

“El divorcio en Argentina y España: diferentes abordajes desde el método comparado, como aporte al Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial”

Por: Gabriel E. Tavip* y Sebastián Monjo**

1. El planteo; 2. El divorcio en Argentina; 2.1. Divorcio subjetivo, contencioso, con atribución de culpabilidad y causado; 2.2. Divorcio objetivo, contencioso, sin atribución de culpabilidad y causado; 2.3. Divorcio por presentación conjunta, no contencioso, sin atribución de culpabilidad y causado; 2.3.1. El "plazo de espera" previsto en el art. 215 del Código Civil; 2.3.2. Las causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común; 3. El divorcio en España; 3.1. Divorcio incausado unilateral; 3.2. Divorcio incausado por mutuo consentimiento; 4. Utilización del método comparado; 4.1. Divorcio judicial; 4.2. El divorcio causado o incausado; 4.3. El sistema de plazos; 4.4. La intervención de los magistrados; 4.5. El divorcio unilateral; 5. Síntesis conclusiva de ambos sistemas; 6. El divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación; 7. Conclusiones.

1. El planteo

Asumiremos el concepto de comparación jurídica brindado por Giuseppe de Vergottini según el cuál *“es la operación intelectual del contraste entre ordenamientos, institutos y normativas de diferentes ordenamientos que, si se lleva a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico, asume las características de las disciplinas científicas”*¹.

Aplicando el método de derecho comparado, a los fines de convalidar los resultados obtenidos, deviene necesario definir:

a. Para qué se compara (función): se compara cómo se estructura el divorcio en Argentina y España, para verificar qué régimen legal es más eficaz frente a la crisis matrimonial. Una vez identificada la legislación más eficaz, haremos referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, a los fines de establecer cómo regula el divorcio la legislación proyectada.

b. Qué se compara (objeto): se comparan los sistemas de divorcio asumidos en Argentina y España.

c. Cómo comparar (método): utilizaremos el método comparativo de derecho, partiendo de un estudio descriptivo de la situación en ambos países para luego, habiendo desentrañado el derecho interno, cotejar analíticamente la situación arribando a una síntesis conclusiva.

La utilización de los resultados obtenidos permitirá iluminar un posterior abordaje del derecho reglamentario de las crisis matrimoniales, en especial, el Proyecto de Código

* Juez de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba. Especialista en Derecho de Familia (Universidad de Rosario). Docente de las cátedras de Derecho Privado VI –Familia y Sucesiones- y Derecho Privado I –Parte General- de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Investigador de la Secretaría de Ciencias y Técnica –Secyt- de la UNC y de la Universidad de Barcelona (España).

** MONJO, Sebastián. Abogado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Magister en Derecho Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Doctorando en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Estudios en la Universidad Autónoma de Madrid. Diplomado de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense Latinoamericana.

¹ De Vergottini, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Traducción: Claudia Herrera, Publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2004, Traducción de la 6ª edición italiana publicada por CEDAM, 2004, p. 2.

Civil y Comercial de la Nación Argentina² que se encuentra actualmente en debate en la comisión bicameral formada especialmente en el Congreso nacional³.

Reconocemos también la inutilidad de una comparación basada únicamente en el dato formal de textos normativos que ignore su concreta aplicación y por ello es que analizaremos, más bien, el texto “vivo” de ambos estados. Es decir, la simple comparación de disposiciones normativas es insuficiente ya que es preciso tener en cuenta su interpretación y aplicación⁴.

Al decir de Giuseppe de Vergottini, “*comparar significa confrontar poniendo de relieve la semejanza y las diferencias que se advierten en la disciplina normativa establecida por distintos ordenamientos y también las que resultan de la práctica constitucional y de la jurisprudencia. El derecho constitucional formal, cuando existe, es frecuentemente modificado, en su aplicación práctica y tales modificaciones, de hecho, desnaturalizan las previsiones formales. Por eso no basta tener en cuenta únicamente el texto formal. Deben analizarse los elementos de carácter formal (constitución, legislación, jurisprudencia) como aquellos no formales (costumbres, convenciones y praxis interpretativas)*”⁵.

Es necesario señalar que no podemos quedarnos solamente en la descripción de ambos sistemas puesto que es no es el objetivo perseguido por el método comparativo, sino que resulta relevante contrastar ambas regulaciones para extraer conclusiones motivadas y fundadas. Es a partir de esa síntesis conclusiva a través de la cual emergerán apreciaciones críticas que elaboraremos al final, y que comportan el sentido propio del juicio comparativo.

2. El divorcio en Argentina

En Argentina, la ley 23.515⁶ del año 1987 de Matrimonio Civil⁷, entre otras reformas, introduce el divorcio vincular⁸. Destacamos que en pleno debate parlamentario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el precedente “Sejean” que declaró la

² Mensaje N° 884 del P.E.N. al Congreso de la Nación de fecha 12 de junio de 2012 que presenta el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la comisión de reformas integrada por la Ricardo Lorenzetti, Helena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci -designada por Decreto N° 191 de fecha 23 de febrero de 2011-.

³ Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación creada por Resolución de la H.C.D.N ((aprobada el 04/07/2012) e integrada según el art. 4 por “treinta miembros, observando la siguiente composición: quince senadoras/es nacionales y quince diputadas/os nacionales, designados por los presidentes de cada Cámara, respetando la proporción de las representaciones políticas en cada una de las Cámaras.

⁴ De Vergottini, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, ob. Cit., p. 27.

⁵ De Vergottini, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, ob. Cit. p. 28.

⁶ Sancionada: Junio 3 de 1987; Promulgada: Junio 8 de 1987, publicada en el B.O.: 12/06/87.

⁷ Para mayor abundancia, puede verse el comentario de esta reforma en: Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y divorcio*, Astrea, Bs. As., 2001, p. 153 y ss.; Azpiri, Jorge O., *Juicios de divorcio vincular y separación personal*. Hammaurabi, Bs. As., 2005; Lopez del Carril, Julio: “*Régimen del matrimonio, separación personal y divorcio. Ley 23.515*”, Depalma, Buenos Aires, 1989; Fanzolato, Eduardo, comentario a los art. 201 a 219 en Bueres, Alberto (dirección): *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T 1 B, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, entre otros.

⁸ Cfr. Lagomarsino, Carlos A.R.; Uriarte, Jorge A., *Separación personal y divorcio*. Universidad, Bs. As., 1991, p. 267 y ss.

inconstitucionalidad de la ley 2393 en cuanto establecía la indisolubilidad del matrimonio⁹ presente hasta entonces en el derecho argentino, por lo que indudablemente tal pronunciamiento reforzó el aire de cambio que traía la legislación proyectada y que se plasmó definitivamente en la reforma de la 23515.

Así, el art. 213 del Código Civil Argentino expresa que “*el vínculo matrimonial se disuelve: 1° Por la muerte de uno de los esposos; 2° Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento; 3° Por sentencia de divorcio vincular*”.

La ley 23.515 estructuró (esencialmente) en el Código Civil tres formas de acceder al divorcio¹⁰:

a) por un lado, el divorcio por causal subjetiva, con atribución de culpabilidad y causado, regulado en el art. 214 inc. 1°, con remisión al art. 202 del Código Civil;

b) por otro lado, el divorcio por causal objetiva, sin atribución de culpabilidad, previsto en el art. 214 inc. 2° del Código Civil;

c) finalmente, el divorcio por presentación conjunta o por “mutuo acuerdo”, normado en los arts. 215 y 236 del Código Civil.

Por otra parte, ponemos de resalto que de acuerdo a lo establecido en el art. 230 del C.C. los esposos no pueden renunciar anticipadamente a la indisolubilidad del matrimonio¹¹.

2.1. Divorcio subjetivo, contencioso, con atribución de culpabilidad y causado

Las causales están enumeradas en el art. 202 del Código Civil (al que remite el art. 214 inc. 1° del CC) que reza: “*Son causas de separación personal: 1° El adulterio; 2° La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador; 3° La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos; 4° Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; 5° El abandono voluntario y malicioso*”.

Las causales subjetivas reguladas por el ordenamiento conllevan un reproche a la conducta “culpable” de uno de los cónyuges o de ambos. Se trata de conductas ilícitas o antijurídicas cuyo contenido y alcance está tipificado expresamente por la ley

⁹ CSJN, 27/11/86, LL 1986-E-647, “Sejean”, el voto del Dr. Petracchi dice: “los fracasos matrimoniales son un hecho doloroso que no desaparece porque se los ignore. Son múltiples las causas por las que dos personas, que con vocación de permanencia han decidido unirse y aunar sus esfuerzos en la búsqueda de una vida satisfactoria en lo afectivo compartiendo la ardua tarea de enfrentar los desafíos que la empresa entraña, pueden ver frustrado ese proyecto. El divorcio no puede prevenir todas esas causas ni conjurar sus efectos sólo está a su alcance abrir la posibilidad de que dicho fracaso no sea definitivo para cada uno de los miembros de la pareja que no puede continuar unida.”

¹⁰ No se nos escapa la especial situación que establece el 203 del Código Civil, que establece una causal de separación personal por enfermedad mental del cónyuge pero que en virtud del art. 238 puede ser transformado en divorcio vincular. No lo analizamos por cuanto el mismo trata de un supuesto específico, que merece un abordaje que excede el marco del presente artículo.

¹¹ Recordamos que ante un pedido de declaración de inconstitucionalidad de este artículo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expresado sobre su validez. En este sentido entendió que “la voluntad irrevocable de los cónyuges de renunciar a pedir el divorcio vincular queda dentro del marco de la libertad del fuero interno o de su expresión, sin validez para el ámbito jurídico, pues sería inadmisibles que esa voluntad o creencia individual se proyectara o expandiera a categoría normativa general en un planteo en el que no se han demostrados vicios de inconstitucionalidad del art. 230 CC” (CSJN, 05/02/98, LL 1998-E-230).

Esta modalidad, es la denominada “divorcio sanción”¹² a través del cual el ordenamiento jurídico “castiga” al cónyuge que dio causa al fracaso del proyecto matrimonial, incurriendo en conductas que fracturan la estabilidad matrimonial (vrg. adulterio, injurias graves, etc).

En este proceso contencioso, el Juez declarará el divorcio por culpa de uno o de ambos cónyuges, denominando “inocente” al cónyuge que no incurrió en las causales previstas por el art. 202 del Código Civil.

La noción de “divorcio sanción” es la respuesta jurídica que endilga responsabilidad a quien genera la causal de divorcio, es decir al cónyuge que ha incurrido en algunas de las conductas descritas por la norma como causales y que se relaciona también con lo que el mismo ordenamiento estipula como deberes y derechos derivados del matrimonio.

Es importante destacar que en caso de que no se llegaran a acreditar las causales invocadas, el Tribunal procederá a rechazar el divorcio, manteniendo, en consecuencia, el vínculo matrimonial.

2.2. Divorcio objetivo, contencioso, sin atribución de culpabilidad y causado

La causal objetiva para el divorcio la constituye la separación de hecho por un lapso mayor de tres años (art. 214 inc. 2 Código Civil), lo que denota el fracaso matrimonial y la ruptura definitiva de la unión¹³. La presunta finalidad de la norma al establecer el plazo de tres años, es la de otorgar un tiempo de reflexión para que los cónyuges consideren la posibilidad de reconciliarse.

En este supuesto solo es necesario invocar la interrupción de la convivencia por un determinado lapso de tiempo para lograr la separación personal o el divorcio vincular, es decir que el solo hecho de la separación material y la consecuente ruptura de la convivencia, presuponen el fracaso matrimonial. Es esa la causa del divorcio objetivo.

Así, la separación de hecho exige dos elementos, el primero está dado por el quebrantamiento de la convivencia o por el alejamiento físico de los cónyuges, con incumplimiento total y absoluto de los deberes matrimoniales¹⁴. El segundo, inescindible del primero, está dado por la falta de voluntad de unirse, lo que importa la intención de uno o de ambos cónyuges de no seguir cohabitando, poniendo fin a la vida en común.

El divorcio por causal objetiva se nomina “divorcio remedio” por cuanto brinda una solución a los cónyuges cuando operó el fracaso matrimonial.

Desde esta perspectiva, la crisis matrimonial se aborda sin atribuir culpas y desde una solución más armonizadora y menos litigiosa. Se reconoce la innecesariedad que el fracaso matrimonial esté fundado en la comisión de conductas ilícitas por alguno de los cónyuges.

2.3. Divorcio por presentación conjunta, no contencioso, sin atribución de culpabilidad y causado

El divorcio por presentación conjunta está reglado por el art. 215 del Código Civil

¹² Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009.

¹³ Para un estudio más profundo sobre los procesos de divorcio vincular y separación personal, recomendamos por su claridad: Azpiri, Jorge O., *Juicios de divorcio vincular y separación personal*, ob. cit., 2005.

¹⁴ Conf: Vidal Taquini, Carlos, *Matrimonio Civil*, Ed. Astrea, Bs. As. 1991, pág. 429 y Lagomarsino, Carlos; Uriarte, Jorge, *Separación Personal y Divorcio*, ob cit..

que exige que hayan transcurrido tres años del matrimonio y que existan causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, para poder solicitarlo a través del art. 236 del Código Civil y se establece un procedimiento específico asentado en dos audiencias-.

En la primera audiencia, las partes deben comparecer personalmente ante el Juez y manifestarle su voluntad libre y consciente de obtener la separación personal (art. 205 CC) o el divorcio vincular (art. 215 CC). En la misma, la ley “obliga” al Juzgador a “oír a las partes” quienes deben expresarle al Magistrado las “*causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común*” sobre las cuales se asienta el pedido de disolución del vínculo matrimonial.

Además, la ley pretende que el Juez procure “*conciliar*” a las partes, instándolos al avenimiento para reflexionar sobre la decisión que ha llevado a presentar la demanda conforme el art. 236 del Código Civil.

La segunda audiencia, en tanto, debe convocarse en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres y las partes deben manifestar en la misma si han arribado a una reconciliación¹⁵.

2.3.1. El "plazo de espera" previsto en el art. 215 del Código Civil

El Código Civil les exige a los cónyuges que contrajeron matrimonio que esperen el transcurso de tres años desde su celebración para efectuar conjuntamente el pedido del divorcio vincular ante el Juez competente, conforme el procedimiento establecido en el art. 236 del Código Civil ¹⁶.

¹⁵ En los últimos años se han realizado planteos judiciales cuestionando la realización de una segunda audiencia. A favor de su celebración se sostuvo que “*la convocatoria a la segunda audiencia prevista en el art. 236 del Código Civil en el trámite de divorcio por presentación conjunta no es inconstitucional ni viola los derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que la misma no resulta irrazonable, pues su finalidad es constatar si en un breve lapso de tiempo los cónyuges se han reconciliado*” Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 11/05/2011, M., R. J. y M., R. B., LLBA 2011 (agosto) , 771, JA 18/01/2012, 87, AR/JUR/17962/2011. Por otra parte, sobre la innecesariedad de su realización se han pronunciado otros tribunales aseverando que “*la manifestación expresa de los cónyuges sobre la imposibilidad de reconciliación y el desistimiento voluntario de la celebración de la segunda audiencia, aventa cualquier duda e impide interpretaciones arbitrarias cuando se conoce inequívocamente la intención de proseguir el divorcio sin alongamientos innecesarios. En este caso, está en juego el valor que el juez asigne a la “autonomía de la voluntad” de los cónyuges en sus relaciones personales de familia: cuando solicitan el respeto de aquellos derechos individuales por sobre los que surgen de la interpretación rígida de una “letra inexistente” o “laguna” de la ley; cuando peticionan no quedar atrapados en un “plazo de ficción” que alargue la agonía y el dolor por sostener a ultranza rigorismos formales que a la postre resulten inútiles e hipócritas. El juez debe respetar la “autonomía de la voluntad” de las partes cuando eligen el procedimiento rápido invocando la causal objetiva de separación de hecho precedente -aun si el dato fuera falso, ya que al juez ni siquiera le consta tal separación-. Entonces, no se entiende por qué habría que cercenar cierto juego de autonomía para eludir una segunda audiencia en el otro supuesto de causal objetiva, cuando ya se ha producido la primera entrevista que garantiza el principio de inmediatez judicial y la exposición privada de las razones que justifican la causal”.* “B., R. B. y L., M. A.”, Trib.de Flia.Mar del Plata No.2. del 17/7/ 06, R.D.F, 2007 I, pags.105 y s.s., Edit.Lexis Nexis

¹⁶ Nos pronunciamos por la inconstitucionalidad del plazo previsto en el art 215 del CC en: Tavip, Gabriel, *Divorcio por presentación conjunta: ¿es legítima la intromisión del Estado cuando los cónyuges deciden finalizar su vínculo matrimonial?*, en Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, N° 44, Abeledo Perrot. p. 178; Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, *La inconstitucionalidad de los arts. 215 y 236 del Código Civil*, LLLitoral 2012 (junio), 491, en comentario a fallo: Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 03/07/2012 “F., M. Y L., S. s/divorcio presentación conjunta”.

Alguno autores entienden que la previsión de un tiempo mínimo desde la celebración del matrimonio para plantear la separación personal o divorcio vincular se explica “porque sin la madurez o reflexión necesarias, cualquier matrimonio joven puede, sin más recurrir al tribunal solicitando la separación”¹⁷, o para que “no se apresuren ante las primeras desavenencias conyugales”¹⁸.

2.3.2. Las causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común

Los arts. 205, 215 y 236 del Código Civil exigen la exposición ante el Magistrado de las razones o motivos que llevan a los cónyuges a formular el pedido de separación personal o divorcio vincular por presentación conjunta. La norma refiere que los motivos deben ser "graves" al punto de "hacer imposible la vida en común"¹⁹.

3. El divorcio en España

El divorcio, para Serrano Alonso, es la disolución del vínculo matrimonial en vida de ambos cónyuges acordada en un proceso matrimonial a instancia de ambos cónyuges o de uno sólo de ellos y declarada en virtud de una resolución judicial²⁰.

La disolución del matrimonio, según el art. 85 del Código Civil Español, se produce, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Antes de la Ley de 7 de julio de 1981, que reincorporó el divorcio al ordenamiento jurídico español, el matrimonio sólo se disolvía por muerte (art. 52 Código Civil originario).

Vale recordar que el divorcio (sanción y por mutuo consentimiento) había sido previsto por primera vez en la Ley de 2 de marzo de 1932 (II República) pero fue derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939 que retornó al Código Civil y al principio de indisolubilidad del matrimonio, suprimiendo el divorcio del sistema jurídico español.

La Constitución Española de 1978 avanzó hacia la ruptura del principio de indisolubilidad del matrimonio, disponiendo, en el art. 32 que “1. *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.* 2. *La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*”.

Por lo tanto, hasta el año 1981 regía en España el principio de indisolubilidad del matrimonio y la Ley de 7 de julio de 1981 incluyó el divorcio como causal de disolución del vínculo matrimonial.

La Ley 30/1981 de 7 de Julio de 1981 no hacía alusión a la culpabilidad de los

¹⁷ Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*, t. II, 1989, Ed. Astrea, p. 131.

¹⁸ Ferrer, Francisco A. M., *El divorcio por presentación conjunta*, 1976, p. 30

¹⁹ Efectuamos un análisis de este aspecto en: Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, *La inconstitucionalidad del art. 236 del Código Civil: las causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y la segunda audiencia en el divorcio por presentación conjunta*, Revista de Derecho de Familia. Diciembre 2011 (2011-VI). Bs. As. 2011. Abeledo Perrot. Directoras: Cecilia Grosman; Aida Kemelmajer de Carlucci; Nora Lloveras, ISSN 1851-1201, pgs. 292 á 304. También en Tavip, Gabriel, *Divorcio por presentación conjunta: ¿es legítima la intromisión del Estado cuando los cónyuges deciden finalizar su vínculo matrimonial?*, ob. cit planteamos la impropia injerencia a la intimidad que esa actuación judicial implica.

²⁰ Serrano Alonso, Eduardo; Carbajo González, Julio; Campuzano Tomé, Herminia; Serrano Gómez, Eduardo; Estrada Alonso, Eduardo; Serrano Gómez, Carolina; González González, Aurora, *Manual de Derecho de Familia*, Serrano Alonso, Eduardo (Director y Coordinador), Edisofer, Madrid, 2007, 2ª edic., p. 106.

esposos como causal de divorcio (excepto en el art. 86 inc. 5 Código Civil), pero sí incluía un sistema de plazos (en el art. 86 ncs. 1, 2, 3 y 4), instaurando el divorcio remedio o “divorcio ruptura de la vida en común” (asentado en el cese efectivo de la convivencia conyugal o en la violación grave y reiterada de los deberes conyugales)²¹. Estaba excluida la posibilidad de divorcio por decisión de ambos o uno solo de los esposos²².

Posteriormente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, suprime toda alusión a causas y culpabilidad, consagrando el divorcio consensual o por mutuo acuerdo y el divorcio el que puede ser requerido por uno de los esposos unilateralmente y sin necesidad de alegación causa alguna (art. 86 Código Civil) o, más concretamente, el divorcio se asienta en la libertad del contrayente de no querer continuar vinculado matrimonialmente²³.

Por otra parte, la normativa admite la posibilidad de acudir directamente al divorcio, sin necesidad de previa separación entre los cónyuges, pero mantiene la dualidad entre separación y divorcio.

Es relevante señalar que las reformas de las Leyes 13/2005 y 15/2005 son una expresión de la función del matrimonio como medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges²⁴.

La sentencia de divorcio es constitutiva de estado familiar y produce efectos hacia el futuro (ex nunc) desde que adquiere firmeza²⁵.

3.1. Divorcio incausado unilateral

La Ley 15/2005 otorga prevalencia a la autonomía de la voluntad de los cónyuges y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 Constitución Española), permitiendo que sólo uno de ellos solicite el divorcio, con el único requisito de que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

En la exposición de motivos de la Ley 15/2005, se expresa: “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación” (exposición de motivos ley 15/2005, España, sancionada el 8/7/2005).

La innecesariedad de invocación de causas fundantes del divorcio acelera y simplifica los procesos, evitando enfrentamientos judiciales entre los esposos. Se ha dado a llamar peyorativamente a esta modalidad, *divorcio express*, *divorcio repudio*²⁶ o *divorcio por sorpresa* (por cuanto uno de los esposos puede imponerle al otro su decisión de disolver

²¹ Serrano Alonso, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, y otros, ob cit., p. 109.

²² Gete-Alonso y Calera, María del Carmen; Ysàs Solanes, María; Solé Resina, Judith, *Derecho de Familia Vigente en Cataluña*, Tirant Lo Banch, Valencia, 2010, 2ª edic., p. 244.

²³ Souto Paz, José Antonio, *Derecho matrimonial*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, 3ª edic., p. 215.

²⁴ De Verda y Beamonte, José Ramón, *La personalización del matrimonio en las reformas de 2005*, En: Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005, De Verda y Beamonte, José Ramón (Coordinador), Thomson – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 17.

²⁵ Gete-Alonso y Calera, María del Carmen; Ysàs Solanes, María; Solé Resina, Judith, *Derecho de Familia Vigente en Cataluña*, ob. cit., p. 247.

²⁶ Serrano Alonso y otros *Manual de Derecho de Familia*, Serrano Alonso, Eduardo (Director y Coordinador), ob cit., p. 111.

el matrimonio en cualquier momento)²⁷.

Para la procedencia del divorcio, será necesario (art. 81 CC):

- a) transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio (art. 81, inc. 2º CC);
- b) presentación de una propuesta acerca de las medidas que regirán los efectos derivados del divorcio, que tiene por finalidad otorgar la posibilidad al demandado para que se pronuncie sobre las mismas, que proponga otras que estime convenientes y que el Juez procure que ambas partes lleguen a un acuerdo sobre ellas (art. 81 inc. 2º CC).

Conforme el sistema Español, el cónyuge deberá recurrir a este sendero, en aquellos supuestos en que no exista acuerdo para presentar conjuntamente el divorcio o cuando falte el acuerdo sobre el convenio regulador del art. 90 Código Civil²⁸.

Una vez presentada la demanda de divorcio, el proceso se sustanciará por los trámites del juicio verbal.

Destacamos que, a partir de la Ley 15/2005, no pueden ser objeto del proceso las causas que, en la anterior legislación, fundaban el divorcio, por lo que no se admitirá prueba ni alegaciones sobre las mismas, ni se dictará resolución judicial en tal sentido²⁹.

Admitida formalmente la demanda, dentro de los diez días se correrá traslado al demandado, quien tendrá un plazo de 20 días para contestarla (arts. 404 y 753 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo tanto, la contestación de la demanda (arts. 399, 405 a 409, 770 Ley de Enjuiciamiento Civil) podrá versar sobre la falta del requisito de tres meses, cuestiones procesales o sustanciales, en especial, respecto de los convenios reguladores o las propuestas sobre bienes y demás cuestiones que suscita la disolución del vínculo.

Vale la pena señalar que sólo se admitirá la reconvencción (art. 770 inc. 2º Ley de Enjuiciamiento Civil): a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio; b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio; c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.

A la vista (art. 753, Ley de Enjuiciamiento Civil, con la reforma de la Ley 13/2009) deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial. También será obligatoria la presencia de los abogados respectivos.

Celebrado el juicio, el juez dictará sentencia por la que declarará el divorcio y determinará las medidas relativas a los hijos, la vivienda, el régimen patrimonial, entre

²⁷ De Verda y Beamonte, José Ramón, *La personalización del matrimonio en las reformas de 2005*, En: Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005, De Verda y Beamonte, José Ramón (Coordinador), Thomson – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 22. El autor afirma que la estabilidad del matrimonio es todavía un valor social, no absoluto, pero sí digno de protección, que queda totalmente desatendido con la nueva regulación.

²⁸ Álvarez Alarcón, Arturo; Blandino Garrido, María Amalia; Sánchez Martín, Pablo, *Las crisis matrimoniales. Nulidad, Separación y Divorcio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 376.

²⁹ Álvarez Alarcón, Arturo; Blandino Garrido, María Amalia; Sánchez Martín, Pablo, *Las crisis matrimoniales. Nulidad, Separación y Divorcio*, ob. cit, p. 374.

otras medidas de carácter patrimonial.

3.2. Divorcio incausado por mutuo consentimiento

Los cónyuges, de mutuo acuerdo, pueden solicitar el divorcio sin necesidad de invocar causa alguna.

El divorcio, en este caso, estará sujeto a dos requisitos (art. 81 CC):

- a) que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio (art. 81, inc. 1º CC);
- b) la presentación de un convenio regulador (arts. 81 inc 1º y 90 CC y art. 777 inc. 2º Ley de Enjuiciamiento);

Una vez iniciada la demanda de divorcio por mutuo acuerdo, se llamará a los cónyuges a que en el plazo de tres días ratifiquen por separado su petición.

Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el Secretario judicial acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 770.

Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el tribunal concederá mediante providencia a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador.

Inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador.

Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.

4. Utilización del método comparado: conclusiones

Luego del análisis de ambos sistemas estatales, a través del uso del método comparado es posible extraer sus similitudes y diferencias, así como también identificar el mecanismo de disolución del vínculo matrimonial más eficiente.

4.1. Divorcio judicial

Como puede observarse, ambos sistemas jurídicos (Argentina y España) instauran el divorcio judicial. Es decir, a los fines de la disolución del vínculo matrimonial es necesaria una decisión del órgano jurisdiccional que así lo declare, luego de haber transitado el procedimiento judicial pertinente³⁰.

La decisión del Juez es constitutiva de estado en ambos países, otorgando a los

³⁰ Es otros sistemas jurídicos se encuentra contemplado el denominado “divorcio administrativo” que no requiere de intervención de órgano jurisdiccional. Para un estudio más abarcativo del tema recomendamos la lectura de Chechile, Ana María, *Posibilidad de incorporar a nuestra legislación el divorcio administrativo. ¿El matrimonio debe –necesariamente- disolverse en sede judicial?*, en Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (directoras), *El derecho de familia en Latinoamérica 2*, Vol 2, Córdoba, 2012, p. 819.

cónyuges su nuevo estatus familiar.

4.2. El divorcio causado o incausado

En España rige el principio de divorcio incausado (en ambos mecanismos) mientras que en Argentina es necesario exponer las causas del fracaso matrimonial, que pueden desembocar en una atribución de culpabilidad (causales subjetivas), tener su fuente en la separación de hecho (causal objetiva) o exponerle conjuntamente al juez la gravedad de las causales que hagan imposible la vida en común que justifiquen la disolución del matrimonio (presentación conjunta).

El apego del sistema jurídico Argentino al mecanismo causalista denota su particular intención de defender la institución matrimonial como figura con personalidad propia, exigiendo que su ruptura o desvinculación deba estar justificada en las causales típicas previstas por el ordenamiento.

En cambio, España, al apoyarse en un sistema de divorcio incausado, se inclina por identificar al matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, postulando por sobre la figura matrimonial el respeto de la voluntad de sus integrantes.

Pensamos que el sistema Español es más eficiente que el Argentino, ya que la exigencia de causales prolonga la judicialización del conflicto impidiendo que los cónyuges rehagan su vida privada a la vez que importa una indebida injerencia del estado en la intimidad de los esposos.

La exposición de causales en el derecho Argentino atenta, a su vez, con el derecho a la intimidad y la autonomía de la voluntad de los cónyuges³¹ ya que éstos cuentan con libertad para elegir³² a la persona con la cual contraer matrimonio pero también ostentan libertad para desvincularse cuando fracasa el proyecto común, cuando concluye el amor, cuando devienen incompatibles los objetivos perseguidos por los esposos³³.

El sistema causalista es ineficiente para afrontar las crisis matrimoniales por cuanto obligan a los esposos a tener que indagar en conductas del otro, forzando una confrontación que tiene por principales perjudicados a ambos cónyuges y atenta contra el normal desenvolvimiento de la vida familiar.

4.3. El sistema de plazos

El divorcio en Argentina está sujeto a un sistema de plazos de espera o reflexión a través del cual se persigue que los cónyuges mediten o analicen profundamente su decisión de obtener la disolución del vínculo.

Contrariamente a ello, en España el mecanismo de plazos que regía desde el año 1981 fue reemplazado en el año 2005, hacia una mayor celeridad en la obtención de la

³¹ Sobre el tema de la autonomía privada en materia matrimonial nos hemos explayado en Tavip, Gabriel, *El impacto de la autonomía de la voluntad en el surgimiento de diversos tipos de familia, en los derechos y deberes de los cónyuges*, en en Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (directoras), *El derecho de familia en Latinoamérica 2*, Vol 2, Córdoba, 2012, p. 763 a 787.

³² El Derecho de Elección se traduce en un “hacer lo que al sujeto le place hacer sin menoscabo de otros” López, Fernando Luis, *El Derecho a la Elección*, Corregidor, Bs. As., 2007, p. 64. El autor resalta en su ensayo que el Derecho a la Elección es el derecho humano más elevado.

³³ Cfr: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009; Duprat, Carolina, *Es respeto de la autonomía de la voluntad en la disolución del vínculo conyugal. La necesidad de una reforma en materia de divorcio*, en en Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (directoras), *El derecho de familia en Latinoamérica 2*, Vol 2, Córdoba, 2012, p 78 a 803.

ruptura del vínculo matrimonial.

Creemos que el sistema Español es más eficiente que el Argentino puesto que los plazos de espera prolongan indebidamente la resolución o “salida” del matrimonio quebrado, manteniendo unida a las partes en contra de su voluntad ³⁴.

Los plazos son ineficientes para afrontar las crisis matrimoniales puesto que desgastan las relaciones personales entre los esposos, imponiéndoles, por otra parte, una incomprensible e infundada abstinencia sexual ³⁵, una especie de *veda absurda* ³⁶, a los esposos ³⁷.

4.4. La intervención de los magistrados

En Argentina, el Juez tiene facultades para procurar conciliar a las partes, indagar acerca de si las causales invocadas por los esposos alcanzan la gravedad suficiente para hacer imposible la vida en común³⁸, rechazar el divorcio cuando no están probadas las causales subjetivas o cuando no se acredita la causal objetiva, incluso cuando media allanamiento por una de las partes.

En cambio, en España, las funciones del Magistrado están dirigidas a resolver la relación patrimonial entre los esposos y las consecuencias del divorcio con respecto a los hijos del matrimonio, pero en ningún caso podrá obligar a las partes a continuar unidos en matrimonio. Es decir, en España, una vez iniciado el trámite del divorcio, el juez deberá disponer la disolución del vínculo matrimonial, excepto que exista reconciliación.

Las funciones que el legislador Argentino le asigna al Juez, denotan la visión paternalista con la que la normativa pretende afrontar los conflictos familiares. Ello puede conllevar a una desmedida interferencia del Estado en desmedro de la autonomía de la voluntad de los esposos ³⁹.

4.5. El divorcio unilateral

En Argentina, los cónyuges, en caso de que no cuenten con el consenso para iniciar el trámite previsto por el art. 236 del Código Civil, deben fundar su reclamo en causales objetivas (art. 204 y 214 inc. 2 del Código Civil) o subjetivas (art. 202 y 214 inc. 1 del Código Civil), ventilando en los estrados tribunalicios aspectos íntimos de su relación e ingresando a un proceso contencioso que desgastará, sin lugar a dudas, las relaciones familiares entre los cónyuges y con respecto de sus hijos.

En España, en cambio, basta la voluntad de uno de los esposos para iniciar el trámite judicial que desembocará irremediabilmente en el divorcio.

Argentina, al no prever el divorcio unilateral, acorrala a los cónyuges en un matrimonio desquiciado, fracasado, frustrado, obligándolos a esperar un extenso plazo de

³⁴ En apoyo a esta postura: Dutto, Ricardo J. y Feldman, Gustavo E., en ponencia sobre *La inconstitucionalidad del plazo legal de espera del divorcio por separación de hecho con fundamento en la supremacía legal de las declaraciones, tratados y convenciones sobre derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional en 1994*", presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2003, Rosario.

³⁵ CNCiv., Sala L, voto del Dr. Polak, del 15/12/1994 en LL 1996-B-44.

³⁶ CNCiv., Sala B, del 6/5/1999, LL 2000-B-360.

³⁷ En la misma línea: Faraoni, Fabián, *Hacia un divorcio sin culpas*, JA, Revista de Derecho de Familia 2009-II, Abeledo Perrot, Bs. As., Mayo/Junio 2009, p. 226.

³⁸ Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, *La inconstitucionalidad de los arts. 215 y 236 del Código Civil*, LLLitoral 2012 (junio), ob. cit.

³⁹ Recomendamos la lectura de: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009.

separación de hecho (3 años) o a embarcarlos en la búsqueda de conductas antijurídicas del otro esposo para lograr un divorcio culpable, previa exposición pública en los estrados de las intimidades de la pareja.

El matrimonio es una forma familiar compuesta por dos personas que prestaron su consentimiento para desarrollar un proyecto común. Sin una de ellas no existe el matrimonio como tal.

Por lo tanto, si ambas voluntades o consentimientos no se conservan a lo largo de la vigencia del matrimonio, claramente éste no puede mantenerse por la voluntad de uno solo de ellos.

En consecuencia, cuando uno de ellos quiere divorciarse y así lo exterioriza, no cabe otra posibilidad que la de disolver el matrimonio.

Por ello, pensamos que la legislación española es más eficiente y ajustada a la realidad que la Argentina, ya que sincera la relación matrimonial, admitiendo que no puede continuar por la voluntad de uno de ellos.

5. Síntesis conclusiva de ambos sistemas

Del análisis de ambos sistemas jurídicos podemos concluir que el divorcio incausado y eventualmente unilateral es el que mejor afronta la crisis matrimonial, brindando a los esposos una salida “elegante”, armoniosa y menos conflictiva del fracaso del proyecto común.

Argentina, iluminado por una concepción paternalista y con la intención de proteger una supuesta institucionalidad del matrimonio, no hace más que agravar el conflicto entre los cónyuges, quienes se ven inmersos en largos procesos judiciales con el consecuente desgaste de recursos económicos y anímicos.

España, que ya superó esa concepción en el año 2005, brinda a los cónyuges un abanico más saludable para disolver el proyecto que alguna vez unió a los esposos.

6. El divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

Entre los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Comisión de Reformas Decreto 191/2011 se afirma que *"se elimina todo plazo de espera, sea que se contabilice desde la celebración de las nupcias, o de la separación de hecho para la tramitación del divorcio. Esta postura legislativa también se funda en la necesidad de evitar intromisiones estatales irrazonables en el ámbito de intimidad de los cónyuges. Las modificaciones de fondo mencionadas producen transformaciones en el plano procedimental. En efecto, se suprimen varias de las reglas que prevé el Código Civil en el artículo 236, entre otras, las facultades judiciales de conciliación y la doble audiencia en un plazo de tiempo determinado. No se establecen otras reglas específicas, por considerar que no resulta necesario avanzar sobre las reglas procesales locales. Los cambios mencionados mejoran el servicio de justicia al poner fin a ciertos debates sobre los cuales no hay criterios uniformes, perjudicando al justiciable por la falta de seguridad jurídica"*.

El art. 437 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación establece que "El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges" es decir que recepta de manera cabal los principio de autonomía privada a la hora de finalizar el vínculo matrimonial entre los cónyuges.

Por su parte el proyectado art. 438 regula los requisitos y el procedimiento de divorcio, preceptuando "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. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman 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. 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".

Esta admisión del divorcio incausado y unilateral por parte del Proyecto, importa privilegiar una solución armoniosa cuando se vislumbra la decisión de cualquiera de sus integrantes de poner fin al proyecto matrimonial, posicionándose en la línea de los derechos fundamentales de los cónyuges.

Como puede observarse, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se alinea con la legislación Española que, como dijimos, afronta de manera más saludable, eficiente y rápida la crisis matrimonial.

La legislación proyectada atiende especialmente el desarrollo de la personalidad de los esposos en el proyecto matrimonial y no concibe el matrimonio como una figura autónoma e independiente que debe ser protegida a toda costa, incluso en contra de la voluntad de los cónyuges.

En consecuencia, la legislación proyectada por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación es más eficaz y eficiente que la legislación vigente a la hora de abordar la ruptura de la relación matrimonial⁴⁰.

7. Conclusiones

Avanzamos las siguientes conclusiones.

a. El sistema Español es más eficiente que el Argentino, ya que la exigencia de causales prolonga la judicialización del conflicto impidiendo que los cónyuges rehagan su vida privada a la vez que importa una indebida injerencia del estado en la intimidad de los esposos.

⁴⁰ Somos consientes que esta “descauzalización” del divorcio en el Proyecto ha sido objeto de controversias, con voces doctrinarias que se han pronunciado a favor y en contra. Para profundizar en estas posturas recomendamos la lectura de Medina, Graciela, “*Matrimonio y disolución*”, en Rivera, Julio Cesar (Director) *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. 2012*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 313 a 348; Lloveras, Nora, *El divorcio en el anteproyecto de Código Civil*, Revista de Jurisprudencia Argentina, número especial, 2012-II, Editorial Abeledo Perrot, p. 23; Roveda, Eduardo, Sasso, Lorena y Robba, Mercedes, *El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial* y Veloso, Sandra, *El proceso de divorcio según el Proyecto de Código Civil y Comercial*, ambos en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Julio 2012, p. 36 a 44 y 45 a 65; Sambrizzi, Eduardo *El divorcio en el anteproyecto de reforma al Código Civil*, Sirkin, Eduardo, *El divorcio en el Proyecto de Reformas al Código Civil. Sintaxis del matrimonio y divorcio en la Argentina. Sus implicancias socioculturales a través de las distintas épocas. Responsabilidad de las decisiones del o los cónyuges*, ambos en Eldial.com (doctrina); Duprat, Carolina, *El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil*, Microjuris.com, 6 septiembre 2012, MJ-DOC-5924-AR | MJD5924;

- b. Creemos que el sistema Español es más eficiente que el Argentino puesto que los plazos de espera prolongan indebidamente la resolución o “salida” del matrimonio quebrado, manteniendo unida a las partes en contra de su voluntad.
- c. Argentina, al no prever el divorcio unilateral, acorrala a los cónyuges en un matrimonio desquiciado, fracasado, frustrado, obligándolos a esperar un extenso plazo de separación de hecho (3 años) o a embarcarlos en la búsqueda de conductas antijurídicas del otro esposo para lograr un divorcio culpable, previa exposición pública en los estrados de las intimidades de la pareja.
- d. La legislación española es más eficiente y ajustada a la realidad que la Argentina, ya que sincera la relación entre esposos, admitiendo que el matrimonio no puede continuar por la voluntad de uno de ellos.
- e. La legislación proyectada por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación es más eficaz y eficiente que la legislación vigente a la hora de abordar la ruptura de la relación matrimonial
- f. El proyecto de reforma de la legislación en materia de divorcio importa la recepción de principios constitucionales de respeto de los derechos individuales y de protección de la libertad individual e intimidad de los individuos.