



PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL: EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO

Aída Kemelmajer de Carlucci

Ex ministra de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza. Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Doctora honoris causa de la Universidad de Paris, Val de Marne (Francia) y de diversas universidades argentinas y latinoamericanas (Argentina).

Marisa Herrera

Doctora en Derecho (UBA). Investigadora del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas). Profesora de Derecho y de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA y Universidad de Palermo (Argentina).

Editora científica:

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago

DOI 10.5585/rtj.v5i1.345.

INTRODUCCIÓN

El derecho de familia contemporáneo difiere notoriamente del que consagraron los códigos decimonónicos; no debe asombrar que hasta la denominación cambie, y se lo llame derecho de

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

las familias, en plural¹. La diversidad de organizaciones familiares y de relaciones afectivas existente en la realidad social ha conducido a la necesidad de de-construir y re-construir el entramado jurídico que las rige².

Esta importante y compleja labor pudo concretarse gracias a la denominada “constitucionalización del derecho de familia”³. En la Argentina, dado que los tratados de Derechos Humanos integran el denominado “bloque de constitucionalidad”, esa constitucionalización implica revisar el régimen legal de las relaciones de familia a la luz del desarrollo y avance de la doctrina internacional de los Derechos Humanos. Se trata de tener en consideración no sólo los tratados de derechos humanos (Convención Internacional de los Derechos del Niño, Convención de no discriminación contra la mujer, Convención Interamericana de Derechos Humanos, etc.), sino también la jurisprudencia, opiniones consultivas, observaciones u otro tipo de resoluciones que los tribunales u organismos competentes emiten al interpretarlos y aplicarlos.

En ese camino, cabe destacar el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante Corte IDH) y, en particular, la relevancia de algunas decisiones que han interpretado normas básicas o centrales para el derecho de familia como son los arts. 1 (principio de no discriminación); 4.1 (derecho a la vida, significado de la expresión concepción y noción de persona); 17 (protección de la familia en sentido amplio), etc.

¹ El derecho brasilero ha sido pionero en referirse a las familias en plural siendo Maria Berenice Dias una referente al respecto en las distintas ediciones de su Manual de Direito das Familias, Editoria Revista Dos Tribunais, Sao Pablo.

² Para profundizar sobre los principales cambios sociales que han tenido un impacto directo en la compleja y rica fisionomía actual que observa el derecho de las familias ver entre tanta bibliografía: Kemelmajer de Carlucci, Capítulo Introductorio en Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 9 y ss.

³ A esta altura del desarrollo doctrinario y jurisprudencial, es vasta la bibliografía en este sentido, sólo para tener un panorama general, compulsar entre tantos otros: Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, “Matrimonio Igualitario y Derechos Constitucional de Familia”, Ediar, Buenos Aires, 2010; Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, “El derecho de familia desde la Constitución Nacional”, ed. Universidad, Bs As., 2009; Herrera, Marisa, “Aportes de la jurisprudencia cortesana a la consolidación del Derecho Constitucional de Familia o la “constitucionalización del derecho de familia”, Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Máximos precedentes. Derecho de Familia, Marisa Herrera, Aída Kemelmajer de Carlucci y Nora Lloveras (directoras), Tomo I, La Ley- Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, p. 123; Gil Domínguez, “El derecho constitucional de las familias. Perspectiva jurisprudencial de la Corte Federal”, en Máximos precedentes. Derecho de Familia, Marisa Herrera, Aída Kemelmajer de Carlucci y Nora Lloveras (directoras), Tomo I, La Ley- Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, p. 189; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La familia en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Máximos precedentes. Derecho de Familia, Marisa Herrera, Aída Kemelmajer de Carlucci y Nora Lloveras (directoras), Tomo I, La Ley- Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, p. 819 y Herrera, Marisa, “Derecho de las Familias y Derechos Humanos”, capítulo I, Marisa Herrera y Natalia de la Torre y Silvia Fernández (colaboradoras), Manual de Derecho de las Familias, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 1 y ss.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

La diversidad de formas familiares ha sido claramente afirmada por ese tribunal, la voz jurisdiccional más autorizada de la región en Derechos Humanos: “En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma”⁴. Consecuentemente, agrega: “No hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”⁵.

Evidentemente, tales afirmaciones son posibles gracias a la interpretación “no originalista o dinámica”, herramienta necesaria para resolver las lagunas (reales o presuntas) y para que los textos (internacionales o locales) no caigan rápidamente en obsolescencia.

Esta perspectiva constitucional-convencional ha edificado el Libro Segundo (titulado “Relaciones de Familia”) del Código Civil y Comercial argentino (de ahora en adelante, CCyC) que entró en vigencia en fecha 01/08/2015.⁶

Los cambios son significativos, cuantitativa y cualitativamente⁷, en las figuras clásicas del derecho de familia (matrimonio, divorcio, régimen de bienes, parentesco, adopción, relación entre padres e hijos). Algunas, incluso, han cambiado su nombre, como ocurre con la expresión “patria potestad”, sustituida por la más democrática y horizontal “responsabilidad parental”.

⁴ Párrafo 142 en el caso Atala Riffo contra Chile del 24/02/2012 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, compulsada el 18/03/2016.

⁵ Párrafo 98 en el caso Fornerón y otro contra Argentina del 27/04/2012 en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf, compulsada el 18/03/2016,

⁶ Confr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, LA LEY 2014-E, 1267, Cita Online: AR/DOC/3592/2014; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Capítulo introductorio”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 9; Herrera, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 39; Herrera, Marisa, “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”, Revista Derecho Privado, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año II, número 6, Buenos Aires, 2013, p. 109.

⁷ Para tener un panorama general sobre los principales cambios compulsar: Herrera, Marisa, “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”, Revista Derecho Privado, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año II, número 6, Buenos Aires, 2013, p. 109; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”, LA LEY 2015-D-847, cita online: AR/DOC/2588/2015; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, LA LEY 2014-E, 1267; Highton, Elena I., “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 2015-D-829, Cita Online: AR/DOC/2598/2015; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado (Por qué no al maquillaje)”, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 287.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

Además, se han incorporado nuevas figuras; tales son: las uniones convivenciales, la compensación económica, las técnicas de reproducción humana asistida como tercera causa de fuente filial con reglas propias, un piso mínimo de directivas básicas para los procesos de familia⁸.

Los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial argentino aclaran:

En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

El análisis de la reciente experiencia normativa argentina puede ser útil en el resto de la región latinoamericana. El estudio comparativo puede servir para verificar ciertas falencias en algunos códigos civiles o de familia vigentes, y para promover modificaciones que acorten la brecha existente entre esos ordenamientos y la perspectiva constitucional-convencional, ubicada un nivel más arriba.

⁸ En este sentido, el art. 706 dedicado a los “Principios generales de los procesos de familia” expresa: “*El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas*”. Agregándose en el articulado siguiente, el 707 que “*Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso*”.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

Estas reflexiones pretenden colaborar en esa tarea. A ese efecto, se ha tomado como eje de estudio el régimen de divorcio sin expresión de causa⁹.

1. EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. LÍNEAS GENERALES PARA SU INTERPRETACIÓN

Para comprender el salto cualitativo del CCyC argentino, cabe recordar que el régimen derogado receptaba un régimen de divorcio causado con una doble vertiente: (a) sistema de divorcio culpable o subjetivo, es decir, fundado en el acaecimiento de ciertas conductas que implicaban violación de deberes matrimoniales (por ej., el adulterio significaba incumplimiento del deber de fidelidad; el abandono voluntario y malicioso del hogar, del deber de cohabitación, etc.); o (b) sistema de divorcio objetivo, en el que debía existir (i) una separación de hecho por el plazo de al menos 3 años, o (ii) si los cónyuges se presentaban de manera conjunta, si contaban con 3 años mínimos de matrimonio y explicitaban las razones que hacían “moralmente imposible la vida en común” en una audiencia personal y privada con el juez.

El CCyC da un vuelco de 180 grados al aceptar un único sistema de divorcio, sin expresión de causa. Las razones están expuestas en los Fundamentos del Anteproyecto de reforma:

Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio.

Ciertamente, todo cambio legislativo trae interrogantes: ¿Por qué se pasa de un divorcio causado a uno sin expresión de causa? ¿La decisión legislativa se funda en principios y derechos

⁹ Además, cabe aclarar que el Código Civil y Comercial argentino eliminó la figura de la separación personal (separación judicial según la legislación brasilera) regulándose, ante la desavenencia matrimonial, una única institución (el divorcio).

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

que integran el bloque de constitucionalidad? ¿Cuáles son las readecuaciones normativas necesarias para estar en consonancia con la modificación estructural o central? ¿Es conveniente mantener sólo el divorcio judicial? Caben, incluso, interrogantes más específicos que comprometen a la etapa de transición: ¿cómo juega la nueva normativa en los procesos judiciales en trámite?

Como se dijo, el CCyC receta sin tapujos el proceso de “constitucionalización” del derecho privado, como surge claramente de los arts. 1¹⁰, 2¹¹ y 3¹², verdaderas piedras basales del nuevo ordenamiento. Desde esta perspectiva, la plataforma legal de la ruptura matrimonial respeta los derechos constitucionales a la libertad, a la autonomía personal y a la no injerencia estatal en asuntos que hacen a la intimidad de las personas. Consecuentemente, las nociones de “culpa” e “inocencia” fueron suprimidas y con ellas el proceso contencioso.

El nuevo sistema no fue aceptado sin resistencias ideológicas. Del mismo modo que dos décadas atrás¹³ se generó un fuerte debate entre divorcistas y antidivorcistas, durante el trámite de preparación y sanción del nuevo CCyC (e incluso después de su sanción y puesta en vigencia) se alzaron voces que entienden, quizás ciegas a la realidad, que dificultar el divorcio fortalece el matrimonio¹⁴.

El problema reside en que algunos autores que así piensan insisten en la defensa de las pautas anteriores para interpretar el nuevo texto. Así, se sostiene:

Hemos tomado posición, con otros colegas, sobre la preferencia por el sistema francés de divorcio, que mantiene a la par de las causales

¹⁰ Art. 1: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

¹¹ Art. 2: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

¹² Art. 3: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

¹³ El divorcio vincular se incorporó tardíamente en la Argentina, en 1987, por ley 23.515

¹⁴ Entre otros autores, seguían esta postura Basset, Ursula C., “El matrimonio en el Proyecto de Código”, LA LEY 2012-E, 912; Sambrizzi, Eduardo A., “La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio express”, DFyP 2012 (julio), La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 90; Perrino, Jorge Oscar, “Matrimonio en el Proyecto de Código Civil”, SJA 2012/12/19-36; JA 2012-IV, Abeledo Perrot online AP/DOC/4375/2012..

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

objetivas una causa única de divorcio por falta grave o reiterada a los deberes del matrimonio, frente al español, siempre incausado para la separación y el divorcio, que sigue la reforma y que ha sido mencionado como fuente expresa¹⁵. En esta misma línea crítica, se afirma: “Tampoco advertimos cómo se puede pretender proteger en forma integral a la familia matrimonial —como se afirma en los Fundamentos de la nueva normativa—, estableciendo una forma increíblemente veloz para lograr el divorcio, cuando parece claro que al momento en que se presentan dificultades entre los cónyuges —lo que suele ocurrir, en mayor o menor medida en la mayor parte de los matrimonios— los esposos tienen que concederse un tiempo suficiente de reflexión, en lugar de al primer cuestionamiento facilitárseles que deshagan cuanto antes lo que posiblemente hayan logrado construir entre ambos con mucho esfuerzo”; agregándose: “La actitud egoísta que resulta del hecho de destruir unilateralmente una familia, no pensando en el otro sino en su propia satisfacción, surge evidente, lo que puede sin duda potenciarse cuando hay hijos de por medio, a quienes sin consultárselos, se los priva de convivir con ambos padres; y ello no puede sino ser calificado de inmoral¹⁶”.

Ese posicionamiento lleva a no interpretar adecuadamente el sistema. Los peligros que se corren al dejarse guiar por los preconceptos culturales que desconocen la Constitución y las leyes son significativos. En el campo del matrimonio, uno podría preguntarse qué hubiera pasado en la Argentina si a fines del siglo XIX, tras la sanción de la ley de matrimonio civil, un juez hubiese querido mantener la regulación del matrimonio religioso por no estar de acuerdo con el matrimonio civil; o si a mediados del siglo XX, incorporada la separación por presentación conjunta, hubiera defendido la idea de que la separación sólo es posible invocando causales que impliquen culpa. ¿Qué sucedería si cada operador del derecho leyese el código conforme su propia ideología, apartándose palmariamente de lo que dice? Si fuese un juez, la sentencia dictada sería claramente arbitraria, desde que, como dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el memorable *leading case* “Santa Coloma” de fecha 05/08/1986, la jurisdicción “no

¹⁵ Ugarte, Luis A., “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, LA LEY 2015-C-992, Cita Online: AR/DOC/1878/2015. En la misma línea, Álvarez, Osvaldo, en “Código Civil y Comercial y daño moral con motivo del divorcio vincular”, (LA LEY 2015-C-1083, Cita Online: AR/DOC/1877/2015) pregona la subsistencia de los daños por violación al derecho de fidelidad en el divorcio, incompatible con un régimen de divorcio sin expresión de causa, como se explica más adelante.

¹⁶ Sambrizzi, Eduardo, “Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2015-B-746, Cita Online: AR/DOC/722/2015.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

puede imponer a los litigantes sus propias pautas culturales” en contra de los principios constitucionales¹⁷.

Estos preconceptos contra la nueva legalidad han generado cuestiones vinculadas a: (i) los efectos derivados del divorcio, en particular, los alimentos y los daños y perjuicios; (ii) el derecho transitorio, es decir, qué normativa rige a los procesos de divorcio en trámite.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DEBERES MATRIMONIALES Y EL DIVORCIO

El Anteproyecto del CCyC nada decía sobre el deber de fidelidad; entendió que se trataba de un deber moral y, por eso, no correspondía ser mencionado en la legislación civil y comercial. Durante el debate en la Cámara de Senadores, el art. 431 dedicado a los derechos y deberes matrimoniales quedó modificado y aprobado bajo el siguiente texto: “Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

Los sucesivos “retoques” del artículo muestran cierta inconsistencia pues, en general, los deberes morales no tienen por qué estar mencionados en los textos legales. En el caso, es conocido que: (i) la mención al deber moral de fidelidad fue una transacción con la Iglesia Católica, actor social que en la Argentina siempre se ha inmiscuido en las relaciones jurídicas de familia y (ii) la referencia al deber de convivencia se incorporó durante el trámite parlamentario por la equivocada influencia de algunas voces que no entienden la diferencia entre las uniones convivenciales y el matrimonio y, consecuentemente, que para las primeras la convivencia no es un deber sino un presupuesto de su propia existencia (art. 509).

El régimen del divorcio sin expresión de causa, en cambio, está claramente establecido en los arts. 436 a 445 y no presenta ninguna inconsistencia ni obscuridad: desaparece, se deroga, se extingue toda mención a la causa que precede la petición y a la declaración del divorcio; no puede imputarse culpa alguna o mutua entre los cónyuges; el requisito objetivo para habilitar la petición (arts. 437 y 438) nada tiene que ver con esas causas, ni con la inocencia o culpabilidad,

¹⁷ CSJN, “Santa Coloma Luis y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, 05/08/1986, LA LEY 1987-A-142, con nota laudatoria de Borda, Guillermo, “El caso Santa Coloma: un fallo ejemplar”.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

ni con los deberes matrimoniales (jurídicos o morales). Sólo se necesita que la voluntad de querer divorciarse se exteriorice en forma conjunta por ambos cónyuges o por uno solo. Esto es coherente con la reiterada perspectiva constitucional-convencional por la cual se entiende que, de conformidad con el derecho a la libertad, el matrimonio se celebra de a dos y se mantiene o sostiene también de a dos; por lo tanto, si uno de los miembros del matrimonio no quiere continuar con el proyecto de vida en pareja, es necesario que la legislación permita la disolución de un vínculo afectivo que ya no existe.

En consecuencia, el art. 431 dedicado a los derechos y deberes matrimoniales no debe analizarse aisladamente, sino en el contexto legal indiscutido del divorcio, dada su innegable interacción o interrelación, por imperio de la interpretación y aplicación sistemática impuesta por los artículos 1 y 2 del CCyC.

Desde esta perspectiva sistémica cabe preguntarse: independientemente de lo que cada uno piense, desde su propia moral, sobre los deberes matrimoniales ¿Cuáles son los derechos-deberes *jurídicos* según el Código Civil y Comercial?¹⁸

La respuesta debe encontrarse, una vez más, en los principios constitucionales básicos de igualdad, autonomía y solidaridad, pilares de un Estado Constitucional-Convencional de Derecho, aunado a la noción de dignidad. Así lo señaló, magníficamente, la Corte Suprema de Justicia argentina en el *leading case* “Sejean c/Sejean”¹⁹ del 27/11/1986 en el que se decretó la inconstitucionalidad del régimen jurídico que, por entonces, no permitía la disolubilidad del vínculo matrimonial.

¹⁸ El error de traer consideraciones que hacen al plano moral, reservado según el art. 19 de la CN a la conducta auto-referencial de cada individuo y exento de la autoridad de los magistrados, se verifica claramente en algunos textos “La actitud egoísta que resulta del hecho de destruir unilateralmente una familia, no pensando en el otro sino en su propia satisfacción, surge evidente, lo que puede sin duda potenciarse cuando hay hijos de por medio, a quienes sin consultárselos, se los priva de convivir con ambos padres; y ello no puede sino ser calificado de inmoral” (Sambrizzi, Eduardo A., “Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2015-B-746, Cita Online: AR/DOC/722/2015). “Lo primero que se advierte en la reciente codificación es la contradicción entre el vaciamiento de los deberes matrimoniales y borrar la culpa de las relaciones matrimoniales, con el mantenimiento de las formalidades y consecuente intervención del Estado en la celebración de las nupcias. Esto último, a mi criterio está indicando que socialmente la reforma no se presenta como la culminación de un reclamo social” (Hernández, Lidia B., “El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2014 (noviembre), Cita Online: AR/DOC/3758/2014, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 37).

¹⁹ CSJN, “Sejean, J. B. c. Zaks de Sejean, A. M.”, 27/11/1986, LA LEY, 1986-E-648, con nota de Miguel M. Padilla; LLC 1987-18, Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, LA LEY 2005, p. 15, con nota de Andrés Gil Domínguez; Cita Online: AR/JUR/1289/1986.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

En total coincidencia con esta línea argumental, el 25/2/2015, la Sala Primera de la Corte Suprema de México²⁰ puso de resalto que “aun cuando el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad no se enuncie en forma expresa en la Constitución, están implícitos en disposiciones de los instrumentos internacionales suscritos por México”. Agregó que

De ella se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que el ser humano desarrolle íntegramente su personalidad, lo que comprende el derecho a elegir en forma libre y autónoma su estado civil. El derecho al libre desarrollo de la personalidad es la base para la consecución del proyecto de vida que tiene el ser humano para sí como ente autónomo, de tal manera que tal derecho implica el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles o impedimentos externos injustificados, con el fin de cumplir las metas y objetivos que se ha fijado, de tal manera que es la persona humana quien decide el sentido de su existencia, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera, y que, por supuesto, como todo derecho, no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público”; y “aunque es verdad que todo derecho fundamental no es absoluto y tiene sus límites en los derechos de terceros, así como el orden público y el interés social, es innegable que en el caso concreto, el riesgo de lesión de la dignidad humana vinculado con el estado civil en que la quejosa desea proyectar y vivir su vida, y que sólo a ella corresponde decidir, no puede estar supeditado al interés del Estado por preservar a toda costa la institución de la familia, al limitar la disolución del vínculo matrimonial únicamente cuando se demuestre alguna de las causales que para el efecto previó o al consentimiento mutuo de los consortes, sin atender a que la voluntad de uno de ellos es suficiente para que no se le obligue a permanecer en un estado en que no desea estar”. Por lo tanto, declaró inconstitucional las leyes de los Estados de Morelos y de Veracruz porque “Al sujetar a las personas para que puedan disolver el vínculo matrimonial de manera unilateral, esto es, sin el consentimiento de la contraparte, a la acreditación necesaria de las diversas causales previstas en la ley, atentan contra la dignidad humana, el derecho a la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, en el que se encuentra su derecho a permanecer en el estado civil en que se desee sin que el Estado lo impida.

²⁰Corte Suprema de México, Sala Primera, "Contradicción de Tesis 73/2014", 25/02/2015, <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=25733&Clase=DetalleTesisEjecutorias>, compulsada el 18/03/2016..

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

Claramente, la perspectiva constitucional-convencional del divorcio excede el derecho argentino; está presente en el derecho mexicano. Brasil no es ajeno; basta tener en cuenta la Enmienda Constitucional nro. 66 del 13/07/2010, que introdujo modificaciones sustanciales al permitir el divorcio directo (no hay necesidad de tener que pasar previamente por la separación judicial)- y derogar el plazo de dos años como requisito para solicitar el divorcio.

El deber de convivencia también merece ciertos reparos. Según surge de la redacción final del art. 431, el deber de convivencia sería un deber jurídico. Ahora bien, ¿cuál es la sanción jurídica por el “incumplimiento” del deber de convivencia? Podría responderse: “ninguna”. Esta afirmación se funda en las siguientes razones:

(a) La obligación jurídica de alimentos permanece durante la separación de hecho, sin analizar culpas en esa separación; esta respuesta de la ley significa que se cumpla o no con la convivencia, subsiste el deber jurídico indiscutido de prestar asistencia, fundado en el valor solidaridad (art. 432).

b) El Código Civil y Comercial diferencia la noción de “*convivencia*” de la de “*proyecto de vida en común*”, siendo esta última la que tiene relevancia jurídica. Es cierto que en la realidad, la gran mayoría de los matrimonios conviven, pero este hecho no es un requisito *sine qua non* para la configuración del matrimonio. Paralelamente, establecerse en la misma vivienda no asegura que el matrimonio está llevando adelante el proyecto de vida en común; una postura similar era la que seguía la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en el contexto normativo derogado, al aceptar que se pudiera plantear el divorcio por la causal prevista en el derogado art. 214 inc. 2 (separación de hecho) aun viviendo los cónyuges bajo el mismo techo, porque faltaba el elemento subjetivo, el querer mantener un proyecto de vida en común.

En suma, el Código Civil y Comercial prioriza el elemento subjetivo (proyecto de vida en común) por sobre el objetivo (convivencia).

c) Afirmar que el “incumplimiento” del deber de convivencia no genera efectos jurídicos no contradice el reconocimiento por parte de la ley de ciertos efectos jurídicos derivados de la separación de hecho (ruptura de la convivencia), porque para los casos en los que efectivamente hay convivencia, tal extinción constituye un dato de relevancia en cualquier régimen legal. En efecto, no es difícil distinguir entre: (i) la posibilidad de no convivir, admitida por el Código Civil y Comercial por aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional como modo de ampliar

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

opciones de vida matrimonial; y (ii) la separación de hecho, operada la desavenencia matrimonial, como hecho fáctico que refleja la terminación del proyecto de vida en común, elemento central de las relaciones de pareja (tanto matrimonial como convivencial).

En definitiva, conforme la interpretación coherente que impone el art. 2 del mismo Código Civil y Comercial, los derechos-deberes matrimoniales jurídicos son aquellos cuyo incumplimiento, violación o conculcación generan una reacción del sistema legal contra quien actúa en forma contraria a esa previsión. En el marco de un divorcio incausado, no se dirimen culpas, por lo cual el Estado no está autorizado a indagar sobre la fidelidad o la convivencia o no de los integrantes de un matrimonio; ello queda reservado al ámbito privado.

Al ordenamiento jurídico no debe importarle si uno de los cónyuges trabaja en otra provincia, o en el exterior, y por esta razón los cónyuges no conviven durante períodos más o menos largos; si se trata de una segunda o tercera unión y deciden mantener su hogar con sus respectivos hijos; si el matrimonio ha convenido llevar adelante un modelo de pareja *swingers*, o perdonar infidelidades, o dormir en camas separadas, si uno se ha convertido en un *work a holic* o dejó la universidad para dedicarse a su hobby de pesca con mosca, o decidió hacer carrera política. Todos estos “pactos matrimoniales” forman parte de la intimidad de los cónyuges.

3. EL PRINCIPIO DE REALIDAD Y LAS VENTAJAS DEL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA

¿Incide o impacta el régimen legal del divorcio en la fortaleza del matrimonio?

El paralelismo “divorcio/fortaleza del matrimonio” fue tema de especial debate cuando, después del caso *Sejean*, finalmente, el legislador argentino incorporó el divorcio vincular al régimen legal. Hace casi tres décadas, al sancionarse la ley 23.515, la respuesta fue elocuente: impedir el divorcio no fortifica el matrimonio; por el contrario, perjudica no sólo la relación entre los adultos sino de todo el núcleo familiar.

La realidad muestra que las relaciones mejoran si el trámite de divorcio se facilita, se hace más amigable, menos cruento y salvaje. El matrimonio es una institución familiar compleja, que para su constitución exige cumplir ciertos requisitos formales porque genera relaciones jurídicas no sólo en el plano personal sino también patrimonial, mientras se sostenga un proyecto de vida

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

en común. Cuando ese proyecto, elemento sustancial, central y fundante desaparece, la ley debe hacer todo lo posible para que la ruptura jurídica sea lo menos dolorosa y traumática.

En consonancia con estas razones, la sentencia de la Corte de México antes mencionada expresa:

Es cierto que también se elevó a rango de garantía constitucional de protección a la organización y desarrollo de la familia, en términos del primer párrafo del artículo 4º de la Constitución. No obstante, ello no lleva al extremo de que el Estado deba mantener el vínculo matrimonial a toda costa con apoyo en esa disposición constitucional, sino que más bien debe buscar los medios o instrumentos adecuados para evitar su desintegración, pero sin afectar los derechos humanos que le son inherentes a cada uno de sus integrantes, como lo es su conciliación, pero si ésta no lo logra es evidente que el Estado no puede obligar al consorte que no lo desee a continuar unido al otro, aunque este último esté en desacuerdo.

Por eso, es contradictorio afirmar “aceptamos que es preferible el divorcio no contencioso, evitando la destrucción y el desgaste emocional de los cónyuges y sus familias. Apoyamos la iniciativa que pretenda contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura” y al mismo tiempo criticar el sistema porque “sin claros deberes, sin plazo de reflexión, no parece robustecer el matrimonio”.

El tipo de divorcio no “robustece” ni debilita el matrimonio; tampoco los plazos de reflexión, declarados inconstitucionales por diversos tribunales del país. Es sabido que cuando las parejas llegan a tribunales para divorciarse, la decisión ya estaba tomada.

Por eso, variadas voces de la doctrina²¹ y de la judicatura²² han brindado argumentos de peso a favor de las bondades (jurídicas y no jurídicas) del régimen de divorcio sin expresión de causa y sin limitaciones temporales.

²¹ Ver entre otros: Roveda, Eduardo G.; Sasso, Marcela Lorena; Robba, Mercedes, “El divorcio en Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Rev. Derecho de Familia y de las Personas* 2012 (julio), *La Ley*, Buenos Aires, 2012, p. 36; Ciolli, María Laura, “Injurias graves recíprocas. El divorcio contradictorio en el nuevo Código”, *LA LEY* 2015-C-180; Mizrahi, Mauricio Luis, *Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto*, *LA LEY* 2012-D-888; Millán, Fernando, “El divorcio sin expresión de causa. Enfoque Constitucional”, *Derecho de Familia y de las Personas* 2013 (julio), *La Ley*, Buenos Aires, p. 39; Bigliardi, Karina A.- Pietra, María Luciana, “Alcance y contenido de los derechos y deberes de fidelidad y de cohabitación durante la separación de hecho de los cónyuges”, *LLBA*, (junio), *La Ley*, Buenos Aires, 2009, p. 504; Bigliardi, Karina A.; De Oliveira, Juan José, “¿Existe necesidad

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

4. EL DIVORCIO FUERA DE LOS TRIBUNALES

Párrafo aparte merecen las razones por las cuales el CCyC argentino mantiene el sistema de divorcio judicial y no da el salto cualitativo de receptor el divorcio administrativo, sea ante el registro civil –como acontece en Brasil- o ante notario o escribano –como sucede en Cuba por citar un ejemplo²³.

El divorcio extrajudicial fue descartado con los siguientes argumentos, sintéticamente expuestos:

a) Al regularse un único proceso sencillo y rápido, con pautas claras, no es necesario introducir una modificación sustancial sobre el organismo estatal interviniente; el tiempo que insume el proceso es casi idéntico.

b) La derogación total del divorcio judicial es imposible, pues cuando existen hijos menores de edad, el trámite debe seguir en sede judicial a los fines de cumplir con la intervención secundaria del Ministerio Público; es verdad que ese organismo podría comparecer en el ámbito administrativo, pero la realidad muestra que, por diversas razones (caudal de trabajo, lugar donde ejercen las funciones, etc.) estos funcionarios sólo intervienen con alguna eficacia cuando el asunto tramita en sede judicial.

c) La gran mayoría de los divorcios involucraría una intervención mixta: administrativa en lo relativo al vínculo jurídico matrimonial y su cese, procediéndose a su debida inscripción, y a la par judicial, con relación a todos los efectos que necesitan homologación o intervención del juez

de dar a luz las conductas de los cónyuges en los procesos de divorcio? El divorcio incausado en el Proyecto de Código Unificado”, Derecho de Familia y de las Personas 2012 (septiembre), p. 103.

²² Por citar uno de los últimos fallos en materia de divorcio y la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal de Familia nro. 7 de Rosario en fecha 09/02/2015 puso de resalto: “La posición asumida no significa atentar contra el instituto matrimonial, muy por el contrario, importa flexibilizar su eventual disolución y sacarlo de un molde rígido, antifuncional, induciendo a asumir la concreción de la legalización del vínculo sin desconfianza y con libertad”. “De este modo, una interpretación adecuada de la letra constitucional muchas veces puede aportar una correcta solución a causas que no encuentran una justa dilucidación a la luz de la armazón legislativa, lo cual señala la importancia de recurrir al análisis profundo de la Constitución Nacional” (Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, “M. R. M. y F. C. M. s/ divorcio por presentación conjunta”, 09/02/2015, La Ley, Cita online: AR/JUR/1040/2015).

²³ Para profundizar sobre esta cuestión y la noción de “desjudicialización” del divorcio, compulsar los diferentes sistemas jurídicos analizados en Acedo Penco, Angel y Pérez Gallardo, Leonardo (coordinadores), “El divorcio en el Derecho Iberoamericano”, Temis- Ubijus- Zavalía, Bogotá, México DF, Madrid y Buenos Aires, 2009.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

a los fines de arribarse a un acuerdo. Por lo tanto, en la práctica, la doble intervención sería más engorrosa, insumiría mayor tiempo y eliminaría todas sus ventajas teóricas.

5. LA APLICACIÓN INMEDIATA DEL DIVORCIO INCAUSADO: EL DERECHO TRANSITORIO

El tema del divorcio contencioso en trámite fue, inicialmente, objeto de acaloradas discusiones. Sin embargo, rápidamente, la jurisprudencia se alineó en la buena posición según la cual, después del 1/8/2015, es jurídicamente erróneo dictar una sentencia que declare a uno o a ambos cónyuges culpable o inocente. En otras palabras, “todos los divorcios contenciosos sin sentencia, iniciados antes o después de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, deben resolverse como divorcios sin expresión de causa, aun cuando exista decisión de primera instancia apelada”²⁴. Esta fue también la posición asumida por la doctrina ampliamente mayoritaria²⁵, con base en las siguientes argumentaciones:

²⁴ Compulsar, a vía de ej., Supremo Tribunal de Entre Ríos, sala II, “L-C/G-S s. ordinario divorcio”, 5/10/2015, LL Litoral 2016, pág. 84; DFyP, (Febrero), La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 109, con nota de Cecchini, Francisco, “Aplicación del art. 7 del Código civil y comercial en el juicio de divorcio las costas devengadas en éste”, DFyP (enero), La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 105, Cita online AR/JUR/34520/2015; SCMza, sala 1º, “P. H. c. M. M. p/ Divorcio Vincular Contencioso s/ Familia p/ Rec. Ext. De Inconstit-Casación”, 18/09/2015; SCMza, sala 1º, “A. J. A. en Jº 1781/09 / 26437/13, “P. M. A. DEL R. c/ A. J. A. p/ divorcio vincular contencioso. División de sociedad conyugal p/recurso ext. de inconstitucionalidad”, 11/03/2016, inéditos; Superior Tribunal de Justicia, Jujuy, “C., G. del V. vs. P., M. B. s. Divorcio vincular - Recurso de casación e inconstitucionalidad”, 16/12/2015, Rubinzal Culzoni, Cita online RC J 1073/16; CNCIV sala B, “B., C. R. c. V., R. B. s/ divorcio”, 09/11/2015, La Ley, Cita online AR/JUR/55391/2015, con nota de Veloso, Sandra, “La sentencia de divorcio y el art. 480 del CCyC”, La Ley, Cita online AR/DOS/4427/2015; CNCIV, Sala C, “R. L. c/ F. J. C.”, 01/10/2015, Microjuris, Cita online MJ-JU-M-95522-AR | MJJ95522; CNCIV, sala K, expte. n° 66334/2013, 27/8/2015, CNCIV, Sala J, “P. M., F. c/ G., M. R. s/ divorcio”, 24/08/2015, LA LEY 2015-E-511, Cita online AR/JUR/28874/2015; CNCIV, Sala M, “R.P.I. vs. P. R. de F. s/divorcio”, 20/11/2015, Rubinzal Culzoni, Cita online RC J 793/16; CNCIV, Sala M, “C.M.A. vs. M.A.F. s/divorcio”5/10/2015, Microjuris, Cita online MJ-JU-M-95593-AR | MJJ95593 | MJJ95593.

²⁵ La posición fue anticipada y defendida por Graciela Medina antes de la entrada en vigencia del nuevo código en su artículo “Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código”, LA LEY 2012-E-1035 y en DFyP, (febrero), La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 3, Cita online AR/DOC/5150/2012. Ver, entre muchos, Arazi, Roland, “Aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones existentes y a los procesos en trámite en el Derecho de Familia”, Revista de Derecho Procesal, 2015-II-29, La Ley, Buenos Aires; Dell’Orefice, Carolina y Prat, Hernán, “La aplicación del nuevo código civil y comercial de la Nación y el derecho transitorio”, en Rev. CCyC año I, n°1, Julio La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 28 y en cita on line Id Infojus: DACF150522; Galdós, Jorge Mario, “Los juicios de divorcio en trámite y el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2015-E-1227, Cita Online: AR/DOC/3147/2015; Gil Domínguez, Andrés, “El art. 7º del CCyC y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional”, Rev. CCyC año I, n° 1, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 16, Cita online AR/DOC/1952/2015; Junyent Bas, Francisco A. “El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”, LA LEY 2015-B-1095, Cita online AR/DOC/1360/2015; Krasnow, Adriana, “El divorcio en el código civil y comercial de la Nación. Su recepción en la jurisprudencia nacional”, en Baroni, M.C. y

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

a) El carácter constitutivo de la sentencia de divorcio, calidad que surge, sin hesitación alguna de los arts. 435 inc. c) (el matrimonio se disuelve por divorcio declarado judicialmente) y 437 (el divorcio se decreta judicialmente). Conforme la tesis de Roubier, recogida en el art. 7 del CCyC²⁶ (que a su vez responde al viejo artículo 3, con casi cincuenta años de jurisprudencia interpretativa), la extinción de la situación o relación jurídica se rige por la ley vigente al momento de esa extinción. No hay duda, pues, que si la sentencia definitiva se dicta después del 1/8/2015 (fecha de entrada en vigencia del CCyC), se aplica el nuevo ordenamiento.

En este sentido se afirma:

Cuando la sentencia misma es un hecho necesario para crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas, se la puede denominar constitutiva. Y cuando la sentencia es constitutiva, cuando es en sí misma un hecho necesario para crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas, debe ser emitida con aplicación de la normativa vigente al momento de ser emitida, es decir, debe ser dictada aplicándose la ley vigente al momento de suceder el hecho necesario”. Esta es la solución prevista en el art. 9 de la ley de Quebec para la aplicación de la reforma del código civil que entró en vigencia en 1994.²⁷

Seba, S. (coordinadoras), Derecho de familia. Temas relevantes en el nuevo código civil, Resistencia, ed. ConTexto, 2016, pág. 23; Molina de Juan, Mariel, “El Código Civil y Comercial y los procesos familiares en trámite”, LL 2015-E-784, Cita online: AR/DOC/3137/2015; de la misma autora, “El artículo 7 y el divorcio”, Rev. Derecho privado y comunitario nro. 1, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 399; Parrilli, Ernesto, “Breve análisis de los efectos de la ley con relación al tiempo en el código civil y comercial”, Rev. Temas de Derecho civil. Persona y Patrimonio, 10/2015, Errepar, Buenos Aires, 2015, p. 17; Rodríguez, Maximiliano Andrés, “Aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial, Cita, RC D 389/2015; Sirkin, Eduardo, Los juicios de divorcio en trámite ante la próxima vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 7, Ley 26.994”, elDial.com - DC1F3D, publicado el 02/07/2015; Taraborrelli, José N., “Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código”, LA LEY 2015-E-631; Cita Online: AR/DOC/2888/2015.

²⁶ Expresa el art. 7: “*Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo*”.

²⁷ Sosa, Toribio, “Algunas ideas preliminares sobre el derecho intertemporal, el Código Civil y Comercial y el proceso judicial”, en Rev. CCyC, año I, n° 4, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 95.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

b) La culpabilidad o inocencia es una *consecuencia* del divorcio y, como tal, conforme el art. 7 del CCyC está alcanzada por la nueva ley; por eso, si el ordenamiento vigente al momento de la sentencia no recepta tal calificación, la sentencia tampoco puede acogerla²⁸.

c) Con base en normas procesales²⁹, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene, desde hace muchos años que “las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición de los recursos, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión deberá atender también a las modificaciones introducidas en esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir” (Fallos: 335:905; 318:2438)³⁰.

d) El principio procesal/constitucional de resguardo del derecho de defensa en juicio (base de la prohibición de incongruencia) invocado por la doctrina minoritaria, es insuficiente para conmovir los argumentos antes esgrimidos. En primer lugar, porque no explica por qué debe ser aplicado al divorcio y no a otras causas, como las peticiones por cambio de nombre, los juicios relativos a la capacidad de las personas, las adopciones, etc. en las que rige la aplicación inmediata del CCyC. En segundo lugar, porque como se afirma insistentemente “el proceso de familia, como instrumento de realización de los derechos emergentes de las relaciones familiares, adquiere así una tonalidad propia”³¹; de allí que “Aunque los involucrados busquen ganar su batalla, los operadores jurídicos deben saber que su función es ayudarlos a encontrar una solución que -sin dejar de atender a los derechos en juego - desactive la crisis y pacifique la familia. La intervención de la justicia debe perseguir pacificar al grupo y restablecer el equilibrio familiar impactado por la conflictiva, o cuanto menos, lograr un nuevo equilibrio. Nada más lejos de la

²⁸ Cám. Apel. Civ. y Com de Bahía Blanca, sala 1, “A. C. G. c/ R. C. E” 28/08/2015, Cita online MJ-JU-M-94680-AR | MJJ94680 | MJJ94680.

²⁹ “La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos”, Art. 163 inc. 6), Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino.

³⁰ Cám. de Apel. Civil y Com. de Salta, Sala 4, “M de C M c/ C. T. L.”, 07/09/2015, Cita online MJ-JU-M-94604-AR | MJJ94604 | MJJ94604; publicado online también en RC J 5903/15.

³¹ Cecchini, Francisco, “Principios procesales en proceso de familia” en Peyrano (Dir) Principios Procesales, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, t. II, p. 381; Ferreyra de De la Rúa, Bertoldi de Fourcade y De los Santos, “Comentario art. 705” en Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras (Dir.) Tratado de derecho de Familia, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, t IV, p. 426; Petrillo, Paola María, “Familia, principios y proceso. Una aproximación al ordenamiento procesal de familia de la provincia de Córdoba”, LLC 2016-1, La Ley, Buenos Aires, p.1, Cita Online: AR/DOC/4193/2015

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

tradicional antinomia “vencedor-vencido”³²; por eso, obviamente, los principios procesales se flexibilizan para intentar alcanzar ese resultado³³.

6. UN CONFLICTO TRANSITORIO PARTICULAR: LOS ALIMENTOS AL CÓNYUGE INOCENTE FIJADOS POR SENTENCIA ANTERIOR AL 1/8/2015

Los alimentos fijados por sentencia a favor del cónyuge inocente con anterioridad al 01/08/2015 han generado opiniones dispares.

a) Una posición admite que no hay cosa juzgada y que, por lo tanto, la situación de cónyuge inocente no es inmutable a los efectos de los alimentos a devengarse en el futuro³⁴. No obstante, limita de tal modo la aplicación de esta regla que, en la práctica, termina por adherir a la posición que defiende la incolumidad de la decisión. En efecto, según esta línea de pensamiento, para que se aplique el nuevo ordenamiento, se debe haber cumplido el plazo fijado en el art. 434 inc. b) (o sea, se debe haber pagado estos alimentos durante el mismo número de años que duró el matrimonio). Esta solución supone una suerte de *mix* de leyes, sin apoyo normativo suficiente, en tanto hace regir los alimentos del cónyuge inocente según la extensión prevista en el Código derogado, más allá del 21/8/2015, pero con los límites temporales del CCyC.

b) Un autor³⁵ propicia completar la regla del art. 7º, sin reemplazarla, echando mano a otros principios jurídicos no vinculados al derecho transitorio, sino al derecho alimentario. En ese camino, dice, debería buscarse en cada supuesto la justicia de cada caso particular. Otros concretan esa propuesta. En este sentido sostienen que: (i) el monto y eventual continuidad es susceptible de revisión en razón de los nuevos criterios; (ii) rige el límite temporal en el sentido

³²Morello dice: “las manifestaciones de los conflictos de familia impactan en la médula de la concepción clásica - singular, de Ticio vs. Cayo- del proceso civil de sustancia patrimonial, lo que revierte en el objeto, contenido y proyección de tales litigios”, (Morello, Augusto, “Los procesos de familia, cuando se apaga la centuria”, *Microjuris*, publicado el 01/02/1998, cita online MJ-DOC-695-AR | MJD695). Ver también Rossi, Julia, “El proceso de familia y sus principios” en Krasnow, Adriana (Dir.) *Tratado de derecho de familia*, La Ley, Buenos Aires, 2015, T I, p. 279.

³³ Ver Kemelmajer De Carlucci, Aída, “Principios Procesales en el derecho de familia contemporáneo”, *Revista de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, N° 51, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2011, p. 295 (Informe presentado en la Comisión N° 3 sobre “Derecho Procesal de Familia en el XXXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la ciudad de Santa Fe 8-10/6/2011) y sus citas.

³⁴ Dell’Orefice, Carolina y Prat, Hernán, “La aplicación del nuevo código civil y comercial de la Nación y el derecho transitorio”, en *Rev. CCyC* año I, n°1, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 27 y en *Id Infojus*: DACF150522.

³⁵ Pitrau, Osvaldo, “Derecho alimentario y derecho transitorio”, *Revista de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 73, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 67.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

que la prestación alimentaria (aunque fijada con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código) no podrá durar más años que los que duró el matrimonio; (iii) por excepción, podría plantearse la afectación de garantías constitucionales si los alimentos fueron fijados teniendo en cuenta también un contenido indemnizatorio, en cuyo caso, dicho carácter reparatorio quedó constituido al momento del divorcio y, consecuentemente, el cónyuge no podría ser privado de él sin que quede afectado su derecho de propiedad. Y concluyen: “Si bien no pueden plantearse inconstitucionalidades en abstracto, tampoco puede descartarse, en abstracto, la posibilidad de que la aplicación de los principios del art. 7 puedan conducir, en algún supuesto, a la vulneración de derechos amparados por garantías constitucionales y, por lo tanto, derivar en la no aplicación de la nueva ley, tal como lo prevé su propio texto. En los casos concretos deberá ponderarse adecuadamente la situación, teniendo en cuenta que el cambio no solo implica un cambio en el modo de determinación de los alimentos, sino que afecta también la naturaleza jurídica y su interacción dinámica con otros institutos, como por ej., la compensación económica”³⁶. Arazi se mueve en un criterio similar, pues su argumento es que “la extinción del derecho alimentario del cónyuge inocente puede conducir a una solución disvaliosa si una de las partes renunció a la porción de los bienes gananciales que le correspondía, en pos de una tranquilidad económica que le asegurara su nivel de vida mediante una cuota alimentaria que un cambio de legislación no puede limitar”³⁷.

El razonamiento es insuficiente. Ciertamente, las normas de derecho transitorio se articulan en el sistema. Si en el caso concreto los alimentos fijados al cónyuge inocente no tuvieron carácter sancionatorio, sino transacciones globales, compensaciones por contribuciones realizadas, etc., estos elementos deben ser tenidos en cuenta al disponerse el cese o la modificación de la sentencia en crisis. Si en un caso ha habido “renuncia” a los gananciales para hacerlos jugar como alimentos, esta circunstancia podrá ser invocada y probada (normalmente sin mayor dificultad); claramente, esas sumas no son alimentos, son gananciales; el acuerdo importó una partición, una situación agotada que, como tal, no puede ser afectada por la nueva ley.

³⁶ Muñiz, Carlos y Piazza, J.P. “Alimentos en favor del cónyuge inocente”, LA LEY 2015-D-9.

³⁷ Arazi, Roland, “Aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones existentes y a los procesos en trámite en el Derecho de Familia”, Revista de Derecho Procesal, nro. II, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 31.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

c) Algunos entienden, abiertamente, que el derecho del cónyuge inocente a los alimentos fijados por el código anterior en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada integra su patrimonio, son un derecho adquirido y, consecuentemente, sólo podrían ser modificados si han cambiado las circunstancias *fácticas*³⁸. Esta tesis tuvo acogida en una sentencia de primera instancia, dictada por la jueza subrogante María Victoria Famá a cargo del Juzgado Nacional Civil N° 92³⁹, que fue prontamente revocada, el 1/12/2015⁴⁰, por la sala I de la Cámara Nacional Civil. La plataforma fáctica del caso era la siguiente: Una pareja contrajo matrimonio el 08/09/1982 y se divorció el 03/05/2011 por culpa exclusiva del marido demandado. Posteriormente, el 14/08/2013 se fijó la suma de \$10.000 mensuales en concepto de alimentos a favor de la cónyuge declarada “inocente”. Esta obligación fue cumplida por el demandado hasta el mes de agosto de 2015, fecha en que el ex marido dejó de abonarla. Ante la intimación de pago realizada por la actora, el demandado alegó que, de conformidad con lo dispuesto por el mencionado art. 7 del Código Civil y Comercial y la consecuente aplicación inmediata de la nueva legislación en obligaciones periódicas como la alimentaria, ya no se encontraba obligado a pagar alimentos.

La línea argumental de la decisión de *primera instancia* (que rechazó el planteo del demandado) y las réplicas a esa decisión finalmente revocada⁴¹, son las siguientes:

a) El derecho alimentario del cónyuge configura un derecho fundamental garantizado por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el país, y se sostiene, básicamente, en el valor solidaridad familiar.

³⁸ Criterio sostenido por Medina, Graciela, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código”, LA LEY 2012- E-1302 y DFyP 2013 (marzo), La Ley, Buenos Aires, p. 3; Rivera, Julio C., “Aplicación del Código civil y comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas”, LA LEY 2015-C-1112, Cita online AR/DOC/1977/2015; Duprat, Carolina, comentario al art. 437, en Kemelmajer De Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial de 2014, Bs.As., ed. Rubinzal, 2015, t. I, pág. 376.

³⁹ Juzgado Nacional Civil N 92, “M. L., N. E. c/ D. B. E. A. s/Alimentos”,- 14/09/2015, elDial.com - AA923E, La Ley, Cita online: AR/JUR/34186/2015.

⁴⁰ CNCIv., sala I, M L, N E c. D B, E A s/ Alimentos, 01/12/2015, inédito.

⁴¹ Para la posición crítica ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, LA LEY 2015-C-951, Cita online: AR/DOC/1801/2015; Molina De Juan, Mariel, “Los viejos alimentos del cónyuge inocente en el nuevo sistema de divorcio incausado. Argumentos para un debate sensible”; Herrera, Marisa, “Los primeros tiempos del derecho alimentario de niños y adolescentes en la jurisprudencia nacional y algunas perlas interpretativas”, en Baroni, M.C. y Seba, S. (coordinadoras), Derecho de familia. Temas relevantes en el nuevo código civil, Resistencia, ed. ConTexto, 2016; Rodríguez, Maximiliano Andrés, “Aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial”, Rubinzal Culzoni online, Cita: RC D 389/2015.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

La primera parte del argumento es excesivamente genérica. El derecho a los alimentos reconocido por la Constitución y los tratados de Derechos Humanos –en tanto derecho económico, social y cultural– es el de toda persona, independientemente de su edad, estado civil o cualquier otra condición y, como regla, no se vincula específicamente a la solidaridad familiar sino a la condición de ser humano⁴².

La afirmación de que el derecho del cónyuge después del divorcio se funda en la solidaridad es indiscutible si se aplica al CCyC, pues en todos los casos, el derecho a percibir una cuota está atado a la prueba de la necesidad⁴³. No fue así en el régimen derogado. Aunque durante los últimos tiempos algunos tribunales se resistieron a aplicar automáticamente los mandatos del art. 207 CC⁴⁴, los alimentos a favor del cónyuge *inocente* estaban en estrecha relación con el elemento subjetivo del divorcio y, consecuentemente, tenían un claro carácter *sancionatorio*⁴⁵; en este sentido: “El sistema sancionaba al culpable obligándolo a mantener al otro en las mismas condiciones y privándolo de reclamar lo mismo para sí”⁴⁶.

La sentencia de la Cámara revocatoria de la de primera instancia agrega: “No es cuestión de invocar el principio pro homine para, sobre la base de tal pauta hermenéutica, extraer conclusiones que la ley claramente no habilita”. Si se entendiera que la sentencia de primera instancia declaró la inconstitucionalidad de las nuevas normas (aunque sin expresarlo en la parte dispositiva), esa posición no puede ser compartida ya que “a la idea de que la Constitución Nacional no consagra derechos absolutos, insusceptibles de razonable reglamentación” (Fallos: 297:201; 300:700; 305:831; 312:318; 325:11 y 645, entre muchos otros), se agrega que el Código

⁴² Compulsar Fernández Leyton, Jorgelina, en Kemelmajer De Carlucci, Aída, Molina De Juan, Mariel (Dir.) “Alimentos”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t 1, p. 59.

⁴³ Conf. Cam. Apel Necochea, “T.A.E. c. C.N.C. s/alimentos provisorios”, 12/11/2015, Microjuris online, MJ-JU-M-96457-AR | MJJ96457; Juz. Nac. Civ. 92, “S. Q., M. A. y Otros c/ R., F. J. s/Alimentos”, 08/09/2015, Citar: elDial AA91AA, publicado el 14/09/2015; Cám. Apel. Familia de Mendoza autos N°464/12/9F- 758/14; CNCiv Sala B, “J., F. D. C/ J., S.M. S/ ALIMENTOS”, 08/09/ 2015, Rubinzal Culzoni online, RJ C 5815/15.

⁴⁴ En esta tendencia, la Cám. Nac. Civ. Sala G, (17/4/2015, LL 2015-D-9, Cita online AR/JUR/8459/2015, con nota de Muñiz, Carlos y Piazza, J.P., “Alimentos en favor del cónyuge inocente”) afirmó que el derecho del cónyuge inocente a seguir gozando del mismo nivel económico que tuvo durante la convivencia debe ser analizado a la luz a ciertas pautas, entre otras, los ingresos de la parte que reclama los alimentos; la capacidad económica del alimentante; el estado de salud del alimentado; el acceso al empleo del alimentado.

⁴⁵ Grondona, Paula, en Kemelmajer de Carlucci, Aída, Molina De Juan, Mariel (Dir.), “Alimentos”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t I, p. 212.

⁴⁶ Molina De Juan, Mariel, en Kemelmajer de Carlucci, Lloveras, Herrera (Dir.) Tratado de derecho de Familia. Código Civil y Comercial comentado. Deberes ente cónyuges (comentario art. 434) Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T I, 2015, p. 281.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

Civil y Comercial ha contemplado otras vías legales para que -en su caso- el cónyuge necesitado pueda obtener una asistencia de quien fue su consorte, y no se ha argumentado acerca de la insuficiencia de esas otras vías o la irrazonabilidad de la reglamentación consagrada”.

b) Hacer lugar a la petición implicaría aplicar la ley en forma retroactiva, en contra de la prohibición del art. 7.

La aplicación inmediata de la ley a los efectos no cumplidos de una sentencia no implica retroactividad. La prestación de la obligación alimentaria en cabeza del demandado se devenga mes a mes; siendo así, no es dudoso que el incumplimiento de la prestación devengada en el mes de agosto de 2015 constituye una “consecuencia” de una situación jurídica, y que, por tanto, de acuerdo a la pauta señalada por el mencionado artículo 7 del Código Civil y Comercial, se encuentra afectada por la nueva ley hacia el futuro.

c) La sentencia de alimentos puede ser modificada si se operan cambios *fácticos* (por ej., el alimentado ha disminuido sus ingresos, etc.) pero no por razones normativas.

La limitación tampoco convence. Por razones de seguridad y certeza jurídica, la cosa juzgada torna intangible la sentencia. Sin embargo, la estabilidad de tales decisiones no se confunde con el derecho constitucional que corresponde al beneficiario de una sentencia ejecutoriada y que, como tal, integra su derecho de propiedad. La cosa juzgada en materia de alimentos no es absoluta. Ni siquiera en el Código Civil el cónyuge inocente podía invocar la existencia de un derecho constitucionalmente adquirido a percibir *sine die* la suma establecida en la sentencia dictada en el juicio de alimentos. Así, la pensión alimentaria podía modificarse, sea incrementando su monto o bien reduciéndolo, e incluso dejarse sin efecto, en los supuestos contemplados en los artículos 210 del Código Civil (“Todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que los percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge”) y 218, para los casos de divorcio vincular.

Los períodos devengados durante la vigencia del Código Civil son situaciones consolidadas al momento de la entrada en vigencia del CCyC y, como tal, están incorporados al patrimonio no pudiendo el obligado alimentario pretender el reintegro de lo pagado en cumplimiento de tal manda. Lo contrario importaría consagrar una aplicación retroactiva que el propio artículo 7 del Código Civil y Comercial excluye, dado que la ley nueva únicamente resulta aplicable a las

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

relaciones o situaciones jurídicas nacidas con posterioridad o bien las “pendientes”, o sea a las que se hallan “in fieri” o “en curso de desarrollo” al tiempo de la sanción de la nueva norma. Por el contrario, los alimentos no devengados no configuran situaciones consolidadas, lo que explica que la nueva ley pueda modificar o dejar sin efecto ese derecho alimentario para el futuro, no obstante estar reconocido en una sentencia, sin que ello implique afectar la mentada garantía constitucional de la propiedad.

d) El cese automático de la cuota puede generar daños graves al alimentado.

La modificación normativa no hace cesar *ipso iure* el devengamiento de las cuotas fijadas a favor del cónyuge inocente pues, efectivamente, el juez pudo haber tenido en cuenta, entre otros elementos, la situación de necesidad del alimentado; consecuentemente, es necesario valorar si esta situación subsiste o no. Por eso, cabe dar una vista para evaluar si se configuran o no los requisitos para modificar o extinguir la obligación y acreditados, aplicar sin más las nuevas pautas del CCyC.

7. ¿ES COMPATIBLE EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA CON LOS LLAMADOS “DAÑOS DERIVADOS DE LAS CAUSAS DEL DIVORCIO?”

En el régimen derogado de divorcio culpable, conforme la jurisprudencia prevaleciente, los hechos que constituían violación a uno o más derechos-deberes jurídicos del matrimonio (concretamente, fidelidad o cohabitación), podían generar reparación civil –no siempre ni de manera automática- si se daban todos los presupuestos de la responsabilidad civil (antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad adecuada).

¿Es posible seguir sosteniendo esta posición en un contexto legislativo en el que se derogan las causales subjetivas fundadas en la culpa?

Los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto del CCyC dejaron en claro la incompatibilidad de la reparación de daños derivados de la conculcación del deber moral de fidelidad con el divorcio sin expresión de causa. Concretamente dicen: “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”.

Este tema fue materia de debate en la comisión nro. 3 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Bahía Blanca, Argentina los días 1, 2, y 3 de octubre del 2015 que, por mayoría, concluyó:

“Son resarcibles los daños causados entre cónyuges por todo hecho o acto que lesione su dignidad en tanto persona humana, con independencia de su calidad de cónyuge. No corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales”. Además, focalizado en el deber de fidelidad se afirmó: “En virtud del principio de reserva (art. 19 de la CN), las directivas de interpretación establecidas en el artículo 2 del Código Civil y Comercial y el carácter moral del deber de fidelidad (art. 431, código citado), anudados a los fundamentos del Código Civil y Comercial, la infracción del precitado deber no es antijurídica (art. 1717). Por tal motivo, no existe en este caso un daño resarcible (art. 1737)⁴⁷.

De este modo, y tal como se lo ha expresado en tantas oportunidades, se independiza el derecho de daños del régimen de divorcio; en otras palabras, el sistema de divorcio sin expresión de causa se declara incompatible con la responsabilidad civil que se pretenda extraer de las causas del divorcio. Varias ponencias presentadas a las mencionadas jornadas así lo manifestaron:

a) “Si durante la vigencia del régimen de divorcio subjetivo en el que el deber de fidelidad era jurídico las voces jurisprudenciales eran críticas a la reparación del daño, fácil se advierte que pasado tal deber al plano moral como lo hace el CCyC, la conclusión ineludible es la imposibilidad de entrecruzar la reparación del daño con el régimen de divorcio incausado”⁴⁸.

b) “Durante la vigencia del código civil derogado la reparación civil se circunscribía al divorcio culpable, siendo casi inexistente en otras situaciones, tanto desde el punto de vista

⁴⁷ Conf. <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-03.pdf>, compulsada el 07/03/2016.

⁴⁸ Ponencia de Herrera, Marisa- Pellegrini, María Victoria y Duprat, Carolina, “Derecho y Realidad: la improcedencia de reclamo resarcitorio por incumplimiento del deber moral de fidelidad según el contexto jurisprudencial previo al Código Civil y Comercial” en http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Herera-y-otras_DERECHO-Y-REALIDAD.pdf, compulsada el 07/03/2016.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

práctico como doctrinario sobre el cual había cada vez un menor interés. El CCyC recepta esta orientación al ser más estricto aún que la legislación civil derogada al suprimir de manera expresa los daños en el marco de los esponsales. ¿Sería un sistema legal coherente – preocupación que explicita el art. 2- que el CCyC sea más rígido aún en materia de daños en el matrimonio y no lo sea en campo del divorcio, siendo éste una de sus vertientes o especies?⁴⁹.

c) “El CCyC no reconoce la procedencia de daños y perjuicios en el divorcio, y mantiene el criterio de la ley anterior ante la nulidad matrimonial (...). Este silencio normativo no es de igual entidad que en el contexto del Código Civil derogado, pues guarda relación con un sistema de divorcio incausado, alejado de la noción de culpa”. Desde el contexto constitucional-convencional, fácil se comprende por qué el Código Civil y Comercial pone fin a otro acalorado debate de varios años y que desde hace algunos ha perdido, y con razón, entidad teórica y práctica. Así, la legislación vigente invita a concentrarnos en lo que realmente está habilitada y preparada para solucionar “los casos” jurídicos de conformidad con el art. 1 CCyC. Los odios, las angustias y broncas familiares quedan –como una gran cantidad de dolores- “exentas de la autoridad de los magistrados” (art. 19 CN)⁵⁰.

De este modo, los daños susceptibles de reparación son aquellos que se causan, independientemente del divorcio, por afectar o atacar el honor, la intimidad, la libertad o a la integridad física y psíquica de una persona; no así los que se derivan de la supuesta “violación” a derechos y deberes que en el régimen vigente ostentan el carácter de morales y no jurídicos como la fidelidad y la convivencia, por lo tanto, insusceptibles de ser reparados en el ámbito jurídico.

En otras palabras, el haber sido infiel, o no convivir, etc., como tantas otras conductas que podrían ser las causas por las cuales un matrimonio se extingue, forman parte de dinámicas relacionales en las cuales ya no hay jurídicamente un cónyuge “culpable” y otro “inocente”, sino la evidencia de un matrimonio desgastado en el que la justicia debe intervenir no de modo sancionador contra quien “destruyó” algo que sería indestructible, sino a través de otras figuras superadoras, que no están fundadas en la culpa, sino en la solidaridad, como los alimentos en

⁴⁹ Otra ponencia de Herrera, Pellegrini y Duprat titulada “Trilogía segunda parte. Daños antes y durante el matrimonio en el CCyC: una necesaria perspectiva integral y sistémica” en http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Herrera-y-otras_TRIOLOGÍA-SEGUNDA-PARTE.pdf

⁵⁰ Ponencia de Herrera, Pellegrini y Duprat titulada “Responsabilidad civil y divorcio incausado: ¿compatibilidad o contradicción?” en http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Herrera-y-otras_RESPONSABILIDAD-CIVIL.pdf, compulsada el 07/03/2016.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

casos en que un ex cónyuge se encuentre en situación de vulnerabilidad, la atribución de la vivienda, o las compensaciones económicas, por citar las más importantes.

¿Qué voces jurisprudenciales se han escuchado en los primeros meses de vigencia?

La Secretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al resolver una contienda de competencia, decidió que una demanda de daños iniciada por un ex cónyuge contra el otro debía ser tramitada ante el juez de familia que había decidido el divorcio y no ante el juez civil. Fundó la decisión en la “conexidad” de ambos procesos. Es de esperar que esta decisión sobre competencia no sea interpretada –al momento de resolver el fondo de la acción de daños y perjuicios– como una atadura al pasado, a un sistema legal que en los hechos ha sido perverso al pretender demostrar que la justicia es hábil para inmiscuirse en la intimidad de los matrimonios y sentenciar quién es “culpable” y quien “inocente” en relaciones tan complejas como las de pareja, decretando un “dañador” y un “dañado”.

La Corte Suprema de Justicia de Mendoza debió pronunciarse sobre el fondo de la cuestión el 11/03/2016⁵¹. En un divorcio contencioso interpuesto durante la vigencia del código anterior se había petitionado, además, reparación de daños. En primera instancia y aún vigente el código velezano, se hizo lugar a la demanda de divorcio culpable por las causales de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar fijándose una suma compensatoria del daño moral. La Cámara de apelaciones, ya vigente el CCyC, por mayoría, confirmó la sentencia de divorcio culpable fundado en la causal de injurias graves y bajó el monto de la reparación civil. La máxima instancia judicial de la provincia de Mendoza decretó el divorcio según el régimen ya vigente por aplicación del mencionado art. 7 del CCyC (o sea, sin expresión de causa), pero confirmó la condena a reparar el daño moral. Entendió que

en la nueva ley al no existir más causales subjetivas de divorcio, para que resulte procedente una indemnización por daños, quien los reclame debe acreditar fehacientemente los daños que invoca, conforme los presupuestos generales de la responsabilidad civil. Si la condición humana, la dignidad e integridad de una persona, en cualquiera de sus aspectos, dentro o fuera de un matrimonio, ha sido dañada, eso es lo que debe indemnizarse en caso de encontrarse debidamente probado el daño”; agrega que “el alterum non laedere (art. 19 Constitución Nacional) no se

⁵¹ SC Mendoza, sala I, 11/03/2016, “A. J. A. en J° 1781/09 / 26437/13, “P. M. A. DEL R. c/ A. J. A. p/ divorcio vincular contencioso. División de sociedad conyugal p/recurso ext. de inconstitucionalidad”, inédito.

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

diluye por el hecho de que el daño injustamente sufrido se materialice durante el matrimonio. Ello sería insostenible (...). En los casos de violencia en la pareja, la Ley 26.485 de 'Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales', del 2009, prevé de manera expresa la reparación de los daños que se deriven de este tipo de violación de derechos humanos.

Hasta aquí, la sentencia parece responder a los criterios expuestos en los fundamentos del anteproyecto, ya transcritos: no a la reparación del daño por violación al deber de fidelidad; sí a los daños que implican ataque a la dignidad de la persona, aun cuando hayan sido erróneamente acumulados a una acción de divorcio contencioso, interpuesta antes de la vigencia del nuevo CCyC.

La dificultad aparece al decidir la carga de la prueba. La sentencia dice:

Advierto una distinción notoria entre el régimen anterior y el actual con relación al régimen probatorio. Cuando los jueces aplicaban la doctrina del viejo plenario, era más sencillo tener por acreditado el daño con el simple hecho de la configuración de una causal subjetiva de divorcio. Acreditada la existencia de injurias graves, a modo de ejemplo, el daño moral es casi evidente. Así fue resuelto en esta causa en las instancias de grado. Por el contrario, hoy resulta necesario detenerse en el análisis de la prueba del daño invocado. Sin embargo, aplicar mayor rigor probatorio en esta oportunidad a un proceso que ya se ha sustanciado, podría conculcar seriamente el derecho de defensa en juicio de las partes intervinientes, esencialmente de la actora que, a la hora de reclamar sus daños, tuvo en cuenta la existencia de un régimen vigente que le permitía exigir la reparación ante la acreditación de las causales subjetivas de divorcio.

La afirmación merece algunas reflexiones: no toda la jurisprudencia partía de la base de esta suerte de presunción del daño moral, por lo que el punto de partida del tribunal no es exacto. Si lo es, en cambio, el párrafo final de cierre de la argumentación cuando sostiene:

La Cámara sentenciante ha tenido en cuenta que la actora padeció malos tratamientos, ofensas verbales y físicas de parte del accionado, aspectos que sin duda importan la violación de la dignidad humana y de sus derechos personalísimos. Tal pronunciamiento no luce arbitrario ni infundado. Por el contrario, ha sido dictado conforme la prueba rendida y el régimen jurídico vigente en esa oportunidad, para concluir que no

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

puede dudarse que la actora haya visto afectado su equilibrio espiritual y afecciones legítimas y es dable suponer un estado de zozobra. Agrega también que la Sra. ... ha padecido un estado de angustia de grave envergadura, en el cual el obrar culpable del Sr. A. resultó factor determinante. Como se advierte no existe arbitrariedad en la sentencia dictada que amerite su anulación, máxime cuando los hechos que fundaron el reclamo podrían también calificarse a la luz de la legislación vigente como violatorios de la dignidad humana y de la condición de persona, en el marco de una relación matrimonial o fuera de ella.

Los interrogantes para los procesos anteriores quedan abiertos, y ello es lógico que suceda en estos primeros tiempos de vigencia del nuevo Código Civil y Comercial.

BREVES PALABRAS DE CIERRE

Repensar el lugar de la ley en las relaciones de familia, cada vez más dinámicas y variopintas, no es tarea sencilla.

Reflexionar sobre cómo impactan el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la libertad, autonomía personal e intimidad, y tantos otros en el derecho contemporáneo de las familias, constituye un punto de inflexión clave en la región. Argentina pudo sortear el desafío no hace tanto, y es de suma utilidad compartir esta experiencia.

Quizás, para comprender la nueva regulación sea necesario, como conducta previa e ineludible, seguir las palabras de Alvin Toffler, estadounidense especializado en temas de revolución digital y de las comunicaciones: “Los analfabetos del siglo XXI no serán aquellos que no sepan leer y escribir, sino aquellos que no sepan aprender, desaprender y reaprender” o, como mínimo, recordar al español Alejandro Nieto, quien en su obra *El derecho y el revés*, afirma con precisión: “Es fácil entender las cosas cuando se dejan a un lado dogmas perturbadores; algo así como sucedió con los movimientos siderales cuando se consiguió prescindir del dogma geocéntrico inventado por una interpretación bíblica caprichosa que impidió entender lo que los ojos y la razón percibían”.

El Código Civil y Comercial argentino en general, pero muy en especial, en lo atinente a las relaciones de familia, invita a aprender, para lo cual es fundamental desaprender, abandonar

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA RUPTURA MATRIMONIAL:
EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO
ARGENTINO**

los viejos cimientos de la idea de “culpa”, para reaprender lógicas más constructivas de pacificar relaciones humanas.

Se trata de una experiencia legislativa que vale la pena ser compartida en la búsqueda constante por alcanzar un derecho más humano.