimos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia. Sin desconocer con esto otros tipos de familia que han surgido en estas últimas décadas, las cuales también enfrentan desafíos permanentes en su estructura interna, en la crianza de los hijos, en su ejercicio parental o maternal y patrimonial. Por mencionar algunas, la familia extramatrimonial, la familia constituida por la unión de personas del mismo sexo, la familia monoparental (de madre soltera, de padres separados, fallecimiento de uno de los cónyuges).

Antes de la ley de Matrimonio Igualitario, el matrimonio se entendía como la unión entre un hombre y una mujer y cuyo fin es la procreación y educación de los hijos y también la ayuda mutua y el amor entre los cónyuges. Es parte de la familia por lo que también tiene una inclinación natural que es la de perpetuar la especie. Pero el matrimonio es también una sociedad entre los cónyuges, un proyecto común de vida y de ayuda mutua en los cuidados personales que ellos deben prestarse, sobre todo en la adversidad.

Actualmente, la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario, desde julio del año 2010, permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo tanto el matrimonio entonces *"es la unión de dos personas, sean del mismo o de diferente sexo, para el establecimiento de una plena comunidad de vida, reglada por el derecho."*

La evolución de la familia

Cambios en la familia moderna fundada en el matrimonio vienen de la mano con el desarrollo generado por la revolución industrial y comercial de los siglos XVIII y XIX, que llevan al abandono de la unidad de producción familiar frente a la necesidad de integrarse a las surgentes empresas que usan técnicas cada vez más avanzadas.

Hay un importante crecimiento del poder adquisitivo individual, la mayoría de las familias son propietarias, lo que repercute en la economía familiar y sobre la idea de familia fundada en matrimonio, donde cada miembro tiene roles bien diferenciados, aunque haya fuertes lazos de solidaridad entre ellos. Esta familia moderna tiene a la igualdad de los cónyuges en sus relaciones recíprocas y con los hijos. Éstos a su vez, en forma más temprana tienden a independizarse de sus padres, especialmente en lo económico, a desprenderse de la autoridad paterna y en consecuencia de deber de obediencia. Podríamos decir que lo que influye en este tipo de familia es su desarrollo en un medio que se caracteriza por la exacerbación del individualismo.

Así Méndez Costa (1998) dice que “la familia en la posmodernidad es el resultado de un retroceso en el sentido definitorio del amor”. La familia aparece en crisis por haber sido desplazada la relación fundada en la solidaridad, por otra en la que tienen primacía los intereses individuales. Estos cambios han desencadenado la declinación de la fecundidad, la disminución de la nupcialidad, el crecimiento de familias ensambladas y mono-parentales, el aumento de las crisis conyugales que culminan con la quiebra de la pareja (divorcio). A esto ha contribuido en gran medida la ausencia de la mujer en el hogar como consecuencia de que debe salir a trabajar fuera del hogar, en muchos casos para ayudar al esposo a hacer frente a las necesidades básicas de la mantención del hogar y en otros porque se trata de mujeres con capacitación específica que ejercen una actividad profesional separada del marido, siendo cada vez más frecuente que muchos hogares dependan principalmente del trabajo de la mujer, por ser éstas quienes realizan el mayor aporte económico a la economía del núcleo familiar.

B. Efectos personales del matrimonio

1. Características de los deberes entre los cónyuges

Céspedes Reyes (2009) nos habla de ellas:

- RIGEN SÓLO PARA LOS CÓNYUGES. Esto a diferencia de lo que ocurre en materia de regímenes patrimoniales, en que los destinatarios son los cónyuges, pero a su vez, esta normativa también afecta a terceros.
- SON RECÍPROCOS. Antes era posible distinguir dos clases de deberes: comunes e individuales. Así, por ejemplo, la mujer le debía individualmente obediencia al marido (se hablaba de una potestad marital) y tenía la obligación de seguirlo. En la actualidad se buscó igualar la condición jurídica de la mujer.
- MARCADO CONTENIDO ÉTICO. El Legislador quiere poner en evidencia que la comunidad de vida que implica el matrimonio requiere el cumplimiento de una serie de deberes.
- SON NECESARIOS. Para efectos de satisfacer y cumplir los fines del matrimonio. A esos fines apunta directamente el establecimiento de los deberes.

2. Deberes y derechos de los cónyuges

Según el Código Civil en sus artículos 198, 199 y 200, los deberes y derechos de los cónyuges son:

- FIDELIDAD. Esencia del matrimonio. Tiene un fundamento moral. La unión de cuerpos y almas, y tiene carácter recíproco. Tiene dos aspectos: uno negativo, que consiste en el deber de abstenerse y otro positivo, el deber de reservar al otro cónyuge todo su afecto y su sentimiento amoroso.
- COHABITACIÓN. De ahí deriva precisamente la palabra casamiento. Domicilio fijado de común acuerdo. Pero puede suceder que el pedido de cambio de domicilio se funde en el cambio de destino de un militar o de un diplomático de carrera, está obviamente justificado porque se trata de una contingencia que debió ser prevista por la mujer o el hombre. La cuestión tiene importancia práctica, pues si el cambio decidido por uno de los cónyuges se funda en razones serias, su alejamiento no importa abandono voluntario y malicioso del hogar. En cambio, la actitud del otro cónyuge de no seguir al que con fundadas razones ha cambiado el domicilio, puede considerarse abandono a menos que existan importantes razones para permanecer en él.
- ASISTENCIA. Impone el deber de prestarse mutua ayuda económica y espiritual, de asistirse en las dolencias y en la vejez, de sufrir y aceptar las situaciones derivadas de la pobreza o enfermedades de uno de los esposos; en suma, de compartir alegrías y penas y la obligación de prestar alimentos.

El Estudio Petersen (2013) agrega otros efectos:

- NOMBRE. La mujer casada añadir a su apellido el del marido (es opcional).
- PARENTESCO. Nace una relación de parentesco con los consanguíneos del cónyuge.
- NACIONALIDAD. El cónyuge extranjero adquiere nacionalidad argentina por matrimonio con el cónyuge argentino.
- INTERCEPCIÓN DE CORRESPONDENCIA. Antes se aceptaba que el esposo tenía el derecho de interceptar la correspondencia de su mujer (está en desuso).

C. Efectos patrimoniales del matrimonio

Borda (1977) nos habla de los efectos patrimoniales del matrimonio, que hacen surgir un régimen que se puede definir como: *"conjunto de normas destinadas a regular las relaciones entre los cónyuges y de estos con los terceros."*

El régimen de los bienes en el matrimonio suscita problemas sumamente complejos. Hay mucha diversidad de sistemas en la legislación comparada. Las leyes se orientan hacia dos o tres soluciones posibles y dentro de cada una de ellas, los regímenes legales ofrecen una estrecha semejanza. Algunos países han adoptado el régimen de comunidad, otros el de separación de bienes; unos han acogido una amplia libertad de convenciones, mientras otros las proscriben o limitan al mínimo.

En algunos, la dote no sólo ha tenido acogida legal sino que en ciertas clases sociales es poco menos que un deber moral, mientras que otros pueblos la juzgan indecorosa; unos admiten la existencia de bienes gananciales, que otros desconocen. La responsabilidad frente a terceros difiere en cada sistema. Pero además ocurre que todas estas soluciones se encuentran casi siempre entremezcladas, de donde resulta que cada país tiene matices propios y regímenes peculiares.

Los Regímenes Patrimoniales Matrimoniales han variado en la historia y en el Derecho Comparado adaptándose a la realidad jurídica y social del país.

Así encontramos distintos regímenes que, según el Código Civil actual son:

1. SEPARACIÓN DE BIENES. Cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que poseía en el momento de casarse, y de los que adquiriera posteriormente; los administra por sí y responde exclusivamente por las deudas contraídas. Pero por más completa que haya querido hacerse la separación, no han podido evitarse ciertas concesiones impuestas por la comunidad de

vida; y ha debido reconocerse la responsabilidad común por las cargas del hogar o la responsabilidad del marido por actos ilícitos de la mujer o reglar la administración de los bienes de la mujer por el marido. Se admiten toda clase de contratos de orden patrimonial entre los esposos. Es el régimen imperante en Inglaterra a partir de la ley 1882 y en la mayor parte de los Estados Unidos. Fue también el sistema de la ley soviética de 1918; pero el Código de la Familia de 1926 aceptó la existencia de una comunidad de gananciales (art. 10).

2. COMUNIDAD. Parte de una comunidad de bienes entre esposos. Puede ser:
 - a) En el régimen de la comunidad universal todos los bienes presentes y futuros de los esposos pertenecen a ambos. Es decir que la masa partible comprende todos los bienes aportados por los cónyuges al matrimonio, o adquiridos después de celebrado el mismo, tanto muebles como inmuebles. Disuelta la sociedad, se dividen entre ellos en partes iguales, sin consideración a su origen. Este es el sistema que mejor responde al concepto de "unión de cuerpos y almas" y de matrimonio indisoluble.
 - b) En el régimen de la comunidad restringida la masa común se forma sólo con una parte de los bienes de los cónyuges, mientras que los otros continúan formando parte de su propiedad personal. Cabe distinguir tres masas de bienes: los que aporta el marido al matrimonio, los que aporta la esposa y los adquiridos con posterioridad o gananciales. La comunidad se refiere solamente a los últimos. En algunas legislaciones, la comunidad comprende también los bienes muebles llevados al matrimonio por cada uno de los cónyuges, pero no los inmuebles. En cuanto a la administración de estos bienes, a veces, el marido es el administrador de todos los bienes, incluso los propios de la mujer, como ocurría en el sistema de nuestro Código, o sólo lo es de los gananciales, o cada cónyuge administra sus bienes propios y los gananciales adquiridos con su trabajo personal, o la administración es conjunta.
3. PARTICIPACIÓN. Como variante de los regímenes de separación de bienes, pero con connotaciones derivadas de la comunidad, se conoce un régimen denominado de participación en los adquiridos por cada cónyuge. En este régimen no existen estrictamente, bienes comunes o gananciales, como en la comunidad, sino que cada cónyuge es exclusivo propietario de los que adquiere durante el matrimonio. El régimen funciona, en términos generales, como el de separación, pero al disolverse el matrimonio por divorcio o muerte, se reconoce a cada uno el derecho a participar en los adquiridos por el otro hasta igualar los patrimonios de ambos.

4. **ABSORCIÓN DE LA PERSONALIDAD ECONÓMICA DE LA MUJER POR EL MARIDO.** El matrimonio provoca la transferencia de todo el patrimonio de la mujer a manos de su marido; éste es el único propietario y administrador y puede disponer libremente de todos los bienes; soporta todas las cargas del hogar y es el único responsable de las deudas. A la disolución de la sociedad por muerte del marido, la mujer tiene derecho a parte de los bienes como heredera, no como socia. Este era el régimen del matrimonio *cum manus* del Derecho Romano y, desde luego, ha desaparecido completamente del Derecho moderno.

Es necesario agregar que, según Belluscio (1994), se admite generalmente la libertad de convenciones matrimoniales, es decir, si bien las leyes establecen ciertas regulaciones típicas, los contrayentes pueden apartarse de ellas y reglar libremente el régimen de sus relaciones patrimoniales. En algunos países, son inmodificables después del matrimonio; otros, en cambio, admiten la modificación en cualquier momento. En Suiza, la esfera de acción de la voluntad de los cónyuges se reduce a la posibilidad de opción entre los tres regímenes legales: unión de bienes, comunidad y separación (art. 179, C. Civil). En Perú los cónyuges solo pueden optar entre el régimen de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios; si nada han convenido rige el régimen de sociedad de gananciales (art. 295, C. Civil). Finalmente en leyes como la nuestra, se ha suprimido la libertad de convenciones o la han reducido a límites mínimos.

D. Régimen patrimonial de comunidad

Lo que se desarrolla bajo éste título ha sido extraído del trabajo realizado por Gramigni, Silvia Noemí y Villaverde, María Silvia, llamado Régimen Patrimonial del Matrimonio (2004).

1. Según la administración

Se dividen en:

a) *Marital*

Es en la que el esposo administraba sus bienes propios, los bienes propios de la mujer y los bienes comunes. En este tipo de comunidad el marido era dueño y señor de la comunidad y los derechos de la mujer aparecían recién al momento de la disolución, "*el marido vive como dueño y muere como socio*".

b) Conjunta

La gestión de los bienes comunes corresponde a los dos cónyuges, quienes deben obrar de común acuerdo. La realización completa de la idea de comunidad conduce a subordinar de alguna manera al asentimiento de un cónyuge los actos importantes del otro sobre los bienes de los que luego tendrá una fracción, sea en capital o en rentas. Un derecho eventual a la fracción de una masa implica entonces la facultad de intervenir en los actos cuyos efectos pueden aumentar o disminuir el fondo común. La existencia de la comunidad después de la disolución de la unión, hace deseable el reconocimiento de cierta comunidad de derechos y obligaciones "durante" la unión.

En las legislaciones modernas, a fin de agilizar la gestión de los bienes comunes por parte de los cónyuges cuya administración es conjunta, se presume la conformidad de uno de ellos respecto de los actos de menor trascendencia realizados por el otro.

En nuestro país, a partir de la ley 25.781 (noviembre de 2003) rige para los bienes de titularidad incierta –muebles no registrables o registrables no inscriptos o inmuebles adquiridos por usucapión mientras no se tramite la información posesoria- (art. 1276, 2º párrafo CC) .

c) Separada

Consiste en que durante el régimen matrimonial cada uno de los cónyuges administra y dispone libremente de su patrimonio propio y ganancial –bienes por él o ella adquiridos-, aunque integren la masa partible a la disolución.

Gramigni y Villaverde (2004) citan Belluscio en los siguientes párrafos:

“Este sistema, previsto por Roguin, en el cual durante la unión las relaciones patrimoniales entre los cónyuges funcionan como si hubiera separación de bienes, mientras que a la disolución se procede como en la comunidad, llevó a error a algunos autores (Vaz Ferreira, Alessandri Rodríguez, Ripert, Boulanger, etc.), al considerarlo como de participación.”

Se parte de un principio distinto, cual es el de igualar los patrimonios o los beneficios logrados durante el matrimonio por ambos cónyuges, y se concreta mediante un crédito a favor del menos favorecido –en el caso de participación en las ganancias, del que ganó menos-, pero no mediante la partición de una masa común, ya que ésta no se halla prevista.

“El régimen de comunidad de gestión separada es el que rige en nuestro país, -cuyo antecedente fuera el vigente en Costa Rica desde 1888 hasta la sanción del Código de Familia en 1976-; además de Venezuela, El Salvador (comunidad diferida), Colombia, Uruguay, Portugal. "cada uno administra y dispone de sus bienes propios y de los gananciales que adquiere (art.

1276 Código Civil) con la limitación del art. 1277 Código Civil, que requiere el asentimiento del cónyuge para los actos de mayor trascendencia".

d) *Indistinta*

En este régimen, el más moderno en cuanto a gestión de bienes respecta (Italia 1975; Bélgica, Francia), los actos de administración y disposición de los bienes gananciales pueden ser realizados por cualquiera de los esposos. Pero a fin de garantizar el derecho de los cónyuges, se requiere la conformidad expresa para los de mayor importancia.

2. Según la integración de los bienes

El Código Civil enumera las siguientes:

a) *Universal*

Todos los bienes presentes y futuros de los esposos pertenecen a ambos tal y como mencionamos anteriormente.

b) *Bienes muebles y gananciales*

Comprende en la masa partible todos los bienes muebles presentes y futuros de los esposos y todas las adquisiciones a título oneroso, aún las de naturaleza inmobiliaria hechas durante la unión, todos los cuales revisten el carácter de gananciales. Siendo bienes propios de cada cónyuge los inmuebles que cada cual lleva al matrimonio o que adquiere durante el mismo a título gratuito (donación, herencia, legado), o por título o derecho anterior al matrimonio, o por permuta con un bien propio, o con el producido de su venta.

c) *Gananciales*

Comprende en la masa partible todos los bienes muebles o inmuebles, o valores, adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, salvo los que tuvieran causa o título anterior al matrimonio, o que se permutaran con un bien propio, o que se adquirieran con el producido de su venta o con dinero propio, o que se adquirieran a título gratuito (donación, herencia, legado).

E. El régimen patrimonial matrimonial en el derecho argentino

El Código Civil adopta el régimen legal, forzoso y único, inmodificable por los cónyuges, fundado en una comunidad relativa de ganancias y de administración separada. Solamente los bienes gananciales ingresan a la sociedad, no así los propios de cada uno de los esposos. De estos últimos, sólo el uso y goce es común. Por lo tanto, el régimen argentino es de comunidad, donde existe una masa de bienes que integran esa comunidad y en cuanto a la administración separada.

Por lo tanto:

- Es de Orden Público: de Comunidad, Ganancial (Art. 1271 a 1274 Código Civil) y de Administración Separada (Art. 1276 y 1277 Código Civil).

RÉGIMEN LEGAL FORZOSO

El régimen de comunidad de ganancias restringido de gestión separada consagrado por nuestra legislación, es único y forzoso; inmodificable por la voluntad de los cónyuges.

Las "convenciones matrimoniales" a las que refiere el art. 1217 Código Civil no son capitulaciones que tengan por objeto la modificación del régimen matrimonial, sino que bajo dicha denominación se autorizan acuerdos entre los cónyuges, los que se reducen a la posibilidad de las donaciones que el esposo hiciera a la esposa con motivo de la celebración del matrimonio (Inc. 3), ya que los incisos 2 y 4 fueron derogados por la ley 17.711; es decir la reserva de administración de algunos bienes por la mujer –inc. 2º- y que ya había dejado de tener sentido luego de la sanción de la ley 11.357; y las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento –inc. 4º-, que resultaba una excepción a la prohibición de los pactos sobre herencia futura del art. 1175 Código Civil y que en atención a la vocación hereditaria recíproca no se consideraba justificado sostener.

En cuanto al primer inciso, la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio es un mero inventario de bienes que facilitará luego la individualización de los bienes propios.

Es necesario, sin embargo, agregar que las convenciones matrimoniales, según lo establecido en el Código Civil en su Art. 163 se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, sin que el cambio de domicilio altere la ley aplicable. De tal modo que las convenciones hechas conforme a la ley del primer domicilio, tienen vigencia en nuestro país, si los cónyuges trasladaran aquí su domicilio.

1. Orden público

La ley determina cuando comienza: con el matrimonio civil, presentándose los futuros esposos ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el cual según la ley, los casará.

2. Artículo 188, Código Civil

"El matrimonio deber celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina públicamente compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales....En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leer a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciar en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio....."

3. Causales de la extinción del matrimonio

Así como la ley determina cuando comienza a ser aplicable el régimen patrimonial matrimonial, también determina cuando termina, como lo establece el Código Civil en su Art. 1291, 110 y 1306:

a) *Separación Judicial de Bienes*

La separación de bienes implica la disolución de la sociedad conyugal y su sustitución por el régimen matrimonial extraordinario de separación de bienes al cual quedan sujetos los cónyuges hasta que el matrimonio se disuelva o sobrevenga alguna de las causas de extinción del régimen matrimonial. En el régimen actual tanto el marido como la mujer pueden pedir la separación de bienes sin separación personal. Causas de separación de bienes:

1. Separación personal: La sentencia de separación personal produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe.
2. Administración de los bienes de los cónyuges por un tercero: Si la mujer no quisiese someter a esa administración (la del curador del marido o de sus bienes, designado por incapacidad o excusa de la mujer) los bienes de a sociedad, podrá pedir la separación de ellos. Fundados en razones de igualdad jurídica de los cónyuges se admite también que el marido puede aplicar este artículo.

3. Mala administración o concurso: Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales.

b) *Declararse nulo el matrimonio*

Es otra causal de disolución que implica extinción de todo régimen matrimonial. Para que haya disolución de la sociedad conyugal debe haber existido la sociedad, lo que ocurre cuando ambos contrayentes son de buena fe, y cuando lo es uno solo y él opta por liquidar los bienes según el régimen de la sociedad conyugal.

c) *Muerte de alguno de los cónyuges*

Debido a que disuelve el matrimonio, pone fin naturalmente a la sociedad conyugal sin subsistencia de ningún régimen matrimonial de pleno derecho y sin posibilidad de que se restablezca. Disuelta la sociedad por muerte de uno de los cónyuges, se procederá al inventario y división de los bienes, para la división de las herencias.

d) *Ausencia con presunción de fallecimiento*

También extingue el régimen matrimonial. En algunos casos opera de pleno derecho y en otros a petición de parte. No excluye la posibilidad de que la sociedad conyugal se restablezca, lo que ocurre si el ausente reaparece. La continuación de la sociedad conyugal durará hasta el día en que se decrete la sucesión definitiva. Transcurridos 5 AÑOS desde el día presuntivo del fallecimiento u 80 años del nacimiento de la persona, se podrá disponer libremente de los bienes. Queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal. Si antes de cumplirse el plazo la mujer contrajese nuevas nupcias, el matrimonio queda disuelto, por lo tanto se extingue la sociedad, es decir el matrimonio válido es el segundo. "La ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado representantes, sin que de ella se tenga noticia por el término de seis años causa la presunción de su fallecimiento."

e) *Divorcio vincular*

La sentencia de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe.

F. Consecuencias del divorcio vincular

1. Efectos personales, ley 23.515 artículo 217.

Disolución del vínculo matrimonial: El divorcio vincular disuelve el vínculo matrimonial. Los esposos dejan de ser tales, y cesan todos los derechos y deberes derivados del matrimonio, en tanto no haya norma expresa en la ley que establezca su persistencia. Se aplican las mismas reglas sobre fijación del domicilio o residencia de los ex esposos, tenencia de los hijos, alimentos, atribución de la vivienda y revocación de donaciones. Pero además como consecuencia de la disolución del vínculo los cónyuges recuperan su aptitud nupcial.

2. Efectos patrimoniales

- **DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL O EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL.** Después de la lectura del capítulo de Separación Personal y Divorcio Vincular tanto de la ley 23.515 y del Código Civil, podemos decir que si el divorcio vincular se decreta directamente, se disuelve la sociedad conyugal, pero sus efectos no son los mismos que los de la separación personal. El divorcio no acarrea la existencia de régimen matrimonial alguno, sino que desaparece todo régimen. Si se convierte la separación personal en divorcio vincular, éste pone fin al régimen de separación de bienes al que estaban sujetos los esposos, cesando la aplicación del art. 1300 del Código Civil que reglamenta la contribución de uno y otro al sostenimiento de ellos y de los hijos.
- **DERECHO HEREDITARIO.** Cesa totalmente después del divorcio vincular, según lo establece el artículo 3.575 del Código Civil.
- **OTRAS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES.** La obligación alimentaria persiste a pesar del divorcio vincular, en las condiciones de los art. 207 y 209 de la ley 23.515. Pero el derecho se pierde además por la celebración de nuevo matrimonio con el cual sería incompatible.
- **PENSIÓN Y DAÑOS: OCASIONAR UN DAÑO AL OTRO CÓNYUGE DA NACIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE REPARARLOS.** Se trata de resarcirse de los perjuicios ocasionados por la conducta del culpable, sea directamente por los propios actos de éste, sea indirectamente como consecuencia de la separación o del divorcio. El reconocimiento de daños y perjuicios es ineludible. Todo esto porque el matrimonio no es más que un contrato civil y el artículo 1.204 del Código Civil establece el resarcimiento de los daños y perjuicios.

a) ***Disolución de la sociedad conyugal.***

El siguiente texto y análisis ha sido parafraseado de Escribano (1978 y 1982).

A partir de la reforma de la ley 17.711 según el art. 1306 del Código Civil, la sentencia de divorcio produce, la disolución de la sociedad conyugal que se completa posteriormente con la partición y adjudicación de los bienes respectivos. Muchas veces ocurre que la liquidación de la sociedad conyugal no se efectúa en forma inmediata, sino después de cierto tiempo, que a veces es prolongado, lo que origina una etapa de tránsito.

Durante ese periodo se plantean una serie de dificultades respecto a la administración de los bienes que integran la sociedad conyugal. Esta situación es más grave aún si además se pone en discusión la naturaleza u origen de los bienes, discusiones que muchas veces se suscitan por falta de constancias eficaces respecto a la adquisición de los bienes.

Pero a menudo los conflictos se originan por la falta de normas específicas que regulen el procedimiento a seguir en el curso de las operaciones jurídicas contables que derivan de la disolución del vínculo y que culminan con la confección de las hijuelas de los cónyuges. Resultan insuficientes los principios generales del derecho y el recurso a las normas análogas para dar solución a las diversas y complejas situaciones que surgen a raíz de la disolución de la sociedad conyugal, en aquellos casos no previstos por la ley.

Lo dicho se aplica especialmente a la situación en la que se encuentra el cónyuge que no forma parte de la S.R.L y/o S.A. de la cual es socio el otro cónyuge, siendo ese el único medio de ingresos económicos de la sociedad conyugal.

En caso de conflicto, el cónyuge no socio no puede solicitar medidas cautelares sobre los bienes de la sociedad, porque los bienes no pertenecen a los socios individualmente, de acuerdo a lo que surge de los Arts. 1702, 1711 y 1712 del Código Civil. El cónyuge del socio está pues en esta situación equiparable a la de los terceros acreedores del mismo y no puede lesionar los derechos de los demás socios, ajenos al pleito conyugal, según lo explica el citado autor.

La pacífica jurisprudencia de la 2da. Cámara Civil Argentina del día 21 de octubre de 1948 es unánime en el sentido de que ante una situación de conflicto entre el interés de la sociedad en no ser molestada en su administración y el de la esposa de uno de los socios que estaban en pleito de divorcio con éste, se resolvió que privara el interés de la sociedad que estaba amparada en tal carácter por principios legales y constitucionales. Tampoco es posible nombrar interventor en sociedades constituidas por el cónyuge con terceros, ya que implica injerencia en las operaciones sociales, la única medida cautelar que resulta posible de implementar es la designación de un veedor que ejerce un adecuado control en el negocio, pero

sin intromisión en la administración. Sólo en caso de que surjan graves irregularidades que justifiquen denunciar esos hechos, la ley permite la intromisión en la sociedad a través de la figura de un interventor judicial. Así, cuando los derechos patrimoniales de uno de los cónyuges corren el riesgo de ser burlados por maniobras del otro, tendientes a ocultar, disminuir o hacer desaparecer bienes pertenecientes a la sociedad conyugal.

El autor continúa explicando que esto ocurre por ejemplo cuando se invierten las utilidades en la compra de mercaderías para evitar el cumplimiento de la orden de embargo de dichas utilidades. También es usual la reiterada negativa a suministrar informes solicitados por el juzgado. Otro recurso es poner obstáculos al perito contador para realizar la compulsión, sumando a la circunstancia de que los libros de la sociedad no contengan registros relativos al cónyuge demandado, titular del 90% de las cuotas de capital social.

La situación del cónyuge que no es socio es de total desamparo legal. Así ocurre corrientemente en el caso de las empresas familiares, en la que uno de los cónyuges no integra la sociedad y todos los bienes de la sociedad conyugal integran el capital social de una S.R.L. y/o S.A.

La solución a estas situaciones debe venir a través de la reforma de la legislación vigente. Es necesario propiciar una regulación expresa dentro de un determinado tipo social, como sería una sociedad de familia o bien contemplando estas situaciones dentro de la ley societaria.

Deben adoptarse normas que resuelvan el conflicto entre los dos grandes intereses en juego: el de la sociedad y el de la familia. Por un lado la ley societaria debería ser más flexible en estos supuestos y autorizar las medidas cautelares que surgen del art. 233 del Código Civil, a los fines de evitar posibles fraudes entre los cónyuges. Por el otro el centro de interés está en la protección de los gananciales.

b) Cuotas sociales de un cónyuge

La adopción de la sociedad como forma jurídica de organización de la empresa es un fenómeno creciente de raigambre mundial.

En nuestro país la ley 22.903, con vigencia a partir del 23 de septiembre de 1983 remozó con mucho acierto el régimen normativo societario estableciendo por la Ley 19.550, captando las exigencias de la actividad económica social, donde se están produciendo rápidos y profundos cambios.

En ese contexto de proliferación de entes societarios, ocurre con frecuencia que uno o ambos cónyuges sean titulares de cuotas de capital en sociedades, cuya participación en éstas reconozca aportes en dinero o bienes que pueden ser de carácter propio o ganancial.

En tales supuestos, a la disolución del régimen patrimonial del matrimonio, puede existir como valor computable para liquidación, parte que al cónyuge corresponde en el capital social (su cuota de participación societaria) si ella se obtuvo mediante el aporte de dinero o la bienes gananciales en su totalidad; y, en todo caso, las utilidades realizadas y liquidadas al día de la disolución de la sociedad conyugal, aunque se trate de aportes efectuados con dinero o bienes propios, que son gananciales hasta esa fecha.

Ante ello, existen situaciones fácticas no debidamente contempladas en la normativa (tanto del régimen matrimonial como societaria), a saber.

Condiciones bajo las cuales la cuota de participación societaria de cualquiera de los cónyuges en tales sociedades está sujeta a partición y liquidación en el contexto de la sociedad conyugal disuelta.

Medidas precautorias que garanticen la efectiva posibilidad de que la cuota-parte de la sociedad ingrese al activo de la sociedad conyugal disuelta.

(1) CALIFICACIÓN DE LAS CUOTAS SOCIALES

Siguiendo a Zannoni (1980), diremos que a los fines de calificar las cuotas sociales como propias o gananciales se aplican los principios generales (artículos 1266, 1272 ap. 1° del Código Civil) por lo que la cuota social como valor económico se subroga en el patrimonio del socio con idéntico carácter propio o ganancial que tenían el dinero o los bienes constitutivos de aquel aporte.

Por ello, necesariamente a los fines de dilucidar la cuestión que nos ocupa debe establecerse primeramente el carácter propio o ganancial de la cuota social de que cualquiera de los cónyuges es titular, en base a la naturaleza propia o ganancial de los aportes realizados.

Zannoni (1980), establece otra premisa de gran importancia para la comprensión del problema.

"La cuota parte en el capital social que pertenece a cada socio es susceptible de dividirse, a su vez, en porciones ad valorem, del mismo modo que aquella cuota parte constituye una porción ad valorem del patrimonio social".

Lo expuesto significa que, a los efectos de la calificación propia o ganancial de la cuota de participación societaria del cónyuge socio, es posible establecer, en caso de aportes propios y

gananciales, la alícuota o porción en valor – *ad valorem* – uno y otro carácter. Ello se obtendrá simplemente, estableciendo la cuantía de los aportes en dinero o bienes propios y en dinero o bienes gananciales, respectivamente; y luego el porcentaje que, en valor – en moneda – tuvo cada uno en relación a los aportes totales. Por aplicación del principio de subrogación real, la cuota de participación social podrá, entonces, ser calificada como propia en la proporción que concurrieron aportes propios, y como ganancial en la proporción que concurrieron aportes gananciales.

(2) LA CUOTA SOCIAL EN EL PROCESO DE PARTICIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Calificadas las cuotas sociales que pertenecen a uno de los cónyuges como gananciales y determinando su valor deben ejecutarse las operaciones de partición.

En ese marco pueden plantearse diversas alternativas que contemplen las relaciones entre el cónyuge socio y la sociedad y las relaciones entre aquél y su cónyuge. Dichas alternativas varían desde la adjudicación al cónyuge no socio bienes en compensación del valor de la cuota parte del socio o la transferencia de acciones del cónyuge socio hacia el que no lo es en caso de tratarse de una sociedad anónima.

La cuestión suscita dificultades en caso de las sociedades de interés (colectiva, sociedad de responsabilidad limitada, etc.), fundamentalmente cuando la participación societaria trasunte el bien de mayor significación económica – cuando no el único – en los gananciales a partir.

Más allá de los esfuerzos interpretativos y las soluciones propiciadas por algún sector de la doctrina, se puede arribar a supuestos donde el cónyuge no socio deba subordinar su derecho a la efectiva partición de gananciales a la eventual liquidación de la sociedad; e incluso puede verse privado de percibir utilidades en caso que la sociedad decida reinvertir las mismas.

La laguna normativa puede ser aprovechada por uno de los cónyuges en su beneficio, lo que constituye una situación irrita.

Corresponde también tratar aquí la posibilidad de medidas precautorias durante el proceso de liquidación de la sociedad conyugal. La medida cautelar más propia es el nombramiento de un veedor o interventor informante. Corresponde aclarar que la intervención prevista por la ley societaria excluye a los terceros, según lo expuesto por Héctor Cámara (1985).

Por ende, las medidas precautorias deberán instrumentarse en el marco de los artículos 233 y 1295 del Código Civil, y conforme las legislaciones procesales.

Corresponde instar un cambio en la doctrina judicial que inspiró algunos fallos en el sentido de las sociedades que integra el cónyuge con terceros no pueden ser afectadas por medidas cautelares, pues los bienes societarios no integran el patrimonio de los socios individualmente considerados. Ese rigorismo tribunalicio ha impuesto – en la mayoría de los casos – la necesidad que el cónyuge no socio acredite el peligro para sus intereses. Como ejemplo del criterio de los tribunales resulta pertinente transcribir un fallo de la CN Civil. Sala C. Julio 8-980--- Krieger de Baraza c/ Beraza – L.L. 1981-A-90, JA 981-I-571: “Las medidas que autorizan los arts. 1295 del Cód. Civ. y 74 de la Ley 2393 deben limitarse al 8 obra citada. pág. 78 patrimonio del marido sin que afecten los intereses de terceros. De ahí que con respecto a la intervención de una sociedad de la cual es parte, sólo es procedente cuando los derechos patrimoniales de la esposa corren peligro de ser burlados por maniobras tendientes a disminuir, o hacer desaparecer, bienes pertenecientes a la sociedad conyugal. Esta circunstancia debe ser acreditada por lo menos sumariamente, toda vez que se trata de una medida excepcional que impone por la razón expuesta mayor cautela para decretarla.

Resulta más adecuado a la protección de los intereses del cónyuge no socio la doctrina de un reciente fallo N° 122 de la Cámara Civil Argentina, Sala K 12-10-1995 en cuanto considera que las sociedades con respecto a las cuales se solicitan las medidas de seguridad no pueden considerarse como terceros al pleito entre los cónyuges en razón que la enajenación de sus bienes puede afectar a la sociedad conyugal.

Capítulo II

Divorcio

A. Antecedentes históricos

1. El divorcio desde el punto de vista del derecho canónico

Hasta la sanción del Código Civil, el divorcio estuvo regido en nuestro país por la legislación canónica. En esos casos correspondía a los jueces eclesiásticos entender en las causales de divorcio y a los jueces civiles conocer de todos los efectos civiles del divorcio.

Para la Iglesia es claro que Dios quiso desde siempre que la unión matrimonial fuera permanente. Este es igualmente el deseo de quienes se aman y unen en matrimonio pues nadie quiere que su unión fracase o se rompa. Por eso Cristo, vencedor del mal, les dio a los esposos la oportunidad de amarse con un amor cristiano, es decir, de hacer de su vínculo una alianza irrompible pues se basa en el compromiso de amarse como Cristo ama, y en el apoyo de la gracia divina que sostiene siempre a quienes desean vivir de su amor.

Por eso, convertido por Cristo en Sacramento, el matrimonio establece una unión garantizada por Dios mismo y cuya santidad y fuerza no la debe romper ningún hombre.² San Pablo refuerza esta enseñanza recordando que es voluntad de mismo Jesús que los esposos permanezcan unidos.³

En consecuencia con la Palabra de Dios, la Iglesia no reconoce el divorcio civil pues el Estado no puede disolver lo que es indisoluble, e invita a analizar todo el dolor y daño que las rupturas matrimoniales causan a los individuos y a los hijos.⁴

² BIBLIA, Mateo 19:3-6.

³ BIBLIA, 1Cor 7, 10-11 y Ef. 5, 23-33.

⁴ El Catecismo de la Iglesia Católica #s 2382-2386.

Según el Código de Derecho Canónico de Argentina, la única forma de que un vínculo matrimonial se disuelva por la Iglesia es que se pruebe, mediante un proceso de anulación, ante un Tribunal Eclesiástico, que dicho vínculo fue nulo, es decir, que por diferentes razones, no fue nunca un verdadero matrimonio.

En la Iglesia existe, para situaciones extremas, la separación, cuando se demuestra que la convivencia es imposible y lleva consigo un daño serio para alguno de los cónyuges o los hijos. Pero esta "separación de cuerpos" no es divorcio pues el vínculo establecido por el sacramento sigue existiendo y los cónyuges no pueden volverse a casar.

a) *Causas que acepta la Iglesia para que un matrimonio se separe*

El Derecho Canónico vigente en el N° 1153 dice: "*Si uno de los cónyuges pone en grave peligro espiritual o corporal al otro o a la prole – los hijos - o de otro modo que hace demasiado dura la vida en común, proporciona al otro un motivo legítimo para separarse*".

- El peligro espiritual se refiere a cuando uno de los cónyuges abandona la fe católica para unirse a una religión y obliga al otro y/o a los hijos a hacer lo mismo, o no permite que su cónyuge practique su fe, o lo obliga a cometer algún acto inmoral.
- El peligro físico es cuando existe violencia - física o mental - en el trato con el otro cónyuge o los hijos, sea por enfermedad mental, o por vicios. El adulterio sistemático por parte de alguno de los cónyuges atenta contra el deber a la fidelidad y podría ser, en caso muy extremo, motivo legítimo de una separación.

b) *Efectos civiles de la separación del matrimonio católico*

Los separados tienen vigente el vínculo matrimonial. Por eso no pueden volverse a casar por la Iglesia. Y en los países donde el matrimonio católico tiene validez civil, los separados tampoco pueden contraer matrimonio civil, a no ser que se disuelvan las obligaciones legales del vínculo sacramental anteriormente adquirido (divorcio).

Entre los separados no es exigible el débito conyugal. Entre ellos cesan igualmente los demás derechos y obligaciones propios de la convivencia, excepto las obligaciones con los hijos y la debida asistencia económica a la esposa.

La sociedad conyugal puede disolverse, si se pide adicionalmente al juez. Los separados pueden unirse nuevamente, suspendiendo la separación.

Mientras su ex -conyugue vive, un divorciado puede volverse a casar sólo si ha disuelto su vínculo previo a través de una anulación eclesiástica, conforme al Decreto de Invalidez de un Tribunal Eclesiástico (anulación).

c) *Divorcio y nulidad matrimonial*

No son sinónimos. El vínculo generado por el matrimonio rato y consumado, no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte. En consecuencia, nunca será posible, por ningún trámite ni procedimiento, que la Iglesia declare disuelto el vínculo matrimonial válidamente establecido, es decir un matrimonio que ha sido consumado: cuando los cónyuges han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole, al que el matrimonio se ordena por su misma naturaleza y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne. En cambio, cuando se ha contraído, pero no ha sido consumado, puede ser disuelto con justa causa por el Romano Pontífice, tras un proceso judicial, a petición de ambas partes o de una de ellas, por nulidad matrimonial taxativamente enumeradas en el Código de Derecho Canónico y nadie puede agregar o quitar alguna de ellas.

El divorcio presupone siempre un matrimonio válido que, por alguna causa surgida después de su celebración, no puede prolongarse en la convivencia o consorcio de vida conyugal, y los esposos, ya ambos, o alguno de ellos, no impugnan la validez del vínculo, sino que piden su ruptura, invocando los motivos que las leyes civiles suelen acordarles, con mayor o menor amplitud para justificar esta separación, no sólo de cuerpos, sino la rescisión del mismo vínculo matrimonial.

Esto elimina cualquier posibilidad de la Iglesia de acceder o conceder un divorcio, que consiste, precisamente, en la ruptura o eliminación de ese vínculo o ligamen conyugal, por cualquier causa sobreviniente o surgida con posterioridad a la celebración de un matrimonio válido, y que posibilitaría readquirir la aptitud nupcial, al modo que lo autoriza la legislación civil de muchos países.

Pero las causas de nulidad matrimonial son cuestiones distintas y diversas al divorcio, porque estas causas, deben coexistir, estar presentes al momento de la celebración matrimonial y así afectan su validez, es decir, nunca ha habido verdadero matrimonio válido, desde la celebración. Cuando los contrayentes están incurso en algunas de esas causas se dice que "atentan inválidamente el matrimonio". Si el sacramento fue celebrado de buena fe y si ambos cónyuges o al menos uno de ellos, desconocía la invalidez del matrimonio, éste se llama "putativo", o sea que es tenido por matrimonio, pero que no lo es, aunque lo quieran así quienes lo han contraído.

Por lo tanto, queda en claro que la Iglesia no anula ningún matrimonio, se limita a declarar, a petición de parte interesada, que algún matrimonio en particular es nulo, cuando ese matrimonio está afectado por alguna de las causas de nulidad descriptas.

El Código de Derecho Canónico, notas elaboradas por los canonistas que anotan y comentan la quinta edición del Código hecha por la Universidad de Navarra, en 1992, dice:

"El principio de la duda: según el Santo Padre el matrimonio goza del favor del derecho, por lo que en la duda se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario."

2. 1857 Buenos Aires: Derechos hereditarios del cónyuge

En 1857, después de Caseros, se dicta en el Estado de Buenos Aires, una ley que acuerda a los cónyuges mejor derecho hereditario que a los colaterales.

El reconocimiento del derecho hereditario del cónyuge ha sido objeto de un largo proceso histórico.

En el derecho romano, solamente la esposa tenía vocación sucesoria, reputándose que ocupaba el lugar de una hija. Pero caía en desuso hacia el final de la República, la esposa quedaba excluida de la sucesión del marido, a menos que él la instituyera heredera. En el Código Napoleón el cónyuge era excluido por todos los parientes legítimos, incluso los colaterales; sólo en defecto de ellos heredaba.

Para atenuar este inconveniente y evitar la vacancia de las sucesiones JUSTINIANO reconoció al cónyuge, esposo o esposa, derechos hereditarios a falta de otros parientes (descendientes, ascendientes o colaterales).

Esta larga resistencia a reconocer los derechos hereditarios al cónyuge, comenta Borda (1977) en el Tratado de Derecho de Sucesiones, tenía el propósito de evitar el traspaso de la fortuna de una familia a otra. Era una concepción feudal del derecho. Las fortunas (y sobre todo los bienes más importantes, que eran las tierras), se consideraban el patrimonio de una familia, se adquirían generalmente por herencia y eran el fruto de varias generaciones. Rara vez eran el producto de un esfuerzo individual.

Luego el capitalismo alteró las bases de la economía, la exclusión del cónyuge dejó de ser justa. Las fortunas se adquirían rápidamente, eran sobre todo el resultado del trabajo personal. Carecía ya de sentido reservarlos a los parientes de sangre que perjudicaba al cónyuge que había colaborado con su esfuerzo y su compañía al logro de este bienestar.

Algunas provincias dictaron leyes favoreciendo la situación del cónyuge (La Rioja, 1855; Jujuy, 1856; Entre Ríos y Santa Fe, 1862). Famosa es la de Buenos Aires, dictada en 1857, por la que se le reconoció un rango preferente a los colaterales, que quedaban excluidos por él. El Código Civil reconoció la mitad de los bienes gananciales, permitiéndole concurrir, aun con los descendientes o ascendientes, a la herencia de los bienes propios del cónyuge premuerto.

3. 1867 Santa Fe: Primera ley de matrimonio civil

Como se ha expresado anteriormente y hasta 1867, en nuestro país, cada culto registraba los casamientos de sus fieles y el Estado no tenía intervención en esto. En ese año, se sancionó en Santa Fe la primera Ley de Matrimonio Civil, que habría la posibilidad de casarse a aquellos que no siguiesen una determinada religión o para parejas de diferentes credos; de esta manera podían hacerlo frente al Estado.

Cualquiera podía casarse ante la ley, excepto los católicos. La ley reconocía a la Iglesia Católica la autonomía para unir matrimonios y registrarlos y éstos tenían también valor legal. Otras religiones, como por ejemplo el judaísmo, tenían, desde 1867, la obligación de casarse además por civil.

Esta ley queda derogada por la hostilidad social que generó. La Iglesia ordenó la excomunión del Gobernador creador de la ley y a los párrocos que no celebraran matrimonios de las parejas que primero se hubiesen casado por el Registro Civil. Produjo una reacción popular que culminó con la renuncia del gobernador y al año siguiente, se derogó la ley. También se suprime el retracto gentilicio.

Con la sanción del Código Civil Argentino en el año 1869 y teniendo en cuenta los usos y costumbres del momento, Vélez Sársfield continuó dándole al matrimonio carácter religioso, monogámico e indisoluble; estableciendo que debía celebrarse según las solemnidades prescriptas por la Iglesia Católica, Art. 167 y que los que no fueran católicos, debían inscribir el matrimonio en las parroquias a las que pertenecían, Art. 179.

El artículo 167 redacta lo siguiente:

"Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no de enervarlas y corromperlas. Sería incitar a las personas

católicas a desconocer los preceptos de su religión, sin resultado favorable a los pueblos y a las familias.

Para los que no profesan la religión católica, la ley que da al matrimonio carácter religioso, no ataca en manera alguna la libertad de cultos, pues que ella a nadie obliga a abjurar sus creencias. Cada uno puede invocar a Dios en los altares de su culto."

En julio de 1884 se dicta la Ley sobre Registro Civil que crea el cargo de Oficial de Registro Civil, quien está encargado de llevar por duplicado el Registro de Nacimientos, el Registro de Matrimonios y el Registro de Defunciones.

B. Divorcio en la ley de matrimonio civil 2.393 del año 1888

1. Caracteres

En 1888 se dictó la Ley Nacional de Matrimonio Civil, derogando las normas del Código Civil que legislaban sobre la materia, que continúa vigente pero con algunas modificaciones entre las cuales podemos nombrar la posibilidad del divorcio, la ley de matrimonio igualitario.

Ésta ley estableció que las personas, cualquiera sea su religión, primero debían casarse ante el Estado (matrimonio civil) y luego a opción personal celebrar el matrimonio bajo la tutela de su religión. La ley implica que el Estado Nacional sólo reconoce la validez legal de los matrimonios civiles y las uniones religiosas por sí solas no tienen valor legal alguno.

Para evitar matrimonios únicamente religiosos y asegurar el cumplimiento de la ley, el Estado obliga a las distintas religiones a casar solamente a parejas que previamente hayan contraído matrimonio ante un juez de paz. La decisión de elegir un matrimonio religioso es un derecho privado de los casados, que se puede ejercer posteriormente al matrimonio civil, así lo dice el Código Civil:

"El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto." (Artículo 188) y no previo al mismo.

Se establecieron sanciones para quienes obraran en contrario a la ley y se casaran sin pasar primero por el Registro Civil. Hay quienes se adelantaron a la ley y concretaron sus bodas previo a las obligaciones de la nueva reglamentación. Otros casados en vigencia de la ley se rehusaron a seguirla e intentaron casarse solamente bajo la legislación canónica.

Surgen de ésta ley de Matrimonio Civil en su Art. 9 y 16 los impedimentos civiles para contraer matrimonio y los vicios al consentimiento son:

- a) La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación, sean legítimos o ilegítimos.
- b) La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos, legítimos o ilegítimos.
- c) La afinidad en línea recta en todos los grados.
- d) No tener la mujer doce años cumplidos y el hombre catorce.
- e) El matrimonio anterior mientras subsista.
- f) Haber sido autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges.
- g) La locura.

La violencia, el dolo y el error sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil vician el consentimiento.

Establece que el matrimonio debe celebrarse ante el Oficial Público encargado del Registro Civil y que deben comparecer personalmente los futuros esposos, en presencia de dos testigos y con las formalidades que exige la ley, pudiendo celebrarse en el domicilio de alguno de los cónyuges en caso de impedimentos para concurrir.

En el artículo 118 se dispuso que *"los ministros, pastores o sacerdotes, de cualquier religión o secta, que procedieran a la celebración de un matrimonio religioso, sin tener a la vista el acta a que se refiere el art. 47 estarán sujetos a las responsabilidades establecidas por el art. 147 del Código Penal, y si desempeñasen oficio público, serán separados de él"*. Como forma de obligar a la Iglesia a cumplir la nueva reglamentación.

Así es que lo que logró esta ley fue dar un cambio total con respecto al matrimonio en Argentina, no sólo por darle carácter civil al matrimonio, sino más porque se prohibió celebrar solo el matrimonio religioso, obligando a realizar antes el civil e imponiendo una sanción penal para quienes violaren esta disposición. Ahora la resolución de conflictos en materia del matrimonio quedaba en manos de los Registros Civiles.

2. Divorcio: sanción de la ley 2.393

La ley de matrimonio civil adoptó el régimen del divorcio sanción, de tal modo que sólo podía ser decretado judicialmente sobre la base de alguna de las causales determinadas en la ley,

las cuales se fundaban exclusivamente en la culpa de uno de los esposos decretarse este divorcio no vincular, es decir no pierde la vocación hereditaria.

En su artículo 64 expresa: *"El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial"*, el cual se disuelve solo por muerte de uno de los esposos.

Se enuncian taxativamente las causas divorcio como:

- a) "Adulterio de la mujer o del marido.
- b) Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal o como cómplice.
- c) La provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos.
- d) La sevicia.
- e) Las injurias graves; para apreciar la gravedad de la injuria, el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse.
- f) Los malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando sean, tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal.
- g) El abandono voluntario y malicioso."

3. La ley 11.357: sobre los derechos civiles de la mujer

Tuvo por finalidad primordial conceder a la mujer casada una mayor extensión en sus derechos civiles y un campo de acción más amplio en cuanto al régimen matrimonial.

La ley 2.393 era muy tajante en la distinción entre el marido y la mujer y muy injusta. Esta nueva ley trató de colocar en un pie de igualdad al hombre y a la mujer, haciendo desaparecer las desigualdades existentes en el Código. Así se evitaban los abusos e injusticias causados por los maridos a sus mujeres como consecuencias por malos negocios del marido o negligencia e impericia del mismo que ponían en riesgo la situación y bienes encomendados a la mujer que se veía obligada a contraer obligaciones que tenían causas extrañas a las necesidades del hogar. La idea fue concederle a la mujer casada una mayor independencia de personalidad en cuanto a su capacidad civil y a sus bienes.

Borda (1977) afirma que la sociedad conyugal es bicéfala, es decir la administración es ejercida por ambos cónyuges, siendo cada uno soberano en lo que refiere a los bienes que la ley

le asigna. Cada uno administra sus bienes propios pero también administra los gananciales y los que adquiera con su trabajo personal.

¿Qué pasaba si la mujer delegaba en el marido todos sus poderes de administración? la sociedad conyugal funcionaba como en el régimen del Código, antes de la vigencia de la ley 11.357.

Entonces Fassi (1977) dice que la ley 11.357 estableció un sistema de administración plural. El hecho de que la mujer tuviese bienes propios o ingresos de su actividad personal, realice actos de administración, o se apropie de los ingresos de su trabajo personal, no implicaba la revocación del mandato tácito del marido y mientras esto no sucediera el marido, podía realizar con tanta eficacia como su mujer, los actos de administración.

Finalmente, para Vidal Taquini (1978), la administración de la comunidad en su totalidad le correspondía al marido. Esto subsistía mientras la mujer no la asumiese mediante la inscripción de su voluntad por administrar en el registro o mediante su actuación personal. Por esto es que Vidal Taquini manifiesta que la ley 11.357 creó dos excepciones: la administración reservada a la mujer, sobre la cual el marido no tenía injerencia alguna; y la administración de los bienes propios de la mujer por el marido, que subsistía hasta que fuese revocada.

Como conclusión y resumen de lo ante dicho por éstos autores y según la ley 11.357 el marido era el único administrador de la sociedad conyugal salvo que la mujer por su propia voluntad quisiese administrar sus bienes. Luego surge el mandato tácito como voluntad presunta de la mujer y no como imposición de la ley para que el marido administre sus bienes.

C. Ley 14.394. Ley omnibus. Gobierno de Perón

Como consecuencia de una conversación con la Sra. Margarita Heluani y luego de hacer un análisis de ésta ley, podemos hacer la siguiente síntesis:

En lo político, el pensamiento de Perón era producto de múltiples influencias que iban del nacionalismo católico, el falangismo español y el fascismo hasta el socialismo, por lo que su candidatura fue apoyada por sindicatos, sectores militares y por la Iglesia Católica.

Perón planteaba la necesidad de integrar al obrero al sistema como un consumidor y, de esa manera, alejarlo de la influencia revolucionaria.

La crisis desatada en 1952, coincidentemente con la muerte de Eva Perón, debilitó notablemente al modelo peronista, y le fueron restando apoyo todos aquellos que lo ayudaron a llegar al poder.

En 1954, estalló el conflicto con la Iglesia Argentina cuando ésta decidió apoyar a un partido Demócrata Cristiano, siguiendo las orientaciones mundiales del Vaticano. Perón se ofendió porque consideraba a su partido democrático y cristiano, y no veía la necesidad de crear otro. De aquí en más las pasiones se desataron.

Perón elevó al Congreso la Ley 14.394 entre otras, pero eran los últimos días de sesiones y no se habían estudiado ni mucho menos sancionado las mismas y el Congreso decidió aprobarlas a libro cerrado. Así se sancionó la Ley N° 14.394, llamada Ley Ómnibus, cuyo artículo 31 incluía el divorcio, el cual habilitaba para contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas. Además Perón legalizó los prostíbulos y suprimió la obligatoriedad de la enseñanza religiosa en las escuelas, como parte del enfrentamiento con la Iglesia Católica que había apoyado activamente al peronismo hasta ese año.

La Iglesia encabezó la oposición y, el 11 de junio de 1955, la tradicional procesión de Corpus Christi se transformó en una multitudinaria manifestación antiperonista. El descontento eclesiástico alentó la disconformidad militar y comenzó a prepararse un nuevo golpe cívico militar.

Tras el derrocamiento de Perón, este artículo (31) fue suspendido mediante el decreto ley 4070/1956. Fue muy criticado y analizado el hecho de que si un Decreto Ley podía dejar sin efecto a una ley. Esta controversia trascendió durante mucho tiempo hasta que el divorcio volviese a ser aceptado en 1987 mediante la Ley N° 23.515.

D. Ley 17.711

1. Caracteres y efectos

La reforma introducida por la ley 17.711 en 1968, al admitir en el art. 67 bis, ley matrimonio civil, que el divorcio se decretase a petición conjunta de los esposos cuando existieran causas graves que hiciesen imposible la vida en común, donde no necesariamente esas causales debieran configurar culpa de alguno de los esposos, ya que hasta entonces solo se preveía el divorcio contradictorio, "divorcio-sanción".

"Artículo 67 bis Ley 2.393.- Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal. El juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en

ella por las partes, tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.

"Fracasada la conciliación se convocará otra audiencia dentro de un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres. Si también ésta resultare estéril, porque no se logra el advenimiento, el juez decretará su separación personal cuando, según su ciencia y conciencia, los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando indicar cuáles son los hechos aducidos. Esta decisión tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos, pero sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores, los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos.

"Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta tramitará por vía sumaria.

"La decisión judicial determinará, a instancia de partes, cuál de los cónyuges quedará al cuidado de los hijos, para lo cual tendrá en cuenta lo que aquéllos acuerden, si el interés superior de los menores no aconsejare otra solución. En cualquier caso, podrá modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconsejen las circunstancias."

Antes de la sanción de la ley 17.711, era indispensable fundar el pedido de separación en una de las causales establecidas en el art. 67 y probar los hechos aducidos en la demanda. Este sistema era excesivamente riguroso.

Luego de realizar un análisis de la ley 17.711, de su antecesora la 2.393 y de una charla con la Sra. Heluani, compaginamos las razones que llevaron a la introducción del Art. 67 bis. Cuando los cónyuges están de acuerdo en la decisión de separarse, es inútil que la ley los obligue a seguir conviviendo, ya que de uno u otro modo se separarán. Por otra parte, era frecuente que los cónyuges, deseando evitar el escándalo que supone todo juicio de divorcio, se pusieran de acuerdo en simular un pleito en el que las causales, a veces gravísimas, se ocultaban detrás de injurias más o menos inocentes, probadas por dos o tres testigos de buena voluntad. Todo se acordaba de antemano: lo que se diría en los escritos de las partes, lo que habrían de manifestar los testigos, quién quedaría a cargo de los hijos, cómo se dividirían los bienes. La mayoría de los juicios de divorcio concluían en primera instancia: las partes no apelaban la sentencia, lo que era la mejor prueba de que el juicio se había llevado de común acuerdo, porque cuando hay verdadero litigio, los derechos de las partes se defienden hasta la última instancia. Aunque la ley lo negara, en la realidad de nuestra vida jurídica, existía la separación por mutuo consentimiento, sólo que se llevaba a la práctica a través de un juicio simulado, que complicaba a las partes, los abogados y al mismo juez, en un procedimiento judicial que constituía una

amarga burla a la verdad. Era necesario concluir con esta farsa legal. Y por lo demás, hay que notar que aunque en estos juicios todo se hiciera de común acuerdo, se hacía necesaria la intervención de abogados, había que llevar a la Justicia a testigos parientes o amigos, todo lo cual ahonda la discordia y hace más difícil la reconciliación. Por consiguiente, también mirando el problema desde el ángulo del interés familiar, era indispensable encontrar un procedimiento que hiciera innecesario el pleito.

Así fue entonces como la ley 17.711 dictada en 1968, introdujo el art. 67 bis que implantó la separación por presentación conjunta, que permitió a los cónyuges, que habían llegado a la convicción de la continuación de que la convivencia era imposible, pedir de común acuerdo su separación, para la cual se arbitró un procedimiento simple y breve que eliminaba toda necesidad de pruebas. La aplicación práctica del sistema demostró su acierto. La gran mayoría de los juicios de separación tramitaron por el procedimiento del art. 67 bis.

Se comprobó también que con ese procedimiento se resolvían con mayor facilidad los problemas inherentes a toda separación y particularmente los alimentos y su cuantía, la tenencia y régimen de visitas de los hijos, la atribución del hogar conyugal e inclusive, la partición de los bienes de la sociedad conyugal. El proceso de divorcio contradictorio, contribuye a fragmentar más una familia ya fragmentada, incrementando el rencor y la agresión, y disminuye la tolerancia y la posibilidad de perdonar.

Borda (1977) comenta otro cambio introducido por la ley 17.711, fue en el Código Civil en los art. 1276 y 1277 donde establece la gestión separada de los bienes de los conyuges; es decir que cada uno de ellos administra y dispone de sus propios y de los gananciales por el adquiridos.

Así, el art. 1276, párrafo primero, dispone:

"Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el art. 1277 donde es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes. También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido."

2. Antecedentes legislativos

Para destacar el alcance de estas reformas, cabe recordar que en el régimen anterior, los cónyuges podían disponer ilimitadamente de sus bienes a título oneroso; pero la mujer no podía disponer de sus bienes propios a título gratuito (ley 11.357, art. 3, 2, c) y ninguno de los esposos podía donar los inmuebles gananciales, salvo la venia del otro cónyuge (art. 1807, inc. 2).

El sistema introducido por la ley 17.711 al reformar el art. 1277, tiene importantes antecedentes en la legislación comparada. Con mayor o menor extensión han admitido la exigencia del asentimiento del otro cónyuge para la disposición de los bienes gananciales, la ley española del 24 de abril de 1958 (modificatoria del art. 1413, C. Civil), la ley sueca de 1920, la ley danesa de 1925, la ley noruega de 1927, la ley finlandesa de 1929, la ley alemana de 1957, la ley francesa del 12 de junio de 1958 (modificatoria del art. 1424, C. Civil), la uruguaya 10783 de 1946, la ley chilena 10271 de 1952, la ley yugoslava de 1946, la ley polaca de 1950, la ley húngara de 1952, la ley rumana de 1954, la ley checoslovaca de 1964, C. Civil italiano, art. 184, nueva redacción.

a) *Régimen del Código Civil*

De acuerdo con el Código de Vélez Sarfield, el marido era el administrador legal y forzoso de todos los bienes, propios o gananciales, de ambos esposos (arts. 1276, C. Civil y 52, ley mat. civil). Podía enajenar y obligar a título oneroso todos los gananciales aunque fueran adquiridos por el trabajo de la mujer (art. 1277); incluso, podía enajenar los muebles propios de ella (art. 1257), pero no los inmuebles, para lo cual se requería autorización de la dueña (art. 1253).

La esposa se encontraba en una situación de incapacidad relativa: no podía estar en juicio sin licencia del marido, salvo que se tratase de pleitos entre ambos cónyuges, o de su defensa cuando fuere criminalmente acusada (art. 57 ley mat. civil); igualmente, necesitaba la venia para contratar, adquirir bienes o acciones a título oneroso, contraer o remitir obligaciones, enajenar u obligar sus bienes (arts. 54 y 55, ley mat. civil y 1252, C. Civil). Sin embargo, se presumía la autorización del marido si la mujer ejercía públicamente alguna profesión o industria, en cuyo caso también se reputaban autorizados todos los actos relativos a esa actividad, si no hubiere reclamación pública o judicial del marido. También se presumía la venia en las compras al contado y en las que hiciera al fiado para el consumo ordinario de la familia (art. 56, ley mat. civil). Cabe agregar, finalmente, que el marido no tenía obligación de rendir cuentas de su administración.

b) Ley 11.357. Consideraciones generales

El Código Civil colocó a la mujer casada en una situación que avanzado este siglo, resultó intolerable. La ley 11.357, dictada en 1926, vino a ponerle término y a ubicar las relaciones entre marido y mujer en un plano de relativa igualdad. Pero la modificación resultó demasiado revolucionaria para quienes habían estado acostumbrados al régimen anterior. Sobre todo porque dejaba subsistente en su Art. 3 un mandato tácito a favor del marido por lo que si la mujer quería ejercer ese derecho, debía revocarlo.

No obstante los defectos técnicos de la ley, la reforma es clara por lo menos con respecto a la administración de los bienes comunes: cada uno de los cónyuges administra sus bienes propios, los gananciales que sean el producido de éstos y los que adquiera con su trabajo personal. La mujer puede conceder poder a su marido para que administre sus bienes y, más aún, atendiendo a nuestras costumbres la ley presumía, salvo prueba en contrario, la existencia de ese poder. Pero ello no altera la definida separación de bienes y administraciones.

Continuado con los análisis que hace Borda (1977) comenta que las personas no estaban preparadas en aquella época para una reforma tan sustancial. Los jueces y tratadistas trataron de empujarse en lo posible los alcances de la nueva ley. Se dijo que, no obstante ella, subsistía en gran parte el régimen del Código; que había un régimen primario, del Código, y uno compuesto de la ley 11.357; se habló de los gananciales de administración estable y de los que no lo eran, introduciendo una terminología que la ley no autoriza; todo ello dio origen a una confusión en las ideas y en los derechos, realmente singular. El estudio paciente de la jurisprudencia resulta sorprendente por la falta de unidad y coherencia. En el fondo, había la convicción de los juristas de que la reforma era excesiva e inconveniente para la solidez de la familia. Por ello se echó mano de cualquier recurso para reducir el ámbito de su aplicación. Pero como esas soluciones chocaban con los textos legales, surgieron las decisiones contradictorias y la anarquía.

c) Ley 17.711. Régimen actual

Ha mejorado la defectuosa técnica de la ley 11.357; ha derogado expresamente disposiciones del Código cuya subsistencia se debatía, originando confusiones por su evidente contradicción con la ley 11.357 y, finalmente, ha acentuado el régimen de separación de administraciones, e introducido una importante novedad en materia de actos de disposición de bienes gananciales.

Para facilitar la comprensión del sistema legal, es necesario dejar sentado cuáles son sus ideas esenciales:

1. El marido ha dejado ya de ser el administrador de la sociedad conyugal. Aunque esta solución resultaba claramente de la ley 11.357, la jurisprudencia la resistió, aduciendo la subsistencia de los arts. 1276, C. Civil, y 52, ley mat. civil. Para poner fin a todo equívoco, la ley 17.711 ha derogado expresamente ambas normas.
2. En el régimen actual, la administración de la sociedad conyugal es bicéfala. Existen dos masas de bienes, cada una de las cuales está administrada por uno de los cónyuges; pero la facultad de disposición de los bienes gananciales cuya administración le está reservada a uno de los cónyuges, tiene una importante limitación establecida en el nuevo texto del art.1277.
3. El Código Civil establecía que el marido era el administrador legal y forzoso de todos los bienes de la sociedad conyugal; la ley 11.357 introdujo una reforma importante al conferirle sólo un mandato legal revocable. Aun así, este sistema resultó confuso y dio lugar a serios inconvenientes. En el régimen actual, ha desaparecido inclusive el mandato tácito de la ley 11.357 y ninguno de los cónyuges puede actuar a nombre del otro sin que se le haya conferido mandato conforme a las reglas comunes de este contrato; la única aunque muy importante diferencia es que el cónyuge mandatario no está obligado a rendir cuentas (art.1276, nueva redacción).
4. El nuevo sistema legal establece una completa igualdad de los cónyuges con respecto a sus derechos de administrar y disponer de los bienes de la sociedad conyugal, sean propios o gananciales. La única excepción la constituyen los bienes cuyo origen no pueda determinarse; como en este caso era indispensable establecer quién tiene las facultades de administración y disposición, la ley se inclinó por el marido. La solución es lógica, aún dejando sentado el principio de la igualdad con respecto al manejo de los bienes, el marido es quien tiene a su cargo principalmente la responsabilidad de aportar lo necesario para la subsistencia de la mujer y los hijos. Sin embargo, tratándose de bienes no registrables, ambos cónyuges pasan a ser, en la práctica, poseedores de ellos, sirviendo esa posesión de título suficiente frente a terceros, conforme lo dispone el art. 2412, Código Civil. Esos terceros adquieren la propiedad de los bienes frente a los actos de disposición que realizaren el marido o la mujer. Esto resulta particularmente claro en el caso muy importante del empleo de dinero. La esposa dispone de él, compra, gasta, etc., sin que nadie pueda poner en duda frente a terceros, la legitimidad de sus actos, y no que está disponiendo de bienes cuya administración le corresponde al marido.

Zannoni (2003) y Borda (1977) coinciden en que es inadecuado emplear el vocablo consentimiento, ya que éste se otorga cuando una persona posee plena capacidad de disponer, es

así cuando éste ejerce el derecho real de dominio sobre la cosa, el cónyuge no propietario no puede, en este sentido, otorgar su consentimiento, ya que él no es propietario de la cosa, sino que su expresión de voluntad implica un asentimiento en cuanto al negocio jurídico a realizarse.

El acto jurídico de disposición de los bienes gananciales, ya sean propios de la mujer o del marido, es un acto complejo, por lo cual para surtir plenamente sus efectos necesita un estadio más que cualquier acto simple, cual es el asentimiento del otro cónyuge. Si éste no existiese el acto estaría viciado. Este vicio acarrea únicamente la nulidad relativa, pues bien puede ser subsanado, se trataría de aquellos vicios implícitos.

Éstos autores suponen que la reforma tiene en cuenta la teoría del abuso del derecho, ya que regula la posibilidad de las partes que no llegasen a ponerse de acuerdo acudan a la vía judicial, y es aquí donde parte de la doctrina cree que el asentimiento es suplido por el juez, y que esto es una especie de consentimiento dado por el juez. Pero esto no es así por que el juez, en ejercicio de sus funciones cumple con el mandato que la ley le otorga el cual es dirimir cuestiones contenciosas, como tercero imparcial. Le corresponde analizar las circunstancias del caso, medir las implicancias del negocio, valorarlo conforme a las posibilidades de los cónyuges y analizar la justa causa de oposición.

El fin perseguido por la norma es tutelar el derecho de participación de un cónyuge sobre los bienes que forman parte de la masa ganancial del otro, es decir, proteger, durante el matrimonio, los bienes de carácter registrable, con vistas a impedir un fácil egreso de la masa ganancial del cónyuge que los administra, para garantizar, en principio, su permanencia hasta la época de la disolución conyugal y tutelar la posibilidad de participar en la liquidación de ese bien al otro cónyuge.

Por su parte al Art. 1807 inc2 de las Donaciones, al ser de la misma naturaleza que el acto anterior, un acto de disposición le caben las mismas consideraciones, con la salvedad que aquí si cabe hablar de consentir, porque la no prestación de ésta implica que el acto sea nulo de nulidad absoluta ya que es un acto a título gratuito, que implica disminución del activo de la masa conyugal.

E. Actualidad. Ley 23.515

El 3 de junio de 1987, la ley 23.515, reformó sustancialmente el Código Civil Argentino en lo referente al divorcio al incorporar el divorcio vincular. El capítulo IX trata de la separación personal, que no extingue el vínculo matrimonial, pero produce ciertos efectos. Tras enumerar una serie de causales, como el adulterio, tentativa de homicidio contra el otro cónyuge o hijos,

instigación a realizar actos delictivos, abandono malicioso e intencional, injurias graves, enfermedad mental, alcoholismo o drogadicción, en el artículo 204 se permite que sin invocar causa, cuando la separación fuere mayor a dos años, cualquiera de los cónyuges pueda pedirla. Si uno se considera no culpable y lo comprueba, se dejará aclarado esto en la sentencia, pues tendrá influencia en cuanto a los alimentos. También puede ser realizada la petición (siempre que hayan pasado dos años desde el matrimonio) por ambos cónyuges, por causas graves, sin necesidad de especificarlas. La separación personal a solicitud de las partes puede al año, ser convertida en divorcio vincular.

El capítulo XII es el que se ocupa del divorcio vincular, aceptando las mismas causales de la separación personal y agregando que en caso de no alegar causales específicas, también se considera causa la separación personal por más de tres años. En este caso pueden presentar una demanda conjunta ante el juez, alegando la existencia de causales graves, sin especificar.

El divorcio vincular permite volver a contraer matrimonio, y quita la vocación hereditaria. Un efecto de ambos institutos (separación y divorcio) es la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la presentación de la demanda si fuera conjunta, o al de su notificación, si no lo fuera. En caso de separación personal, cuando la causal fuera por enfermedad mental, drogadicción o alcoholismo, el cónyuge enfermo conserva su vocación hereditaria. Lo mismo ocurre para el cónyuge no culpable, pero en todos los casos se requiere que no viva en concubinato o realice injurias graves con respecto al otro cónyuge. Estos derechos no se tienen en caso de divorcio vincular.

Con respecto a los hijos, tanto en divorcio vincular como en la separación personal, subsiste para ambos padres el deber de alimentos y educación, independientemente de quien ejerza la tenencia.

Capítulo III

Efectos patrimoniales del divorcio

Hay que distinguir entre lo que la ley entiende por Divorcio por Separación Personal y Divorcio Vincular.

A. Divorcio por separación personal

Consiste en la cesación de la obligación de cohabitar, sin que el vínculo matrimonial desaparezca.

CAUSALES

1. Causales fundadas en la culpa

Las causales de separación personal fundadas en la culpa de uno de los cónyuges están enunciadas en el art. 202 del Código Civil. Son hechos que implican graves violaciones de los derechos derivados del matrimonio. Los hechos que pueden dar causa a la separación culpable tienen los siguientes requisitos comunes:

- a) **GRAVEDAD.** Que hagan imposible moral o materialmente la vida en común de los esposos.
- b) **IMPUTABILIDAD.** Suponen una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuyen.
- c) **INVOCABILIDAD.** Los hechos pueden ser invocados únicamente por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió.
- d) **POSTERIORIDAD AL MATRIMONIO.** Los hechos invocables como causales de separación culpable deben ser posteriores al matrimonio sin perjuicio de que los anteriores puedan ser utilizados como antecedentes.

2. Causales de separación personal según el Código Civil Art. 202.

- a) **EL ADULTERIO.** Es la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero. Con un criterio más amplio se puede definir como toda violación del deber de fidelidad conyugal. Para configurarlo se requiere, además del elemento material, un elemento intencional, la voluntad libre de sustraerse a la fidelidad. Ya que resulta casi imposible dicha prueba, se admite la posibilidad de acreditarlo mediante presunciones graves, precisas y concordantes.
- b) **ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE O DE LOS HIJOS.** La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes ya como autor principal o cómplice o instigador. No configura esta causal las amenazas ni las manifestaciones del propósito de atentar contra la vida del cónyuge o de los hijos.
- c) **INSTIGACIÓN DE UNO DE LOS CÓNYUGES AL OTRO A COMETER DELITOS.** Es innecesario el juzgamiento penal de la instigación para que el hecho pueda ser invocado en el juicio civil.
- d) **INJURIAS GRAVES.** Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y además circunstancias de hecho que puedan presentarse. Son toda clase de actos, intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para el esposo, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades. Deben ser voluntarias, pero no es necesario que en todos los casos haya intención de ofender. Deben ser graves. La pluralidad no es requisito esencial para que ella se configure.
- e) **ABANDONO VOLUNTARIO Y MALICIOSO.** Es la supresión de la vida en común, sea mediante el alejamiento de un cónyuge, la expulsión del otro hogar, o el hecho de no permitirle la entrada, con sustracción a los deberes y cargas resultantes del matrimonio, en especial el deber de cohabitar. Requiere el factor moral de la imputabilidad. Debe ser voluntario y malicioso. Es malicioso cuando se realiza con el deliberado propósito de sustraerse al cumplimiento de los deberes conyugales. Basta con probar el alejamiento para probar el abandono. Se presume voluntario y malicioso, e incumbe al cónyuge que se aleja acreditar que tuvo causas legítimas y valederas para adoptar esa actitud.

3. Causas objetivas

Código Civil Art. 203. “Son aquellas causas que no suponen, o, al menos no suponen necesariamente culpa de uno de los esposos. Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que

impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos. Por ejemplo los trastornos de conducta.”

a) *Separación de hecho*

Código Civil Art. 204: “podrá decretarse la separación personal a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente.”

b) *Separación por mutuo consentimiento*

Código Civil Art. 205: “transcurridos dos años de Matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal conforme a lo dispuesto por el art. 236.”

Requisitos:

- Que el momento de la presentación conjunta de los esposos hayan transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.
- Que exista acuerdo de los cónyuges acerca de la existencia de causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común.

Para la mayoría de los autores podría invocarse cualquier otra causa que hiciese insoportable la convivencia como el desquiciamiento del matrimonio.

El acuerdo de los cónyuges debe persistir durante las dos audiencias. Uno de los esposos puede desistir del juicio de divorcio por presentación conjunta después de haberse celebrado las dos audiencias.

c) *Efectos de la separación personal*

Art. 206 y siguientes del Código Civil:

(1) EFECTOS RESPECTO A LOS CÓNYUGES

- SEPARACIÓN PERSONAL. No disuelve el vínculo matrimonial. Su efecto primordial es la cesación del deber de cohabitación. Cesa también la asistencia en el aspecto espiritual, pero subsiste en parte en el aspecto material, pues persiste la obligación alimentaria. No

desaparece tampoco el deber de fidelidad. La separación queda definitivamente legalizada con la sentencia.

- **USO DEL APELLIDO MARITAL.** Decretada la separación personal, será optativo para la mujer llevar el apellido del marido. Cuando existieren motivos graves los jueces a pedido del marido podrán prohibir a la mujer separada el uso del apellido marital.

(2) EFECTOS PATRIMONIALES

SEPARACIÓN DE BIENES. La sentencia de separación personal o de divorcio vincular disuelve la sociedad conyugal con retroactividad al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, retroactividad que tiene pleno efecto entre cónyuges, pero no puede perjudicar a terceros de buena fe, es decir a los que no conociesen la existencia del proceso de divorcio.

Las consecuencias de la separación personal que las del divorcio no son exactamente las mismas. La primera somete a los esposos al régimen de separación de bienes. El segundo extingue todo régimen matrimonial.

Dictada la sentencia de separación personal el cónyuge a quien se atribuyó la vivienda durante el juicio, podrá solicitar que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le causa perjuicio y no si causa a la separación personal, o si ésta se declara en los casos del art. 203 y el inmueble estuviese ocupado por el cónyuge enfermo.

En los casos en que la atribución u ocupación es de un inmueble propio del otro cónyuge, la ley establece la posibilidad de continuarla mediante el pago de un canon, derecho que se califica erróneamente como locación.

Uno y otro derecho cesan por concubinato del beneficiario, injurias graves contra el otro cónyuge o por desaparición de las circunstancias que lo fundaron. También podrá declararse la cesación anticipada de la locación o de la indivisión si desaparecen las circunstancias que le dieron lugar.

- **ALIMENTOS.** Código Civil Art. 207: el cónyuge que hubiera dado causa a la separación en los casos del art. 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos.

Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta:

- a) La edad y estado de salud de los cónyuges.
- b) La dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos.
- c) La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado.
- d) La eventual pérdida de un derecho de pensión.
- e) El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal.

En la sentencia el juez fijará las bases para actualizar el monto alimentario. En los casos de separación motivada por trastornos de conducta, se coloca al cónyuge enfermo en la situación del inocente.

Fallecido el cónyuge obligado, la prestación será cargada en su sucesión debiendo los herederos prever, antes de la partición, el modo de continuar cumpliéndola.

Cualquiera de los esposos, si no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el otro, si tuviera medios, le provea lo necesario para su subsistencia.

Todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que los percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge. Recordemos que el deber de fidelidad no desaparece.

- f) Derecho Hereditario: Estando separados los cónyuges por sentencia de juez competente fundada en los casos del art. 202, el que hubiere dado causa a la separación no tendrá ninguno de los derechos declarados en los párrafos anteriores. Si la separación se hubiese decretado en los casos del 203, el cónyuge enfermo conservará su vocación hereditaria. En los casos de los art. 204 y 205 ninguno de los cónyuges mantendrá derechos hereditarios en la sucesión del otro. En caso de decretarse la separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión.

En todos los casos en que uno de los esposos conserva vocación hereditaria luego de la separación personal la perderá si viviera en concubinato o incurriere en injurias graves en contra el otro cónyuge.

- g) Pensiones: La ley niega derecho a pensión al cónyuge que, por su culpa o por culpa de ambos, estuviere divorciado al momento de la muerte del causante, excepto cuando el divorcio se hubiere decretado según el art. 67 bis y uno de los cónyuges hubiera dejado a salvo el derecho de pedir alimentos.

La disposición aludía al divorcio limitado de la ley de matrimonio civil, por lo que plantea dudas su aplicación a la separación personal y al divorcio establecidos en la ley 23.515. Parecería que continuase siendo aplicable a la primera, pero que el divorcio extinguiere el derecho a pensión.

- h) Daños y Perjuicios: Si además de estar comprendidos en las previsiones del art. 202 los hechos allí previstos ocasionan un daño al otro cónyuge dan nacimiento a la obligación de repararlos. Se trata de resarcirse de los perjuicios ocasionados pro la conducta del culpable, sea directamente por los propios actos de éste, sea indirectamente como consecuencia de la separación o del divorcio. El reconocimiento de daños y perjuicios es ineludible.

(3) EFECTOS PERSONALES

Respecto de los hijos y continuando con el Código Civil:

- a) Tenencia definitiva: Respecto de los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.
- b) Filiación de los hijos: Si hubiere juicio de divorcio o nulidad de matrimonio y la mujer tuviere algún hijo nacido después de 300 días desde que la separación tuvo lugar, no se presume la paternidad del marido salvo que se probare que medió reconciliación probada al tiempo de la concepción.

Actualmente no se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los 300 días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

4. Conversión de la separación personal en divorcio vincular

Di Lella (1991), trata este tema aforrándose al texto del Código Civil en su Art. 216: El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidas en el art. 238.

A su vez, este último prevé dos formas de conversión:

- A petición conjunta de ambos cónyuges, cuando la separación personal tuvo lugar por culpa, por separación de hecho o por mutuo consentimiento, pasado un año de la sentencia firme de separación personal.
- A petición de uno sólo, en cualquiera de los casos, pasados tres años de la sentencia firme de separación personal.

B. Divorcio vincular

1. Divorcio por culpa

Son causas de divorcio vincular las causas del artículo 202. Por lo tanto, el divorcio vincular puede obtenerse por las mismas causales fundadas en la culpa de los cónyuges que la separación personal.

2. Separación de hecho

Código Civil Art. 214: de las causas objetivas, en cambio, sólo se prevé como causa de divorcio directa la separación de hecho, aunque en este caso se requiere que haya durado tres años de separados en lugar de dos como para la separación personal.

3. Mutuo consentimiento

El divorcio vincular también puede obtenerse por mutuo consentimiento, presentación conjunta, pero para ello es necesario que hayan transcurrido tres años de Matrimonio en lugar de dos como se requiere para la separación personal.

El artículo 215 dice: *"Transcurridos tres años de matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme a lo dispuesto en el art. 236"*.

Art. 236 del Código Civil: *"En los casos de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos:*

- a. *Tenencia y régimen de visitas de los hijos;*
- b. *Atribución del hogar conyugal;*

c. Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces incluyendo los modos de actualización.

También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo la liquidación de la misma tramitar por vía sumaria.

El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellos afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos.

Presentada la demanda, el juez llamar a una audiencia para oír a las partes y procurar conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.

Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instar a las partes al avenimiento y convocar a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación. Si el resultado fuere negativo el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren."

4. Efectos del divorcio vincular

- **DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL.** El divorcio vincular disuelve el vínculo matrimonial. Los esposos dejan de ser tales, y cesan todos los derechos y deberes derivados del matrimonio, en tanto no haya norma expresa en la ley que establezca su persistencia. Se aplican las mismas reglas sobre fijación del domicilio o residencia de los ex esposos, tenencia de los hijos, alimentos, atribución de la vivienda y revocación de donaciones. Pero además como consecuencia de la disolución del vínculo los cónyuges recuperan su aptitud nupcial.
- **DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL O EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL.** Después de la lectura del capítulo de Separación Personal y Divorcio Vincular tanto de la ley 23.515 y del Código Civil, podemos decir que si el divorcio vincular se decreta directamente, se disuelve la sociedad conyugal, pero sus efectos no son los mismos que los de la separación personal. El divorcio no acarrea la existencia de régimen matrimonial alguno, sino que desaparece todo régimen. Si se convierte la separación personal en divorcio

vincular, éste pone fin al régimen de separación de bienes al que estaban sujetos los esposos, cesando la aplicación del art. 1300 del Código Civil que reglamenta la contribución de uno y otro al sostenimiento de ellos y de los hijos.

- **DERECHO HEREDITARIO.** Cesa totalmente después del divorcio vincular, según lo establece el artículo 3.575 del Código Civil.
- **OTRAS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES.** La obligación alimentaria persiste a pasar del divorcio vincular, en las condiciones de los art. 207 y 209 de la ley 23.515. Pero el derecho se pierde además por la celebración de nuevo matrimonio con el cual sería incompatible.
- **PENSIÓN Y DAÑOS: OCASIONAR UN DAÑO AL OTRO CÓNYUGE DA NACIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE REPARARLOS.** Se trata de resarcirse de los perjuicios ocasionados por la conducta del culpable, sea directamente por los propios actos de éste, sea indirectamente como consecuencia de la separación o del divorcio. El reconocimiento de daños y perjuicios es ineludible. Todo esto porque el matrimonio no es más que un contrato civil y el artículo 1.204 del Código Civil establece el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Capítulo IV

El divorcio en el Proyecto de Reforma 2012: matrimonio, divorcio y unión convivencial

A. Introducción

El proyecto del Código Civil y Comercial redactado por la comisión designada por Decreto del Poder Ejecutivo 211 del 23 febrero del 2011 contiene profundas modificaciones al derecho de familia.

- **DIVORCIO.** La reforma del código busca simplificar los trámites en este sentido. Bastará la voluntad de uno sólo de los cónyuges, sin necesidad de que exista mutuo acuerdo, para concretar la separación.
- **CONTRATOS PRENUPCIALES.** Al igual que en otros países, una pareja podrá firmar antes de casarse un contrato prenupcial, que permitirá establecer antes de contraer matrimonio una división de bienes determinada en caso de divorcio.
- **UNIONES CONVIVENCIALES.** El nuevo código contemplará las uniones de convivencia entre dos personas con el fin de proteger el bienestar de una de las personas que integran la pareja ante la eventual ruptura del vínculo.
- **UN SOLO SOCIO.** La reforma permitirá conformar una sociedad comercial de "un sólo socio". Además se incorporará la figura de leasing, esto es, el alquiler con opción a compra.
- **FERTILIZACIÓN ASISTIDA.** La posibilidad de que una mujer acuda a un procedimiento de fertilización asistida estará contemplada en el nuevo código, así como el alquiler de vientre para aquellas mujeres que no puedan concebir.
- **ADOPCIÓN.** El proyecto busca simplificar los trámites de adopción de niños aunque mantendrá una serie de "controles".

A continuación analizaremos algunas de las modificaciones en detalle referidas al divorcio. Como sobre éste tema no hay mucho material de lectura por tratarse de un proyecto de reforma que aún no ha trascendido, nos referiremos a una nota del diario La Nación, quienes tuvieron acceso a las páginas del anteproyecto elaborado por la vicepresidenta del supremo tribunal, Elena Highton de Nolasco, y por la ex miembro de la Suprema Corte mendocina Aída Kemelmajer de Carlucci; del documento de trabajo del Centro de Bioética de Persona y Familia dirigido por Maria Inés Franck y Jorge Nicolás Lafferriere (2012) y al trabajo realizado por la señora Graciela Medina (2012) en cuanto a las reformas al Derecho de Familia.

B. Casamiento

Parafraseando el artículo del diario La Nación:

- La fidelidad dejará de ser un deber conyugal en el proyecto de unificación consagrado en el Código Civil y Comercial, como consecuencia el adulterio ya no existirá en términos jurídicos como causa de divorcio. Los cónyuges ya no "se deberán fidelidad", sino asistencia y alimentos. Tampoco estarán obligados a vivir bajo un mismo techo. También desaparecerá el texto "los cónyuges deben respetarse", la cual trajo aparejada grandes discusiones al ser un tema íntimamente relacionado con la cultura de nuestro país.
- Matrimonio igualitario. Los conceptos de hombre y mujer son reemplazados por "contrayentes".
- La edad mínima para casarse será de 18 años, tanto para hombres como para mujeres, modificación que ya rige desde 2009, por ley de matrimonio igualitario.
- Introduce la posibilidad de que Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella.
- En cuanto a los Hijos. No habla de padre y madre, sino de "relación filiatoria". El hijo podrá llevar el apellido de ambos o de uno solo, a opción de este.
- En el caso que no se celebre el casamiento, hay que devolver los regalos recibidos por tal motivo. "Las donaciones hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro, llevan implícita la condición de que se celebre matrimonio válido." Señala el texto.
- Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura". Por lo tanto los novios y las promesas de amor no existirán para la ley.

C. Derechos y deberes de los cónyuges

Comparativo con el Código Actual y el Proyecto según el Centro de Bioética de Familia y Persona.

1. Según el Código actual

- Art. 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.
- Art. 199. Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.
- Art. 200. Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.

2. Según el Código Proyectoado

- Art. 431 - Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca.

Estas modificaciones merecen las siguientes observaciones:

- El deber de asistencia: la obligación de aportar alimentos no presenta alteraciones, siendo la misma figura jurídica.
- Supresión del deber jurídico de fidelidad: Curiosa modificación que facilita el terreno al conyugue infiel, ya que al no ser tan clara la admisibilidad de acciones por daño moral causada por el conyugue infiel, al haberse eliminado la infidelidad como un deber jurídico, carecería de causa y ya no sería necesario la reparación del daño causado. La fidelidad no puede ser exigida jurídicamente ya que es enunciada solo como un mero deber moral. Se funda esta modificación a través de la autonomía de la voluntad, ya que si ambos conyugues están de acuerdo, pueden pactar la infidelidad, y en ese caso la ley no puede sancionar a ninguno de ellos por tal motivo. ¿Qué pasa si uno de los conyugues quiere ser infiel, y el otro no? Justamente este caso no presenta ninguna solución para el conyugue victima, favoreciendo al conyugue infiel.

Esto compromete el derecho a la unidad de identidad del niño. Esta modificación enfatiza el derecho de infidelidad, ya que las parejas no podrían pactar la fidelidad y

protegerse por la infracción y el agravio que les puede causar. Por todo esto podemos decir que este Código consagra el derecho a la infidelidad.

- Art.436 - Nulidad de la renuncia. “Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito”, según la redacción del artículo del proyecto. De esta forma se elimina cualquier posibilidad de que los cónyuges puedan pactarse entre sí el deber de fidelidad.
- Supresión del deber de cohabitación: Esta modificación facilita al conyugue que no quiere cohabitar, en contraposición con el que si quiere hacerlo. Desaparece el domicilio del matrimonio, la vivienda conyugal inembargable e inejecutable y altera las presunciones de filiación que se fundaban en la unión de los cónyuges a través del deber de cohabitación, haciendo necesario establecer otros criterios para comprobar tal filiación.

D. Acuerdo prenupcial

Continuando con la nota del diario La Nación:

Aparece la figura del Acuerdo Prenupcial, así las personas, antes de casarse, podrán firmarlo de manera de mantener sus bienes separados de los de su cónyuge o de los adquiridos por ambos durante la vigencia del matrimonio, acuerdo que hasta hoy no está permitido por la ley. Sólo se podrán firmar antes del matrimonio y no como ocurre en Uruguay, donde se permiten los acuerdos pos-matrimoniales, por lo tanto no se podrán aplicarse a los matrimonios ya existentes.

- UN INVENTARIO DE APORTES. Antes de casarse se firma una convención matrimonial, esto es firmar ante un escribano un inventario de los bienes que cada cónyuge lleva al matrimonio. Esto incluye deudas y donaciones que se hagan entre ellos. De esta manera cada uno sale del matrimonio con lo mismo con lo que entró según esta convención. El acuerdo prenupcial se puede modificar tras un año de la firma del acuerdo.
- LO MÍO ES MÍO. Ahora los cónyuges podrán optar por los distintos regímenes matrimoniales en relación a la división de bienes gananciales obtenidos durante el matrimonio. Pudiendo ser una sociedad conyugal tradicional, de separación de bienes o de participación por porcentajes.

E. Divorcio

Siguiendo con la nota de La Nación:

Ahora no será necesario tener que demostrar por qué se quieren separar o quién tuvo la culpa, ni siquiera tendrán que ponerse de acuerdo. Tampoco deberán transcurrir los tres años desde la separación para pedir el divorcio.

Actualmente un proceso de divorcio es un litigio sin fin si las personas a separarse no se ponen de acuerdo. Según confirmaron en la justicia civil porteña, cerca del 90% de los divorcios hoy se resuelven de común acuerdo, por consejo de los abogados, para evitar largos procesos y lograr un trámite de divorcio que dure unos tres meses.

- Divorcios en una semana. Iniciado el trámite (que podría no llamarse juicio), completados los formularios de la demanda y presentada una propuesta de división de bienes, alimentos y tenencia de los hijos, luego de que la otra parte sea notificada y conteste, los jueces podrían otorgar el divorcio. La diligencia podría demandar una semana.

"Esa es la parte express del divorcio. La otra parte, lo que se refiere a la división de bienes, tenencia de los hijos y alimentos será un segundo proceso más largo, pero que se cursará cuando ya está otorgado el divorcio", explica Ortemberg (2013)."

F. La Supresión de la Separación Personal

"El actual texto del Código Civil, dedica los artículos 201-212 al régimen de la separación personal, la cual no disuelve el vínculo matrimonial," explican Franck y Lafferriere (2012).

Se elimina por completo ésta institución y el proyecto elimina éstos artículos. Entonces llegada a la instancia de separación, sólo será factible el divorcio ("express"), sin permitir a los cónyuges una posibilidad menos drástica, radical y definitiva. Además sabiendo que muchas parejas no llegan a divorciarse e incluso vuelven a estar juntar gracias a la Separación Personal. Por otra parte, mientras que en el matrimonio las partes no tienen obligación de convivir, es contradictorio decir que ahora tendrán la obligación de divorciarse.

G. El Divorcio "Express"

Continuando con el trabajo de Franck y Lafferriere (2012): "Art. 437: El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno sólo de los cónyuges."

La institución del "divorcio express" elimina la culpa como causal del divorcio, basándose en que ésta eliminación disminuiría la conflictividad de los juicios. Podríamos sumar a esto que

también se suprime el deber de fidelidad, entonces ¿cómo podemos asegurar que va a disminuir la conflictividad si el cónyuge que sufre una infidelidad no va a obtener ningún reconocimiento, reparación, ventaja o resarcimiento? Esto causa una gran desesperanza moral en las relaciones conyugales, traicionando la confianza mutua desde el principio del matrimonio. Así se demostraría a la víctima que la injuria que sufrió es irrelevante para el derecho y que su injusticia no merece reparación alguna.

“No olvidemos que la protección del matrimonio y la familia, a la cual nuestro país se obligó en numerosos tratados internacionales, tiene como objetivo final la protección del interés superior de los niños, principio que no aparece mencionado en esta parte del proyecto,” dicen Franck y Lafferriere (2012).

Como el texto del proyecto elimina el requisito del tiempo de espera de 3 años para el pedido de divorcio, se podría entender que se ha optado directamente por legislar desde el principio a favor de las rupturas matrimoniales y no por el fomento del matrimonio.

H. El régimen patrimonial del matrimonio

Según el proyecto de reforma, y de acuerdo al análisis realizado por Medina (2012), en orden al régimen patrimonial del matrimonio las reformas más importantes son: la posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de bienes y el de separación de bienes; el establecimiento de un régimen primario con obligaciones comunes a todos los regímenes, inderogables e inmodificable por voluntad de las partes; la determinación de la inoponibilidad del acto realizado en fraude de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal; la regulación de la etapa de indivisión post comunitaria; la detallada regulación de los bienes propios y gananciales y la aceptación de la teoría de las recompensas. Vamos a parafrasear a esta autora en su análisis.

1. La posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de bienes y el de separación de bienes

Desde la sanción del Código Civil, se estableció en el País un régimen legal único forzoso e imperativo para los cónyuges, y se mantuvo así hasta el siglo XXI.

Lo cierto es que la existencia de un sólo código se justificaba cuando existía un solo modelo de familia, impuesto de manera imperativa para que fuera adoptado por todos los ciudadanos. Hoy la existencia obligatoria de un solo régimen patrimonial matrimonial no se justifica, ya que existen diferentes modelos de familia matrimoniales que requieren diferentes formas de organización económica de su faz patrimonial.

En la actualidad, donde la mujer goza de igualdad de derechos y oportunidades, donde se acepta el divorcio vincular y se reconoce el matrimonio homosexual, se impone la necesidad de dar un margen mayor de autonomía de la voluntad a las personas casadas, permitiendo que puedan optar al menos entre el régimen de comunidad y el de separación de bienes, porque ni el intervencionismo estatal, ni el mejor legislador, ni la mejor sentencia podrán dar a las partes una mejor respuesta que la que los contrayentes puedan darse a sus aspiraciones y deseos económicos, por supuesto sin desatender la solidaridad familiar, la que ha de protegerse mediante el dictado de normas básicas que rijan para todos los regímenes patrimoniales matrimoniales y que resultan inderogables por la voluntad de las partes.

Estos fundamentos llevan a que en la legislación proyectada se puede optar entre el régimen de comunidad de bienes y ganancias y el régimen de separación de bienes.

En la Argentina la mayoría de los doctrinarios del derecho civil se inclinan por admitir la posibilidad de que los cónyuges puedan elegir el régimen patrimonial que más les convenga.

2. El establecimiento de un régimen primario, bajo el título disposiciones comunes a todos los regímenes

“Se establece un régimen primario, demostrativo de la solidaridad familiar con obligaciones comunes a todos los regímenes, de orden público, inderogable e inmodificable por voluntad de las partes”, dice Medina (2012).

Los cónyuges tendrán la posibilidad de elegir el régimen patrimonial que regulará las relaciones patrimoniales durante su vida en común, pero la ley establece obligaciones básicas y comunes para las uniones convivenciales y los matrimonios independientemente del régimen elegido. Por ejemplo la contribución a los gastos domésticos, la protección de la vivienda y los muebles, entre otros.

Ambos cónyuges deben ser responsables en forma solidaria de las obligaciones referentes al sostenimiento del hogar y de los alimentos de hijos menores e incapaces, sean ellos comunes o no pero que convivan bajo el mismo techo. Se establece entonces que esa contribución sea en proporción a sus recursos.

La vivienda se entiende como la propia o alquilada y a los bienes que la integran, y sobre las deudas que no fueran comunes y se extiende a los actos de los propios cónyuges y a los actos de los terceros.

Ninguno de los cónyuges podrá disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella, sin el asentimiento del otro. Si el asentimiento no fue dado, entonces se podrá demandar la anulación del acto o restitución de los

muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Se puede disponer de los derechos sobre la vivienda común, es decir, todos los derechos reales y personales: venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía o que impliquen desmembramiento del dominio, como también la locación, y la disposición de la locación de la que el cónyuge es titular.

Se limita la posibilidad de ejecución de la vivienda común por los acreedores de uno solo de los cónyuges para evitar que mediante la contratación de deudas el propietario comprometa la vivienda sin intervención del otro cónyuge.

3. La inoponibilidad de los actos realizados en fraude de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal

El régimen de comunidad del anteproyecto establece que los bienes adquiridos por cualquier forma no gratuita son gananciales y serán repartido en partes iguales al momento de la disolución del matrimonio.

Ganancialidad significa que el crecimiento patrimonial de los cónyuges durante el matrimonio es fruto del esfuerzo común y recíproco y de la cooperación y de la solidaridad mutua.

A opción de los cónyuges y a partir de que se apruebe el proyecto podrían cambiar su régimen de bienes. Pero si de esto resulta distorsionarlo a través de una maquinación fraudulenta entonces se prevé como sanción la inoponibilidad del acto.

“Hubiera sido preferible que se estableciera una sanción al fraude como en el código civil Uruguayo o en el Código de Quebec consistente en la pérdida del derecho a la ganancialidad. Lamentablemente el proyecto optó por establecer solamente la inoponibilidad del acto”, dice Medina (2012).

4. Regulación de los bienes propios y gananciales

Continuando con Medina (2012) en su análisis del proyecto:

“En el artículo 464 del proyecto se hace una prolija enumeración de los bienes propios:

- Los bienes aportados al matrimonio.
- Los adquiridos a título gratuito.
- Los adquiridos por subrogación real con otros bienes propios.

- Los adquiridos por título o causa anterior al matrimonio.
- Los adquiridos por accesión.
- Los adquiridos por un supuesto especial de accesión, que mejor podría calificarse de anexión a otros bienes propios.
- Los bienes propios por su naturaleza.
- La situación especial de la propiedad intelectual e industrial.”

5. Se presume el carácter ganancial de los bienes

“Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad.” Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. Si éste no quisiese dársela se puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. También se podrá pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

Por el sistema de separación de deudas resulta indiferente para los terceros el carácter propio o ganancial, pero puede llegar a tener importancia si, después de disuelta la comunidad, se intentara disminuir la garantía de los acreedores atribuyendo el carácter de propios a los bienes gananciales.

6. Deudas de los cónyuges

“Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales,” continúa diciendo Medina (2012) en su trabajo.

El art. 5 de la ley 11.357 del principio de responsabilidad separada continúa vigente. Se añade la responsabilidad por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales, al cónyuge que no contrajo la obligación, pero limitando la responsabilidad a los bienes gananciales.

7. Administración de los bienes gananciales

“Se corrige, según Medina (2012), el actual primer párrafo del Art. 1277 adoptando una redacción similar a la del Código Francés, mucho más precisa. Las principales modificaciones son las siguientes:

- a) El asentimiento se requiere para enajenar o gravar, terminología jurídica clara que comprende toda enajenación (venta, donación, permuta, dación en pago, aporte en sociedad, etc.), y toda constitución de gravámenes (derechos reales de garantía o que implican desmembramiento del dominio, dación a embargo, etc.);
- b) Se incluyen los actos relativos a establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios, llenando un vacío de la actual legislación;
- c) Se suprime la alusión expresa a los aportes a sociedades, por tratarse de actos de enajenación;
- d) Se adopta la fórmula más extensa de enajenar o gravar las participaciones sociales –excepto las acciones al portador-, la que comprende la transformación y fusión de sociedades de personas, y
- e) Se incluye la referencia a las promesas, a fin de dejar aclarada la situación de los boletos de compraventa.”

8. Administración de los bienes adquiridos conjuntamente

Esto no se encuentra actualmente previsto en la normativa vigente, el artículo 471 establece reglas para regir la situación de los bienes adquiridos en común por los dos esposos. Se aplicarán las reglas del condominio, pero con las limitaciones que hacen a la especificidad de las relaciones entre cónyuges: supresión de la decisión por mayoría en la administración, posibilidad de autorización judicial en caso de disenso sobre la administración o la disposición, y limitación de la facultad de requerir la división de los condominios.

9. Extinción de la comunidad

La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento es ahora causa de disolución de la comunidad de pleno derecho. Se eliminarían los Art. 1307 a 1311, Código Civil, y la última parte del Art. 30 de la ley 14.394.

10. Momento de la extinción

El efecto retroactivo de la sentencia se amplía a la anulación del matrimonio y a todos los casos de separación judicial de bienes, y con la posibilidad de efecto retroactivo a la separación de hecho, esto faculta al juez para que establezca si ello es equitativo o no lo es, a fin de evitar que tenga efectos jurídicos un pedido que sea abusivo. También propone la eliminación del los Párr. 2º y 3º del art. 1306, debido a las numerosas críticas formuladas por la doctrina: “al segundo, por apartarse del criterio jurisprudencial anterior que hacía pesar los alimentos sobre las rentas y no sobre el capital, y al tercero por consagrar la extraña e inequitativa situación de una comunidad en la cual uno de los copartícipes se queda con todo lo ganado por él y también con la mitad de lo ganado por el otro.”

11. Indivisión postcomunitaria

Durante la indivisión deben informar al otro conyugue su intención de realizar actos que excedan la administración ordinaria de bienes indivisos, para que su ex conyugue (en el caso de que altere sus derechos) pueda oponerse.

Mientras dure el periodo de indivisión, los bienes indivisos pueden aumentar o disminuir de valor, generar rentas o frutos. Estas alteraciones deben ser rendidas por el que administra los bienes sujetos a indivisión y pagar la contribución debida cuando el otro conyugue lo solicite.

De esta forma, la indivisión pos comunitaria queda reglada de la siguiente forma: 1) Si se produce por muerte, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria. 2) Si se extingue la vida de ambos conyugues, se aplica las reglas que estos hayan acordado en su oportunidad, y en el caso de que no lo hayan acordado, se aplica supletoriamente las reglas de la comunidad.

12. Atribución preferencial

Se refiere al mantenimiento de la unidad económica de uno de los esposos cuando esté relacionado con su actividad profesional, comercial o industrial o constituya su vivienda sin importar que exceda de su parte en la comunidad. Si esto ocurre, se hará con cargo de pagar esa diferencia en dinero.

Conclusiones

El divorcio es la separación de dos personas, que se encontraban unidas en matrimonio, por medio de una sentencia judicial. Es la forma como La Ley da respuesta a un conflicto, fracaso o perturbación matrimonial.

Parafraseando a Gonzalo Stockmeyer (2010), podemos nombrar algunos argumentos que creemos justifican la disolución de esta institución, de manera que hizo nacer la figura del divorcio.

- **El divorcio no produce los quiebres matrimoniales, sino que son dichos quiebres los que producen el divorcio. La ley de divorcio sólo se limita a solucionar la situación de los matrimonios mal avenidos, sin afectar al resto de las parejas:**

Hay que distinguir entre divorcio legal (la ley que reconoce el divorcio) y divorcio judicial que es específico de un matrimonio particular sancionado por un tribunal en virtud de una ley que lo autoriza.

Cuando existe el divorcio legal, cualquier divorcio judicial es consecuencia de un quiebre matrimonial. Pero como el divorcio judicial es consecuencia de un quiebre matrimonial, este quiebre puede ser efecto de la existencia del divorcio legal. En otras palabras, de no mediar una ley de divorcio muchos quiebres matrimoniales no se habrían producido.

Divorcio legal = Quiebre matrimonial = Divorcio judicial

En las naciones que han legalizado el divorcio la cantidad de separaciones en relación al conjunto de matrimonios se elevó desde niveles en torno al 10 % a un 30 - 50 %.

Estadísticas del Demographic Yearbook de 1990 de Naciones Unidas:

- a) Bélgica: Entre 1971 y 1985 la tasa de divorcio ascendió desde un 10 % a un 32 %.
- b) Francia: Desde un 12 % a un 40 %.

- c) Holanda: Desde un 9 % a un 30 %.
- d) Gran Bretaña: Desde un 17 % a un 44 %.
- e) Dinamarca y Estados Unidos: Lideran los números de rompimientos con porcentajes casi del 50 %.

Entre el año en que se dictó la Ley de Divorcio y 1990:

- a) Alemania Federal: La Ley de Divorcio se dictó en 1976 con una tasa de rupturas del 22 %; en 1990 alcanzó al doble: 32 %.
- b) Canadá: La Ley de Divorcio se dictó en 1968 con una tasa de rupturas del 8 %; en 1990 llegó a un 40 %.
- c) Estados Unidos: La Ley de Divorcio se dictó en 1969 con una tasa de rupturas del 28 %; en 1990 alcanzó a un 50 %.

Es evidente que una ley de divorcio incentiva el divorcio entonces podemos concluir que la ley de divorcio amenaza la estabilidad de todas las familias.

- **Los hijos de un matrimonio mal avenido sufren más que los de un matrimonio divorciado. Además, una adecuada explicación a los hijos puede eliminar el daño del divorcio.**

El problema es que parte de un supuesto equivocado: de que todos los matrimonios mal avenidos y susceptibles de separarse "se están tirando los platos por la cabeza". Y la mayoría de las veces no es así, generalmente prima más la indiferencia, la falta de comunicación y de cariño. Pero no necesariamente se trata de relaciones extremadamente violentas que hacen insoportable la vida en común. Estos casos son los menos. Por lo tanto, es dable pensar que los hijos sufren mucho más cuando sus padres se separan que cuando están juntos.

- **No se trata de promover el divorcio, sino sólo de reconocer casos excepcionales en que la crisis matrimonial es absolutamente irreversible. La idea no es un divorcio fácil, sino uno restrictivo.**

Es muy difícil obtener un divorcio excepcional o restrictivo ya que:

- Causales de divorcio pueden falsificarse o fabricarse:

Mediante testigos que, en la práctica, mienten; lo que en jerga procesal se conoce como "testigos falsos". Una cosa no puede ser y no ser a la vez y en el mismo sentido, si dos partes litigan en un proceso judicial y ambas presentan testigos que dicen justamente lo contrario, es

evidente que uno de los dos miente. Por ejemplo, una causal de divorcio es la separación de los cónyuges durante un número determinado de años. Para que proceda esta causal basta que los cónyuges se pongan de acuerdo y mientan (a través de testigos falsos) en cuanto al tiempo en que han estado separados, con lo cual se falsifica la causal. O también basta que uno de los cónyuges abandone el hogar y espere el transcurso del tiempo para solicitar unilateralmente el divorcio, con lo cual se fabrica la causal. El primer caso es un divorcio por mutuo acuerdo y el segundo lo es un divorcio por repudio unilateral.

- Legislativamente dichas causales se pueden ampliar.

Normalmente se llega a un divorcio por mutuo acuerdo o por repudio unilateral.

- **No se puede negar a las personas el derecho a rehacer la vida. Todo tenemos derecho a la felicidad.**

La vida no se rehace, se hace. Y se hace superando los errores y no cometiendo otros.

- **Las rupturas matrimoniales son una realidad y la ley no puede mirar hacia otro lado.**

Las leyes deben permitir las conductas moralmente buenas y prohibir las moralmente malas o socialmente inconvenientes. ¿Merece ser reconocido por mandato legal? El divorcio atenta contra la naturaleza del matrimonio, socava la familia y produce efectos muy negativos para el conjunto de la sociedad.

Entonces, como dijimos antes, el divorcio es la separación de dos personas que se encontraban unidas en matrimonio, por medio de una sentencia judicial. Es la forma como La Ley da respuesta a un conflicto, fracaso o perturbación matrimonial.

Para que exista divorcio, el presupuesto es la existencia de un matrimonio válido, cuyos efectos se quieren concluir ya sea por decisión unilateral o por la de ambos cónyuges, con intervención de la autoridad judicial que le da validez, al nuevo estado civil de divorciados de los ex esposos, y requiere su inscripción para tener validez ante terceros.

Se diferencia de la nulidad del matrimonio pues en este caso la sentencia judicial que la establece retrotrae sus efectos a la fecha de la celebración del matrimonio, pues se lo considera como que nunca existió, en cambio, el divorcio rige para el futuro.

Como en otras legislaciones, en Argentina se procede con el divorcio vincular porque se considera *inútil mantener la ficción de que existe unión cuando realmente no hay tal e incluso la*

situación de los hijos es peor por tener que ser testigos involuntarios de las desinteligencias matrimoniales.

Sostener la indisolubilidad del matrimonio por cuestiones religiosas, es simplemente, obviar el interés social y las situaciones de hecho. Al menos, las leyes vienen a poner orden en una situación que existe de manera continua y seguirá existiendo por múltiples causales.

Con respecto a la reforma 2012

A pesar de los notorios cambios sociales que hemos sufridos, creemos que estas reformas nada ayudarán a generaciones futuras, solo incentivan a más rupturas matrimoniales.

Estamos de acuerdo en la posibilidad de optar entre el régimen de comunidad o el de separación de bienes. Si bien da libertad de elección, ésta es restringida ya que se limita a la posibilidad de optar entre esos dos regímenes tipo, con limitaciones, tendientes a proteger a los contrayentes cuando son incapaces, a proteger a los terceros y a dar seguridad jurídica.

La familia se funda en el matrimonio. Ambas son instituciones que repercuten fuertemente en la conformación actual y futura de la sociedad. Los cónyuges, a través del matrimonio, buscan alcanzar una cierta plenitud que se desborda en el don de la vida. Los niños crecen, se forman y se educan en el marco que les proporciona la familia así considerada. Al Estado le interesa profundamente la regulación del matrimonio, ya que matrimonios sólidos y estables proporcionan fundamentos básicos que favorecen la solidez y estabilidad de las personas. Por eso el Estado debe promover matrimonios sólidos, estables, que puedan abocarse a la contención y a la formación de las nuevas generaciones.

Por todo ello creemos indispensable que la reforma se sustente en la protección de la familia y no así en amparar la infidelidad, derogar la obligación de convivir bajo un mismo techo o mucho peor aún, en suprimir el deber de respeto entre los cónyuges.

Bibliografía

ARGENTINA, Código Civil.

ARGENTINA, Código de Derecho Canónico.

ARGENTINA, Ley 2.393/1888. Matrimonio Civil.

ARGENTINA, Ley 23.515/87. De divorcio vincular.

BELLUSCIO, Augusto C., La elección de régimen matrimonial por los esposos, La Ley (sl, 1994).

BELLUSCIO, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, T. II, 7ª ed. Actualizada y ampliada, Astrea (Buenos Aires, 2002), 1040 pág.

BELLUSCIO, Augusto C., Regímenes Matrimoniales, T XXIV, en *Enciclopedia Jurídica Omeba* (México D.F., sf).

BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil – parte general, Tomo I, 6º ed., Editorial Perrot (Buenos Aires, 1977), 618 pág.

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, 5º edición actualizada y ampliada, 4º reimpresión, Editorial Astrea (2003).

CÁMARA, Héctor, Estudios de Derecho Societario, Depalma (Buenos Aires, 1985).

CANADÁ, Código de Quebec/94.

CÉSPED REYES, Álvaro, Deberes de los Cónyuges o Efectos Personales del Matrimonio, en *Derecho de Familia* (2009), disponible en <http://www.dudalegal.cl/deberes-conyuges-efectos-personales-matrimonio.html>.

DI LELLA, Pedro, Conversión de la Separación Personal en Divorcio Vincular, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, T. I, Editorial Universidad (Buenos Aires, 1991).

ESCRIBANO, Carlos, Liquidación de la Sociedad Conyugal por causa de Divorcio, 2º ed., La Ley (Buenos Aires, 1982), 162 pág.

ESCRIBANO, Carlos, Medidas Precautorias en Juicio de Divorcio y Separación de Bienes, 3ra ed., Abeledo Perrot (Buenos Aires, 1978), 86 pág.

ESTUDIO PETERSEN, Efectos Personales del Matrimonio (Buenos Aires, Mayo 2013), disponible en http://www.estudio-petersen.com.ar/Clases/Efectos_Personales_Matrimonio.htm.

FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo, Sociedad conyugal, T.1, Astrea (Buenos Aires, 1977).

FRANCIA, Código de Napoleón.

FRANCK, María Inés y LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, Matrimonio, Divorcio y unión convivencial, Centro de Bioética [Documento de Trabajo], en *Serie: Proyecto de Código Civil 2012*, disponible en <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Matrimonio.pdf>.

GRAMIGNI, Silvia Noemí y VILLAVERDE, María Silvia, Régimen patrimonial del matrimonio, Trabajo realizado en el marco de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires (UBA), (Buenos Aires, 2004), 63 pág.

HELUANI, Margarita, Profesora Titular de la Cátedra de Derecho Sucesorio de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo, (Mendoza 2013).

LANACION.COM, El Código Civil trae una nueva idea de familia, (Abril 2012) disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1461395-el-codigo-civil-trae-una-nueva-idea-de-familia>.

MEDINA, Graciela, Las Grandes Reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012., <http://www.gracielamedina.com/las-grandes-reformas-al-derecho-de-familia-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-201/>.

MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Visión Jurisprudencial de la Sociedad Conyugal, Rubinzal – Culzoni (Buenos Aires, 1998).

ORTEMBERG & ASOCIADOS, Derecho de Familia, (2013) http://www.abogadodefamilia.com.ar/textos_exp.htm.

STOCKMEYER, Gonzalo Verbal, Antecedentes Sobre El Divorcio, Estudiante de Derecho, Universidad San Sebastián, (Concepción, Chile 2010)

VIDAL TAQUINI, Carlos, El régimen de los bienes en el matrimonio, 2ª actualizada y ampliada, Astrea (Buenos Aires, 1978).

ZANNONI, Eduardo, Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario, Astrea (Buenos Aires, 1980).

Declaración Jurada Resolución 212/99 – CD

“Las autoras de este trabajo declaran que fue elaborado sin utilizar ningún otro material que no hayan dado a conocer en las referencias, que nunca fue presentado para su evaluación en carreras universitarias y que no transgrede o afecta derechos de terceros”.

Mendoza, agosto de 2013

María Laura Garay Rein

Reg. 23.159

Anaía Laura Juárez

Reg. 23.198

The image shows two handwritten signatures in black ink on a light-colored background. The top signature is for María Laura Garay Rein, and the bottom signature is for Anaía Laura Juárez. Both signatures are stylized and cursive.