

# Divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial



DR. RICARDO J. DUTTO

Juez del Tribunal Colegiado de Familia N° 5. Rosario.

## Familia / Familias

Hace siglo y medio Oxford fue testigo de una famosa trifulca entre el obispo Samuel Wilberforce cuando le preguntó al científico y reformador social Thomas Huxley, muy próximo a Darwin, si creía provenir del mono por vía paterna o materna. Sátira aparte, El Código Civil vigente, data de esa época, emparchado con el paso de los años, enmohecido en el entendimiento de una sola forma familiar: heterosexual, matrimonial y con inocultable preponderancia masculina

No obstante, contra lo que algunos imaginaron, la familia se perpetúa con variaciones. El alboroto de posibilidades ahora es tan grande que opuestamente a lo conjeturado, florece intrigante y caprichosa, con todos los colores y formatos imaginables

Perdido el miedo al divorcio y a la soledad, la mujer ha sido la proa del variopinto. Últimamente aumenta el número de ellas que optan por vivir plena y libremente a partir de los 50 o 60 años, hasta hace poco tiempo inimaginable, con parejas más jóvenes. Este fenómeno en alza conocido en Estados Unidos como las cougar : las mujeres pantera, que rompen estereotipos y

compiten con el hombre en el campo laboral, social y sexual. Su determinación causa inseguridad y desasosiego a muchos hombres que las moteja de felinos porque actúan con astucia y fiereza.

Debemos sumar las parejas unisexuales, la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo, el aumento considerable del embarazo adolescente, la reunión de integrantes de uniones anteriores y la persistencia de personas que, al igual que antaño nunca aprendieron a desembarazarse de matrimonios vegetativos o infelices por imponderables económicos, comodidad afectiva, conformidad social y miedo al salto al vacío.

Hoy tenemos un destello de posibilidad de aprehender a estas familias en construcción, con sus complicaciones, sus transparencias, sus mezquindades y cuyo desarrollo llegará con otra generación porque posiblemente nosotros vivamos «un tiempo que no podemos entender», como sentenció Borges en la última línea de «Juan López y John Ward», el único poema que escribió sobre Malvinas.

Así como las fotos de infancia son una especie de más allá que hace imposible creer que seamos los de entonces,

el Código vigente como herramienta jurídica requiere esfuerzo y habilidad para cobijar las nuevas alternativas, muy especialmente en la rama conocida como «Familia» y que con la multiplicidad de ellas, deberíamos llamar «FAMILIAS».

El Proyecto de Código Civil y Comercial es una puerta que, como la de felicidad se abre hacia adentro, surge como una expresión más o menos consciente de un despliegue estratégico-jurídico, presentado como una propuesta humanista superadora del posible individualismo velezano.

Los Fundamentos de la reforma refieren a la igualdad basada en un paradigma no discriminatorio. También a la protección de minorías de raza, lengua, religión, sexo, edad. La mira está puesta en efectivizar la reforma constitucional de 1994.

Tal vez, los alcances «materiales» tienden a prevalecer sobre los «personales». La interpretación clásica observará un debilitamiento de las manifestaciones de amor tradicionales con la incorporación de la autonomía de la voluntad, e incremento familiar de la utilidad.

Una opinión imparcial jamás tiene valor y solemos brindarla cuando algo no nos interesa. Con la proyección de un «Corpus» reformador del derecho privado no podemos ser Pilatos.

## Inconstitucionalidades varias

Propusimos –en solitario, hace diez años- la inconstitucionalidad de los artículos que obligaban a acreditar determinado tiempo de casados para divorciarse por presentación conjunta o para invocar la separación de hecho, con el fundamento de la supremacía legal de las Declaraciones, Tratados y Convenciones sobre derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional en 1994 y así dispensar a los cónyuges de la cláusula rigurosa del plazo legal para iniciar el divorcio por mutuo acuerdo -3 años de casados- o para invocar en la demanda la separación de hecho -3 años-.

Sosteníamos que una auténtica reforma del derecho positivo en esta materia, debía legislar sólo el divorcio y no un régimen intermedio, híbrido, de coexistencia de separación personal –que no disolvía el vínculo- y el divorcio –que tenía ese efecto- agregando la posibilidad de convertir la sentencia de separación personal en divorcio y que además deberíamos razonablemente discutir la conveniencia de mantener o no el sistema de divorcio causado que intenta, vanamente a nuestro modo de entender, encontrar en la culpa de alguno o de ambos cónyuges el quiebre de la unión.

Tratábamos de brindar respuestas de

buen sentido a un interrogante de igual contenido:

¿Debe la ley refrenar temporalmente el divorcio y así ubicar a los esposos como cónyuges virtuales o es deseable propender que aquéllos como derecho personalísimo e irrenunciable decidan el tiempo de su relación matrimonial sin imposiciones jurídicas artificiales con implicancias tan severas cuando el afecto desapareció?

Se habla y se escribe sobre la solidaridad conyugal como fuente de sustento de la uniones matrimoniales, pero es que la solidaridad no puede ser obligatoria, o se es solidario voluntariamente o nada. Si a ello se le suma que ambos integrantes desean interrumpir definitivamente su vida matrimonial el desatino legal es más evidente.

Declaramos la inconstitucionalidad del tiempo de separación de hecho como causal de divorcio, la inconstitucionalidad del tiempo de espera para plantear el divorcio por presentación conjunta y la inconstitucionalidad de la segunda audiencia en el último de los trámites.

Deducíamos que la intervención judicial no puede ser la de impedir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges cuando no existen otros intereses afectados, sino que el Juez debe evitar la arbitrariedad y la desigualdad.

Si el Estado acepta que los esposos pueden convenir sobre su domicilio, guarda y alimentos de sus hijos, liquidación de sus bienes, organización y administración de su vida doméstica, resulta incoherente imponer un régimen cerrado, rígido en cuanto al plazo legal forzoso para impulsar el divorcio, pues desatiende las distintas realidades familiares e impone una respuesta única.

Se entiende que el Estado impone leyes a sus ciudadanos para favorecer la vida en sociedad y la circunstancia de que el contenido, efecto y forma del acto jurídico familiar sean establecidos por la ley, no puede trastocar aquél designio pues sería un estigma de disvalor a la voluntad humana impulsora de un cambio que ambos integrantes de la unión desean.

Una de las mayores virtudes que deben tener las leyes y la Justicia es que respondan a la realidad y, ser transparentes en la aceptación y respeto de la voluntad de las partes favorece la ética social, pues ¿a quién le hace daño que los cónyuges invoquen estar distanciados desde hace un año o acrediten el mismo tiempo de casados pero que hay obstáculos insalvables para continuar la vida en común y en ambos ejemplos, peticionen su divorcio?

También preguntábamos: ¿Altera el or-

den público que dos personas obtengan el divorcio vincular antes de los tres años de matrimonio por el procedimiento de petición conjunta, o sin dejar transcurrir el mismo espacio de tiempo cuando se invoca la causal de separación de hecho?

La cláusula de dureza o prohibición temporal para el Estado argentino no rige de plantearse la separación personal o divorcio con imputación de culpa. El orden público se hace brumoso cuando el propio legislador prioriza la sanción culposa sin anteponer tiempo de reflexión o espera.

Citábamos que existe efectivamente un interés social en preservar la familia, pero no es correcto identificar familia con matrimonio. La extensión de los valores modernos de autonomía personal, de libre elección de la pareja sobre la base del amor romántico, la creciente expectativa social de dar cauce a sentimientos y afectos implican también la contracara: la libertad de cortar vínculos cuando el amor se acaba, cuando el costo personal de la convivencia conflictiva supera cierto umbral.

Dentro de los derechos con rango constitucional que favorecen y defienden la autonomía de los cónyuges, sobre la cláusula prohibitiva temporal de divorciarse, que fueron receptados por la Constitución Nacional en 1994, cuya supremacía

legal obliga a explorar una declaración de inconstitucionalidad, enumeramos:

1.- **Derecho a la libertad:** ART. 3 Decl. Univers. de DD HH; art. I Decl. Amer. de DD.HH.; art. 7.1 Pacto de San José de Costa Rica; art. 9.1 Pacto de Derechos Civiles;

2.- **Libertad de Asociación:** ART. 20 Decl. Univers. de DD HH; art. XXII Decl. Amer. de DD.HH.; art. 16 Pacto de San José de Costa Rica; art. 22.1 Pacto de Derechos Civiles;

3.- **Protección de la Familia:** ART. 16 Decl. Univers. de DD HH; art. VI Decl. Amer. de DD.HH.; art. 17 Pacto de San José de Costa Rica; art. 23 2/3 Pacto de Derechos Civiles; Art. 10 Pacto de Derechos Económicos;

4.- **Respeto a la vida privada:** ART. 12 Decl. Univers. de DD HH; art. V Decl. Amer. de DD.HH.; art. 11.1 Pacto de San José de Costa Rica; art. 17.1/2 Pacto de Derechos Civiles;

5.- Por último los **alcances de los derechos del hombre**, esto es el límite del límite para lo cual cabe citar: ART. 29.2 Decl. Univers. de DD HH; art. XXVIII Decl. Amer. de DD.HH.; art. 32.2 Pacto de San José de Costa Rica; art. 12.3 Pacto de Derechos Civiles; Art. 4 Pacto de Derechos Económicos;

La formulación internacional y conceptual reseñada rechaza la idea de limitación a la extensión y ejercicio de un derecho humano sin una estricta necesidad de ello, y esta necesidad recién aparece cuando la configuración de ese derecho compromete o pone en vilo el modelo de sociedad democrática. La mera afectación de algún interés particular que no implique la perturbación o conculcación de un derecho humano de un tercero no da lugar a ejercer la limitación al ejercicio de otro derecho humano.

Según la definición de un ex-juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos esos valores y principios no pueden desvincularse de los sentimientos dominantes en una sociedad dada, de manera que si la noción de orden público no se interpreta vinculándola estrechamente con los estándares de una sociedad democrática, puede representar una vía para privar del contenido real a los derechos humanos internacionalmente protegidos. En nombre de un orden público dominado por principios antidemocráticos, cualquier restricción a los derechos humanos podría ser legítima.

La exigencia del plazo mínimo legal, implica la conculcación de derechos humanos con protección explícita y puntual en los instrumentos internacionales descriptos, respecto al derecho interno

después de la reforma de 1994 y que integran el denominado «bloque constitucional» por imperio del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Consideramos que *es excesivo y hasta disparatado el lapso de tres años para configurar la separación de hecho como causal objetiva de divorcio cuando la ruptura conyugal es irremediable e irreversible, pues ambos esposos abdicaron definitivamente de un proyecto común a la semana de estar casados.*

Era y es inconstitucional que el Estado se arrogue la facultad de invadir la esfera de decisión personal de los esposos, interroque y valore la decisión de ellos, pueda rechazar su pedido si considera que la gravedad de los motivos no son suficientes, limite temporalmente el planteo de la acción de divorcio, imponga un tiempo mínimo con una finalidad tipo «Estado paternalista» –tratar de reconciliar a las partes- y la exigencia formal de dos audiencias donde las partes tengan que rendir explicaciones, cuando la realidad demuestra que ya no existe conflicto sobre ese punto.

Estos razonamientos fueron acompañados por otras voces<sup>1</sup> y si bien hubo numerosas críticas, nuestra convicción y entusiasmo empujaban a mayores argumentos demostrativos a favor de la

tesis, pero jamás podíamos colegir que DIEZ AÑOS DESPUES un nuevo Código Civil iba a receptar en carácter de ley vigente y de esta manera producir una de las modificaciones más profundas en la sociedad argentina sobre forma y modo de poner fin a la crisis matrimonial.

### Modificaciones sustanciales

La reforma refiere derechamente a la denominación «divorcio» sin «vincular», pleonasma consagrado por leyes anteriores. Todo divorcio es vincular porque ése es justamente el efecto principal, cortar el vínculo y permitir recuperar la aptitud nupcial,

Pueden indicarse las siguientes modificaciones sustanciales:

- Suprime las causales subjetivas;
- Elimina el tiempo de espera
- Elimina la acción de separación personal.
- Incorpora la propuesta o convenio regulador.
- Especial referencia a la vivienda familiar.

### Competencia territorial

Conforme el art. 2621 las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimo-

nio, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado.

Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges.

A su vez la reforma trae una ampliación de la competencia territorial en el art. 171 que expresamente habilita al Juez del domicilio de cualquiera de los cónyuges.

No resulta aplicable en este tipo de proceso la prórroga de la competencia territorial por no tratarse de un asunto exclusivamente patrimonial o intereses meramente privados (art. 1 CPCCN, art. 2 Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe).

#### **Competencia material:**

En razón de la materia en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires entienden los jueces con competencia en asuntos de familia –art. 4 ley 23637–, al igual que en la Provincia de Buenos Aires –art. 827 inc. a CPCCBA–

#### **Nulidad de la renuncia**

El Código Civil recepta un criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

que rechazó la demanda de los contrayentes que impugnaban el art. 230 derogado y pretendían acordar con constancia en el acta matrimonial que el matrimonio que celebraban era insoluble.

El art. 436 además de reiterar la nulidad de la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio, dispone que el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tendrá por no escrito.

#### **Legitimación**

El divorcio se decreta judicialmente a petición de uno o ambos cónyuges –art.437–.

En el caso que actúe un apoderado, el poder conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución. Se exige facultades expresas en la procura para petitionar el divorcio (art. 375.–inc. a).

#### **Requisitos y procedimiento del divorcio**

##### **Petición de los cónyuges con convenio regulador**

Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de

la propuesta impide dar trámite a la petición. – art.438–.

El convenio regulador debe contener – art. 439–:

- las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda,
- la distribución de los bienes,
- al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial,
- la prestación alimentaria,
- y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges.

#### **Dictado obligatorio de sentencia**

Conforme el art. 438 Código Civil, en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

La sentencia produce la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. No obstante, el juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho –art.480–.

### Excepción

El Código Civil innova en la retroactividad de la sentencia para el supuesto que el divorcio estuviere precedido de separación de hecho sin voluntad de unirse. Para ese supuesto la sentencia tiene efectos retroactivos, respecto de la extinción de la comunidad, al día de esa separación. –art.480 segundo párrafo-.

Si los esposos peticionara el divorcio pero no acuerdan la fecha de separación de hecho que precede a la acción de estado incoada, como aquélla es una consecuencia necesaria de la sentencia de divorcio, necesariamente el Juez deberá desentrañar la fecha de la separación de hecho para poder dictar sentencia de divorcio y asentar la data de la retroactividad de la comunidad a la época del distanciamiento fáctico de los cónyuges.

La solución recepta con mayor amplitud el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil que en la interpretación del art. 1306 Código Civil derogado sostuvo que cuando los cónyuges no hiciera la reserva que la ley otorga al cónyuge inocente, ninguno puede participar de los bienes adquiridos con posterioridad a la separación.

También la Suprema Corte de Buenos Aires extendió la no participación de los bienes adquiridos con posterioridad

a la separación de hecho en un divorcio por presentación conjunta con reconocimiento de ambos de encontrarse separados varios años antes de plantear el mutuo acuerdo.

### Trámite

Al momento de formular la propuesta, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan.

**¿Qué son los elementos?** Son los fundamentos o datos justificantes de la propuesta con el agregado de las pruebas que los corroboren.

Las pruebas que avalen el pedido pueden ser documental, informativa, pericial, o reconocimiento espontáneo de bienes que pueden corroborar otras probanzas

El juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otras pruebas que estime pertinentes.

Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

### Pedido de divorcio conjunto sin propuesta. Patrocinio único.

Si los cónyuges de común acuerdo no acompañan el acuerdo o convenio regulador, el Juez intimará a la presentación bajo apercibimiento de tener por desistida la acción. – art.438-.

Si los cónyuges no acompañan la propuesta pero manifiestan que no hay hijos, bienes, deudas y cada uno de ellos tiene su propio sustento, es suficiente para decretar el divorcio.

Si la presentación se hace en forma conjunta en único escrito puede admitirse un solo letrado que patrocine a los cónyuges. El Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe , exige el debido patrocinio letrado –art.31- no pudiéndose entender que si actúa un solo curial, éste no pueda garantizar el asesoramiento pertinente, respetándose normas procesales y de índole constitucional.

### Propuestas. Convenio regulador. Procedimiento

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con

el procedimiento previsto en la ley local. –art.438 Código Civil-.

Según este último párrafo frente al pedido de divorcio acompañado de la propuesta, previa evaluación el Juez deberá poner en conocimiento del otro cónyuge la propuesta original.

En los fundamentos se explica que no hay reglas específicas de carácter procedimental, siendo esta materia propia de los códigos locales. Bajo esa premisa, pensamos en el trámite de juicio sumarisimo atento que la proposición debe acompañarse con los elementos.

Como vimos se faculta al Juez para ordenar de oficio que se incorporen otras pruebas pertinentes. Esta actividad no afecta la imparcialidad ya que cuando se determina oficiosamente la realización de una prueba no puede prever a cuál de los litigantes le será favorable. Encuentra, además justificación en el propio fin público del proceso, el pronunciamiento de una decisión intrínsecamente justa.

Recibida la propuesta e incorporada las otras pruebas que el Juez puede ordenar, se dará traslado por diez días.

El cónyuge notificado de la propuesta puede:

- allanarse y en consecuencia acordar con la propuesta,
- hacer una contrapropuesta parcial o total.

**Allanamiento:** Si el escrito de responde el cónyuge notificado se allana con la propuesta allegada, el Magistrado deberá homologar y la propuesta se transforma en acuerdo homologado que podrá ser ejecutado en caso de incumplimiento.

Aquí la audiencia ante el Juez no es un requisito ineludible, ya que si uno de los pilares de la reforma es reconocer los derechos fundamentales de la persona, conforme al principio de autonomía de la voluntad y el respeto por la libertad personal, carece de sentido convocar audiencia para que ratifiquen los términos de los escritos presentados previamente.

Convocar a audiencia conspira contra el principio de celeridad y economía procesal.

**Contrapropuesta:** Cuando exista contrapropuesta, sin perjuicio de la previa evaluación judicial, se convocará audiencia a fin de resolver en definitiva.

De existir prueba a ponderar la audiencia es de vista de causa. En este acto procesal de concentración de prueba, el Juez podrá interrogar libremente a las partes, recibir la declaración testimonial, exhi-

bición y reconocimiento de documental, explicaciones de los peritos si fuere pertinente. El Juez dicta sentencia conforme el mérito de la prueba.

En la Provincia de Santa Fe, en las Jurisdicciones que exista Tribunal Colegiado de Familia las partes pueden recurrir la resolución con revocatoria ante el Tribunal Pleno. –art. 66 LOPJ-.

En los Juzgados de Distritos Civiles y Comerciales de Fuero Pleno o de Familia unipersonales como la resolución fue sustanciada, procede la reposición con apelación subsidiaria, –art.347 Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe.

Si quedaran cuestiones pendientes conforme la complejidad el Juez determinará el procedimiento a seguir de acuerdo al ordenamiento procesal local.

### Facultad Judicial

El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio. –art 440 Código Civil.

El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente, ejemplos: si surgen nuevas cuestiones que afectan a los hijos menores, o en

materia alimentaria por variaciones fundamentales en los ingresos del alimentante o del alimentado.

### Alimentos después del divorcio.

Los alimentos posteriores a la sentencia de divorcio se contemplan en el art. 434, desafortunada ubicación pues correspondería dentro de los efectos del divorcio:

#### Supuestos

Los alimentos pueden otorgarse:

- a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se trasmite a sus herederos.

- a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos.

Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas.

#### Condiciones

Para fijar la mesada se debe tener en cuenta -art. 433 incs. b) c) y e).

- la edad y el estado de salud de ambos cónyuges;

- la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos;

- la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar;

#### Permanencia de la obligación alimentaria

La obligación alimentaria no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio. -art.434-

No obstante esta limitación podría ser cuestionada porque afecta la libertad y autonomía de la persona humana y los cónyuges podrían pactar alimentos indefinidamente.

Ese pareciera ser el espíritu de la última parte del art. 434 cuando dispone que si en el convenio regulador del divorcio existe una referencia a los alimentos, rigen las pautas convenidas y entre esas pautas puede concebirse un tiempo distinto a la duración de la unión matrimonial para la prestación alimentaria.

#### Impedimento alimentario de quien percibe compensación económica

No procede la fijación de cuota alimen-

taria a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441.

#### Cesación

La cuota alimentaria cesa si:

- desaparece la causa que la motivó,

- si la persona beneficiada contrae matrimonio,

- si la persona beneficiada vive en unión convivencial,

- cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

### Compensación económica

La compensación económica es un instituto nuevo y difiere de los alimentos y de los daños y perjuicios.

En el caso del matrimonio es una previsión legal destinada al cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, -art. 441-

El fundamento es la solidaridad familiar y con ella se trata de lograr un equilibrio patrimonial entre los cónyuges en base

a una comparación de la situación patrimonial al inicio y a la finalización del matrimonio.

Por la compensación el cónyuge beneficiado tiene derecho a:

- una prestación única,
- una renta por tiempo determinado o,
- una renta excepcionalmente por plazo indeterminado.

Puede pagarse:

- con dinero,
- con el usufructo de determinados bienes,
- de cualquier otro modo que acuerden las partes o,
- decida el juez.

Lo expuesto no descarta que los cónyuges acuerden otro aspecto, además de los descriptos, en relación con la acción de estado de familia presentada.

#### **Fijación judicial de la compensación económica.**

A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determi-

nar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: -442-

a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;

b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;

c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;

d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;

e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

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

#### **Caducidad**

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio. Se entiende desde que ha quedado firme.

### **Atribución del uso de la vivienda familiar**

Uno de los pilares de la reforma es la protección especial de la vivienda familiar, en sucesión al actual régimen de bien de familia tendiente a garantizar la permanencia, con una especial protección con fundamento constitucional para los matrimonios como para las uniones convivenciales, conf. art. 522.

#### **Pautas**

Según el art. 439 Código Civil las partes pueden pactar la atribución del uso de la vivienda familiar en el convenio regulador, en consonancia con el espíritu del régimen inspirado en la autonomía de voluntad de los cónyuges.

En caso que no se arribe a un acuerdo uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. - 443-.

El juez determina:

- la procedencia,
- el plazo de duración y
- efectos del derecho sobre la base de:

a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos: Esta pauta es criterio jurisprudencial casi unánime traducido por el principio de brindar protección al mayor número familiar conviviente. b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; La ley no da privilegio a ningún cónyuge. En la práctica por distintos factores, la mujer cuando ejerce el cuidado de sus hijos habita la vivienda común. c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

Por este último inciso, deberá contemplarse la situación de parientes que por su ancianidad, discapacidad o enfermedad ameriten ser considerados en la solución para atribuir a uno de los cónyuges el uso de la vivienda.

Esta disposición legal tiende a la protección de la vivienda familiar, derecho consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional; art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 27 Convención sobre los Derechos del Niño; art. 14 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

La norma tiende a la protección de la parte más débil de la unión pero también

favorece a aquel de los cónyuges que se haga cargo de la custodia de los hijos del matrimonio.

#### **Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar.**

A petición de parte interesada, el juez puede establecer: -art. 444-.

- una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda;
- que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos;
- que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado.

La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose

- el obligado al pago y
- las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

#### **Cesación de la atribución del uso de la vivienda familiar**

El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa: -art.445-

- a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez;
- b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación;
- c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria

#### **Notificación del pedido unilateral. Costas**

El divorcio puede ser pedido unilateralmente y sin convenio regulador cuando no existen hijos ni bienes comunes.

Corrido el traslado, puede suceder que el otro cónyuge no contesta o se allane a la pretensión.

Sobre la notificación deberán extremarse los cuidados y realizarse en persona y con la leyenda que en caso de no encontrarse el requerido, el que reciba la cédula deberá informar si el cónyuge vive efectivamente en el lugar y recién ahí proceder a dejar la comunicación.

Es innecesario el dictado de auto de rebeldía pues ninguna oposición podría

efectuar sobre el estado de familia y de hacerla el Juez la rechaza y dicta el divorcio.

En este supuesto, las costas se impondrán por su orden, en atención al aprovechamiento de la acción en lograr el nuevo estado de familia.

En caso de contrapropuesta las costas se distribuyen en proporción al éxito de cada uno.

### **Reclamo de daños y perjuicios entre cónyuges**

Conforme los fundamentos de la reforma al Código Civil los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema de responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial, en si mismo ni en los deberes que de él emanan sino en la condición de persona.

Es decir al desaparecer la posibilidad de atribuir culpa en el divorcio, elimina el reclamo por los daños derivados precisamente de esa atribución subjetiva de responsabilidad. Ej. por la afeción a su honor o dignidad, frustración de un proyecto de vida, alteración profunda de los hábitos de vida social o profesional, etc.

No obstante de presentarse entre los es-

posos alguna cuestión por violencia familiar la víctima podrá accionar por ese comportamiento ilícito del agresor y los daños resultantes del mismo, como es posible entre terceros.

### **Conclusión**

Es tremendamente fácil demonizar a los otros, no obstante para interactuar con el semejante, comprender el contexto es clave. Las leyes se interpretan conforme los tiempos, más aún en este campo del derecho privado, móvil por naturaleza. No podemos estancarnos en un Código Civil de hace más de un Siglo tachonado de reformas parciales, como un producto revelado de una vez para siempre y libre de los avatares del devenir histórico.

El derecho proyectado, del cual se hizo un mínimo dibujo, también enmarca como Principios generales de los procesos de familia a la tutela judicial efectiva, la intermediación, la buena fe y lealtad procesal, la oficiosidad, la oralidad. Incluye las cargas probatorias dinámicas, trata la resolución pacífica de los conflictos y facilita el acceso a la justicia, tratándose de personas vulnerables.

Son respuestas posibles, actuales, donde la Persona y la Constitución son sus abanderadas ■