

## EL DIVORCIO Y SU PROPUESTA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Gastón M. M. Argeri<sup>1</sup>

### Introducción.

Múltiples interpretaciones se han dado sobre el divorcio y su proceso al momento de resolver el mismo luego de la entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial; si lo solicitan unilateralmente o lo solicitan de forma conjunta existieron y existentes diferentes consecuencias, diferentes efectos; si acompaña la propuesta y ante el traslado si la contesta o no; cuál es el contenido del convenio regulador; si la intervención es con un solo abogado o si es con dos, y su interpretación a la hora del patrocinio jurídico y la regulación de honorarios de los profesionales; a su vez se planteó la competencia de los juzgado de paz y si se prioriza el verdadero acceso a la justicia por la cercanía de donde viven las personas o son únicamente competentes los juzgado de familia para los procesos de divorcios. Muchas diferencias surgen en cuanto a los procesos de divorcio en nuestro país desde agosto de 2015 y la entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial. Lo que nunca debería perderse de vista es el fin de la ley, el sentido y espíritu que trae consigo la norma vigente, en pos y beneficio de las personas.

La extinción del vínculo matrimonial mediante el proceso judicial de divorcio cambió en nuestro país, pero sin dejar de ser un proceso judicial. Esto quiere decir, que el nuevo divorcio, incausado, sin necesidad de expresar causa alguna a un tercero, en este caso el Juez, será el que nos rija a partir de ahora.

Es que (...) el rol del juez cambia de manera sustancial; pasa de ser un funcionario dedicado a indagar el pasado de la relación matrimonial, a ser quien –secundado por el equipo multidisciplinario- acompaña a los integrantes del núcleo familiar en cómo resolver los efectos que se derivan del divorcio, priorizándose el arribo de acuerdos, siempre respetando los derechos e intereses de todos sus integrantes. (...). Como se ha advertido, en el Derecho argentino las cuestiones procedimentales son competencia local, es decir, cada provincia está facultada a regular los procesos judiciales. Más allá de esta consideración general, el Código Civil y Comercial –al igual que lo hacía el Código Civil derogado- se ocupa de señalar los principios procesales mínimos y comunes que debe receptor cada

---

<sup>1</sup> Abogado. Universidad Nacional de Mar del Plata.

ordenamiento civil provincial. Sucede que la simplificación procesal, en definitiva, repercute de manera directa en el derecho de fondo (...)².

A medida que transitábamos la entrada en vigencia del nuevo código las inquietudes iban surgiendo en cuanto a la forma de iniciar el nuevo divorcio, ya que los criterios jurisprudenciales se hacían diferentes y múltiples al momento de interpretar la norma, más específicamente los artículos 437 y siguientes del mismo.

(...) “el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio”³.

Así, el régimen de divorcio incausado que regula el Código Civil y Comercial involucra modificaciones tanto de fondo como también procedimentales básicas –más allá de las consideraciones especiales que deberá regular cada código procesal de incumbencia local-; esto demuestra la clara interacción entre fondo y forma que se observa con mayor fuerza en la regulación de determinadas instituciones familiares, siendo el divorcio una de ellas⁴.

Ahora bien, ¿en qué consiste la propuesta al momento de tramitarse un proceso de divorcio?, ¿cómo puede realizarse una propuesta? ¿puede el Estado exigir que se aborden determinadas cuestiones? ¿es necesario decretar la inconstitucionalidad del artículo 438 del CCC si no tengo nada para proponer o no tengo intenciones de proponer cuestión alguna?.

El divorcio continúa siendo judicial, el cual con la intervención de un juez y ante la solicitud de la parte o partes interesadas se decretará el mismo; existiendo un único régimen de divorcio, incausado, el cual no requerirá motivación ni manifestación alguna que funde el requerimiento formulado. Sumado a todo esto la necesidad de la intervención de dos abogados que patrocinen a

---

² Manual de Derecho de las familias. Marisa Herrera. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot. 2015. Página 278-279.

³ Fundamentos del Anteproyectos de Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴ Manual de Derecho de las Familias. Herrera, Marisa. – 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2015. Pág. 248.

ambas partes a los fines de garantizar el debido asesoramiento y comprensión de lo que implica el fin del vínculo matrimonial como así también sus efectos y consecuencias.

Entiéndase que es de suma importancia dicho acompañamiento, ya sea desde quienes solicitan el divorcio de forma conjunta como de quien lo solicita de forma unilateral y luego a quien se le corra traslado de la propuesta se presentará oportunamente con su letrado patrocinante, sin poder controvertir el divorcio en ninguna de sus formas, solamente aceptando la propuesta notificada o realizando una contrapropuesta, por eso la importancia real de intervenir con un abogado que garantice sus derechos en dicha instancia judicial.

En los fundamentos del Anteproyecto de reforma del código, acertadamente se ha sostenido: “El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional; prueba de ello son diversas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil derogado por atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial.

En un análisis profundo, evidenciamos que la forma de solicitar el divorcio que regula la norma citada, encuentra y hace base en los principios esenciales y fundamentales de los derechos humanos, reconocidos por nuestra Constitución Nacional, los cuales se encuentran receptados en dicho texto. Entre ellos el principio de libertad y autonomía de las personas, como eje central, transformándose en una prioridad absoluta en las relaciones de familias, permitiendo un desarrollo integral de las mismas, basados en la solidaridad y responsabilidad familiar que dicho proceso conlleva.

El artículo 438 regula la forma del divorcio incausado, sin requisitos y/o condicionamiento alguno para requerir el mismo, solamente la necesidad de presentar una propuesta acompañando dicho requerimiento a los fines de que las partes intervinientes resuelvan sus efectos y consecuencias, invitándolos a que lo puedan realizar en dicho proceso judicial si así lo desearan.

Ahora bien, nada quiere decir que es obligación judicializar los efectos y consecuencias de dicho divorcio, ya que las mismas partes podrían cumplir el verdadero fin que intenta sostener la norma sin necesidad de compartirlo con un tercero ajeno (el juez del divorcio), más aún, nada impide que las personas que finalizaran el vínculo matrimonial junto a sus restantes integrantes de una familia (ejemplo: hijos) sigan una vida normal y sin rupturas mayores por haber transitado un divorcio, cosa

que no pasaba en los tiempos anteriores, ya que todo proceso de divorcio implicaba controvertir con el otro mediante una causa – verdadera o falaz – pero causa al fin.

Se sabe las dificultades que trajo aparejado el comprender qué implica o implicaba la propuesta que se enuncia en el artículo 438 del CCC, atento que al momento de presentar la solicitud del divorcio ante el Juez competente, comenzaban los pedidos y/o requerimientos para integrar lo que entendemos como propuesta.

La necesidad de una propuesta en sentido amplio, como manifestación de voluntad de cada cónyuge sobre lo que espera para el futuro en materia de efectos, constituye, pues, un elemento central para dar trámite a la petición, sea unilateral o bilateral<sup>5</sup>.

Sin dejar de saltearnos lo regulado por el artículo analizado, en los que respecta “(...) *la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. (...)*”, uno podría interpretar que existe una obligatoriedad al tener que manifestarse al respecto, sobre cuestiones que nacen con el requerimiento del divorcio en sí, pero lejos de obligar a las partes intervinientes, una visión amplia al respecto, permitiría entender que las partes solo deben informar al tercero ajeno en este proceso, en éste caso el juez interviniente, que piensa cada uno de cómo seguirán sus vidas a partir de ese momento, no debiendo ser obligación alguna el tener que materializar y efectivizar el cómo será el día a día de sus vidas. Desde ya podrán manifestarlo libremente tal cual la norma lo habilita, para el caso que no pudieran llegar a ponerse de acuerdo; pero para el caso de que sí exista acuerdo y en el mismo se consensuara no judicializar dichas cuestiones, sería tan solo manifestar que las partes son capaces de convenirlas, no pudiéndose impedir que el divorcio transite su debido proceso.

Seguidamente encontramos la inquietud de ¿hasta dónde el Estado puede entrometerse en cuestiones íntimas y/o personales que pueden las mismas partes intervinientes resolver entre ellas? En un primer lugar podríamos adoptar la posición de que la propuesta podría ser considerada como se percibiría una persona divorciada, su visión subjetiva, realizando una propuesta, que contendría su visión personal, con total libertad, sobre diferentes cuestiones, ejemplo: responsabilidad parental de sus hijos y todo lo que ello conlleva, como los efectos y consecuencias que trae consigo el divorcio en la relación de los ex cónyuges; con la aplicación de los principios de libertad y autonomía, el juez interviniente podría permitir que las partes propongan las cuestiones que sean necesarias consensuar para ellos o que en un futuro sean resueltas por un tercero, sin necesidad de

---

<sup>5</sup> Tratado de Derecho d Familia. Tomo V-A. Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera; Nora Lloveras. 1ª ed. Revisada. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2016. Página 314.

objetar ni requerir que acerquen otras cuestiones que los causantes no hayan incluido en sus propuestas o convenio regulador.

Comprendiendo el verdadero fin de las normas, y aceptando que la propuesta debe existir como requisito procesal para dar lugar a la acción de divorcio, podemos arribar que existiría la posibilidad de realizar una **propuesta activa** o una **propuesta pasiva**, permitiendo en todo proceso contar con la propuesta requerida; esto llevaría a no ser necesario el análisis de la constitucionalidad del artículo 438 del código civil y comercial, ya que la interpretación amplia de lo que significa realizar una propuesta no requeriría declarar la inconstitucionalidad de la norma.

Sumado a todo esto, y conjuntamente echando mano a los artículos 1º “Fuentes y aplicación del código” y 2º “Interpretación de la norma” del código, que sostienen y habilitan al juez interviniente a interpretar la norma de manera más amplia, aplicando otros instrumentos y realidades en beneficio de las personas.

Se destaca en primer lugar la ley, porque de lo contrario hay sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad. La consecuencia de este texto es que no se debe declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna<sup>6</sup>.

La característica principal de este artículo es la admisión de una pluralidad de fuentes dentro del sistema jurídico, lo cual significa que, siendo la ley la más importante, no es la única y obliga a aplicar todo el Derecho. Por eso se diferencia el Derecho de la ley<sup>7</sup>.

No se trata entonces de ignorar la intención del legislador, sino de dar preferencia a las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación por sobre la intención histórica u originalista, que alude al momento de la sanción. En esta línea se ha dicho que “los constituyentes decidieron

---

<sup>6</sup> Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Dirigido por Ricardo Lorenzetti. 1ª ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 2014. Páginas 27-28.

<sup>7</sup> Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Dirigido por Ricardo Lorenzetti. 1ª ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 2014. Página 29.

sujetarse a unos principios fundamentales para convivir en sociedad, pensados para que sean perdurables e inmunes a las tentaciones de cambiarlos frente a las previsibles mudanzas de opinión. Sin perjuicio de ello, fueron expresados con sabia amplitud, para permitir su adaptación a los tiempos futuros. Los valores y principios que los protege contra su desnaturalización, y por ello no debe confundirse la indeterminación lógica con la valorativa (...) Se trata entonces de que el elemento a considerar no es sólo el contexto de sanción de la norma, sino el de aplicación, de modo que pueda ser sometida a una prueba de verificación de la permanencia de su adaptación constitucional<sup>8</sup>.

Todo esto lleva a sostener que la necesidad de acompañar una propuesta o convenio regulador con la solicitud el divorcio es necesario, aunque su forma y contenido es lo que podía variar (propuesta activa o propuesta pasiva) no impidiendo nunca el dar trámite al proceso judicial de divorcio.

Sumado a esto la competencia de los juzgado de paz al momento de intervenir en los procesos judiciales de divorcio –incausado – del código civil y comercial; (...) Es cierto que las importantes modificaciones introducidas por el nuevo Código a las relaciones de familia plantean la conveniencia de efectuar una adecuación de forma y de redistribución de la competencia de los Juzgado de Paz. Aunque la competencia de éstos debe analizarse en forma restrictiva, lo cierto es que la reforma exige también una coordinación armónica de las normas aplicables, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación. En una macrovisión del diseño de la competencia, prevista para los procesos de familia en el nuevo Código Civil y Comercial, se aprecia que se persigue facilitar el acceso a la justicia, (...)<sup>9</sup>.

Por lo tanto, se trata de un nuevo modo de afrontar la crisis del matrimonio, de la forma menos traumática posible; “un nuevo abordaje de la crisis matrimonial”, despejados de condicionamientos para ejercer la autonomía personal del derecho a no permanecer casado.

Receta de este modo, lo que la doctrina ha llamado “divorcio remedio”. Los propósitos son claros:

- Evitar un mayor grado de destrucción de las familias, con procesos contradictorios, debatidos o contenciosos.
- Ser un instrumento pedagógico para pacificar los conflictos conyugales.

---

<sup>8</sup> Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Dirigido por Ricardo Lorenzetti. 1ª ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 2014. Páginas 34-35.

<sup>9</sup> “E., R. O. C/ M., K. F. S/ DIVORCIO POR PRESENTACIÓN UNILATERAL”. Cámara Segunda de La Plata, Sala Segunda. 13/09/2016.

Ambas razones son suficientes para justiciar el cambio de paradigma<sup>10</sup>.

**Palabras de cierre.**

En un todo de acuerdo en la búsqueda de procesos judiciales más ágiles y simples, en pos y beneficios de las personas y sus familias, es que debemos hacer uso de la norma con su correcta aplicación en cuanto a su finalidad y espíritu; permitiendo garantizar todos y cada uno de los derechos de los integrantes de cada familia desde lo máximo del sistema normativo. No hay que hablar del derecho de familia, sino más bien del derecho de un hombre y de una mujer a la familia, o sea, a una forma de derecho al bienestar, implícitamente garantizado por el Estado; (...) <sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Tratado de Derecho d Familia. Tomo V-A. Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera; Nora Lloveras. 1ª ed. Revisada. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2016. Página 308.

<sup>11</sup> Carbonnier, J., À chacun sa famille, à chacun son droit, Essai sur les lois, 2° ed., Paris, Defrénois, 1995, pág. 185.