

Proyecto de ley que no: Divorcio administrativo y ninguneo profesional

Autoras:

Herrera, Marisa

De la Torre, Natalia

Cita: RC D 483/2023

Encabezado:

A partir del proyecto de ley presentado recientemente en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación bajo el número 3287-D-2023, que pretende introducir el divorcio administrativo a nuestro sistema jurídico, las autoras actualizan un debate que no ha sido tal en su momento, como lo es el régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial, y la oportunidad, mérito y conveniencia de receptar el divorcio administrativo en el derecho argentino.

Sumario:

1. Breves palabras introductorias. 2. El régimen jurídico vigente: Aspectos nodales del divorcio incausado. 3. Análisis crítico del proyecto de Ley 3287-D-2023. 4. Breve pantallazo desde el derecho comparado. 5. Conclusiones a modo de cierre.

Proyecto de ley que no: Divorcio administrativo y ninguneo profesional

1. Breves palabras introductorias

En esta oportunidad, este dúo autoral se une para actualizar un debate que no ha sido tal en su momento, como lo es el régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial (CCyC) y la oportunidad, mérito y conveniencia de receptar el divorcio administrativo y así, compartir el escenario jurídico con el proceso judicial de divorcio.

A la luz de lo acontecido en los primeros 8 años de vigencia de la legislación civil actual, fácil se puede concluir que el proceso de divorcio tal como está regulado -de manera judicial- no ha traído mayores complejidades, con solo revisar la doctrina autoral como jurisprudencial se puede advertir que el proceso de divorcio tal como está previsto en el CCyC y en los códigos procesales de familia en aquellos ámbitos locales que hayan sancionado esta herramienta jurídica y siguen esta línea, constituye un dato sociojurídico para destacar.

En este marco nos parece de interés reavivar el estudio sobre el divorcio a partir del proyecto de ley presentado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación bajo el número 3287-D-2023 con la primera firma de la diputada Eugenia Alianiello del Frente de Todos -Chubut- y cofirmantes Mabel Luisa Caparros, Varinia Lis Marin, Estela Hernández y Marcela Fabiana Passo (del mismo bloque) que pretende modificar unos pocos artículos del Código Civil y Comercial y un artículo de la Ley Nacional 26413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a los fines de introducir al sistema jurídico argentino el divorcio administrativo.

¿Constituye un aporte y consecuente avance en la regulación del divorcio en el derecho argentino? ¿Cuáles serían los nuevos interrogantes y/o conflictos que podría generar? ¿Qué implica quitar la participación de abogadas/os en este tipo de proceso administrativo? ¿Acaso el divorcio encierra solo una formalidad, extinguir el vínculo matrimonial y, en consecuencia, readquirir la aptitud nupcial? Estas son algunas de las inquietudes que movilizan el presente trabajo.

2. El régimen jurídico vigente: Aspectos nodales del divorcio incausado

Como es sabido, el CCyC regula el denominado régimen de divorcio incausado que tramita ante la autoridad judicial y con el correspondiente patrocinio letrado. ¿Cuál ha sido la razón por la cual la legislación civil recepta

un sistema de divorcio incausado? Evitar que los cónyuges transiten por un proceso judicial controvertido en el que se debatan culpas por una relación matrimonial que, cualesquiera sean las razones, lo cierto es que ya no funciona. En este marco, el sistema solo se concentra en facilitar el proceso de divorcio al establecer, sea de manera conjunta -bilateral- o individual -unilateral-, que el matrimonio se sostiene por decisión de dos personas y si una o ambas no quieren seguir llevando adelante un proyecto de vida matrimonial en común, pueden acceder de manera rápida al divorcio. Así lo regula el CCyC y así se lo observa a más de 8 años de vigencia de esta normativa que introdujo varias reformas en el campo de las relaciones de familia. Ahora bien, ¿el divorcio involucra solo el vínculo matrimonial? La respuesta negativa se impone al comprometer diferentes efectos que se derivan de esta decisión judicial, como ser la cuestión de la distribución de los bienes -en particular, si se trata de un matrimonio regido por el régimen de comunidad-, la atribución de la vivienda, los supuestos especiales que recepta el art. 434 en materia de alimentos posdivorcio y, en el caso de que existan hijos/as menores de edad o incluso mayores con discapacidad, las consecuencias jurídicas en lo relativo a los alimentos y el cuidado, siempre que corresponda. Por lo tanto, el divorcio es un proceso en el que la disolución del vínculo matrimonial es solo uno de los tantos efectos que, tal como está regulado en el CCyC, es sencillo -y así se lo advierte en la práctica- de conformidad con lo dispuesto en el art. 438 que en su parte pertinente afirma que "En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia divorcio"; es decir, la sentencia de divorcio se dicta de manera rápida, sin que ningún conflicto relacionado a los efectos pueda impedir la extinción del vínculo matrimonial.

Durante el debate del entonces Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, algunas voces minoritarias proponían receptar la figura del divorcio administrativo. Ello fue rechazado fundado, básicamente, en lo engorroso de un sistema de divorcio doble, parte administrativo y parte judicial, sabiendo que no se puede excluir de manera total del ámbito judicial a los procesos de divorcio porque se pueden dar situaciones -que son la gran mayoría- en las que, por diversas cuestiones, debe intervenir la autoridad judicial que comprende también al Ministerio Público, de conformidad con lo previsto por el art. 103 del CCyC en los casos que compromete a personas menores de edad y personas con procesos o con restricción de su capacidad, en que tal intervención es obligatoria bajo pena de nulidad en cuanto a su función o rol complementario. Por lo tanto, si el régimen de divorcio incausado en los términos que lo recepta el CCyC, al separar la disolución del vínculo matrimonial de los efectos, asegurando que lo segundo no impida ni retrase lo primero, implica un proceso sencillo -tanto se trate de un divorcio bilateral como unilateral- desde el punto de vista práctico, se consideró -con acierto- que se dirima en el ámbito judicial no así en el administrativo; máxime ante la complejidad que observan las relaciones de familia. ¿Acaso no es posible que ante la petición conjunta en la que los cónyuges -futuros excónyuges- acuerdan casi todos los efectos quedando alguno sin resolver, el/la juez/a pueda en una audiencia intentar que se arribe a un acuerdo total? Esto solo podría acontecer si se trata de un proceso judicial, no ante el oficial público de un registro civil.

El Código Civil y Comercial adopta una mirada sistémica, compleja y profunda sobre las relaciones de familia, ello se reafirma al regular en el Título VIII del Libro Segundo los "Procesos de familia" cuyo art. 706 explicita cuáles son sus "Principios generales", destacándose la tutela judicial efectiva, la intermediación, la oralidad, la resolución pacífica de conflictos, la especialidad y la intervención o apoyo interdisciplinario. En este marco, fácil se advierte que el divorcio constituye una decisión personal de envergadura con diversos efectos jurídicos que excede la idea de algo "mecánico" como si fuera "un mero trámite administrativo", de allí que el divorcio como proceso judicial sea el que mejor se condice con esta complejidad y que también se vincula con otra consideración central: el patrocinio letrado con la función preventiva que se deriva, en especial, en un ámbito donde la especialidad no solo es necesaria en lo relativo al fuero sino también a la formación profesional.

Por otra parte, no se debe perder de vista que la legislación civil vigente recepta la figura de la compensación económica, la cual tiene un plazo desde el cual comienza a correr la caducidad de este efecto del divorcio: 6 meses desde la sentencia, generando debates en la jurisprudencia si se trata desde la fecha de la sentencia o desde que esta queda firme. Más allá de esta disquisición que excede los objetivos de este informe, lo cierto es que el plazo para petitionar la compensación económica es breve, y evaluar la pertinencia o no de este reclamo de claro tinte jurídico implica, necesariamente, contar con el consecuente acompañamiento profesional a los fines de decidir si, efectivamente, se está ante una situación que habilita solicitar este reclamo judicial o no. ¿Cómo podrían los cónyuges saber si cuentan con este derecho si el divorcio fuera en sede administrativa y sin el correspondiente patrocinio letrado? Este interrogante es hábil para presumir los conflictos judiciales que traería

una postura legislativa en este sentido que desprotege a los futuros excónyuges, en especial, a las mujeres que suelen ser quienes peticionan y se les reconoce compensación económica. Si bien esta cuestión será retomada en el próximo apartado dedicado al estudio crítico del proyecto en análisis, lo cierto es que aquí se pretende dimensionar la vinculación sistémica que sigue la legislación civil y que, a 8 años de vigencia, es claro que ha cumplido su finalidad porque los procesos de divorcio no son un problema; todo lo contrario, son vistos como procesos sencillos que si no hay conflicto sobre los efectos se resuelven rápido, excepto que haya controversia sobre alguno de los efectos (liquidación de comunidad, atribución de la vivienda, compensación) que se dirimen en procesos propios encontrándose los involucrados ya divorciados porque la sentencia se dicta de manera rápida.

En su momento, una de quienes suscribe el presente informe conjuntamente con Kemelmajer de Carlucci que ha integrado la Comisión para la elaboración y unificación del Código Civil y Comercial (conf. Decreto 191/2011), expusieron las razones por las cuales no se aceptó en la legislación vigente el divorcio administrativo en los siguientes términos: "Párrafo aparte merecen las razones por las cuales el CCyC argentino mantiene el sistema de divorcio judicial y no da el salto cualitativo de aceptar el divorcio administrativo, sea ante el registro civil -como acontece en Brasil- o ante notario o escribano -como sucede en Cuba por citar un ejemplo-. 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 solo 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 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"[\[2\]](#).

En este triple contexto: 1) cultural, en atención a los fundamentos sintetizados sobre las razones para mantener el divorcio judicial; 2) legal, el modo sistémico en el que se regula la institución del divorcio y 3) práctico o social, la falta de conflictiva sobre los procesos de divorcio y el tiempo en que se dicta y procede a obtener la extinción del vínculo matrimonial, se pasa a analizar la propuesta legislativa objeto del presente informe.

3. Análisis crítico del proyecto de Ley 3287-D-2023

En primer lugar, el proyecto propone incorporar al art. 435 del Código Civil y Comercial que enumera las causales de disolución del matrimonio como último inciso, el d) "divorcio declarado en sede administrativa realizado por autoridad u oficial público con facultades suficientes del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas". Aquí se incurre en un error conceptual, el divorcio es uno solo, es la institución jurídica que extingue el vínculo matrimonial, al cual puede accederse tras una sentencia judicial o por decisión administrativa, por lo tanto, no se trataría de 4 causales de disolución de matrimonio: 1) muerte (inciso a); 2) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento (inciso b), 3) divorcio declarado judicialmente y 4) divorcio que pretende incorporar el proyecto de ley en cuestión, sino de tres causales, siendo la última, el divorcio, que podría provenir de dos tipos de procesos/decisiones: judicial o administrativa[\[3\]](#). Precisamente, fundado en ello es que el artículo 437, que también se propone modificar, se denomina: "Divorcio. Legitimación", y allí se procede a regular tanto el divorcio judicial como el administrativo en atención a que la institución de fondo que está involucrada es la misma: el divorcio. Por lo tanto, el proyecto comienza con problemas conceptuales severos.

El artículo 2 sustituye el art. 437 del Código Civil y Comercial por el siguiente texto: "ARTÍCULO 437 - Divorcio. Legitimación. a) El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. b) El divorcio se decreta administrativamente por autoridad u oficial público con facultades suficientes del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a petición de ambos cónyuges, y que reúnan y acrediten los siguientes requisitos: existencia de acuerdo entre las partes; que no existan hijos matrimoniales de la unión de ambos cónyuges; inexistencia de pretensión alimentaria y compensación económica entre los cónyuges,

haciendo constar su renuncia expresa, manifiesta e inequívoca; inexistencia de bienes registrables comunes o gananciales; y que hubiesen optado por el régimen de separación de bienes".

Este artículo observa varias deficiencias o problemas prácticos y una clara consideración constitucional-convencional con la gravedad que se deriva de regular una previsión que conculque derechos humanos como es el de igualdad y no discriminación al referirse a que quedan excluidos del divorcio administrativo los casos en que existan hijos matrimoniales. ¿Y si tuvieran hijos extramatrimoniales? En la actualidad, receptar una norma que regula solo para hijos matrimoniales o solo para hijos extramatrimoniales encierra una abierta discriminación repudiada por el sistema constitucional-convencional. En otras palabras, excepto argumentos fundados y razonables como acontece en materia de determinación de la filiación biológica o por naturaleza que difiere si se trata de hijos/as matrimoniales -opera la presunción derivada del matrimonio- o extramatrimoniales -rige la figura del reconocimiento-, toda norma que diferencia según los hijos/as nazcan dentro o fuera del matrimonio implica una grave discriminación fundada en el estado civil de los progenitores. Esto es lo que acontece con la norma proyectada en análisis que excluye del divorcio administrativo los casos en que existan hijos matrimoniales. Veamos el siguiente ejemplo a los fines de tomar dimensión del grave error jurídico en el que se incurre. Una pareja no casada tiene un hijo, al tiempo celebran matrimonio. Es evidente que ese hijo es extramatrimonial, por lo tanto, si los cónyuges quisieran divorciarse en sede administrativa podrían hacerlo en atención a que solo se excluye a los hijos matrimoniales. ¿Es razonable esta exclusión relativa a los hijos para habilitar o no el divorcio administrativo? La respuesta negativa se impone. Es irrazonable permitir o denegar un tipo de proceso según si los hijos son matrimoniales o extramatrimoniales, en todo caso, la restricción debería fundarse en la minoría o mayoría de edad de los hijos/as por el impacto que esto tiene en la responsabilidad parental, en especial, en el cuidado personal y el plan de parentalidad que regula el CCyC con la consecuente participación del mencionado Ministerio Público en virtud de lo dispuesto en el art. 103. Confundir hijos/as mayores o menores de edad con hijos/as matrimoniales y extramatrimoniales es un error grosero a tal punto que en un caso -en el último- se estaría violando el principio constitucional-convencional de igualdad y no discriminación y, por tal, el proyecto sería tachado -con razón- de inconstitucional e inconvencional.

Por otra parte, los requisitos que se establecen para que el divorcio pueda peticionarse en sede administrativa observan otras severas críticas.

Veamos, en primer lugar, se alude a la "existencia de acuerdo entre las partes". Tal como surge de esta afirmación, se debe estar ante una pareja matrimonial que haya arribado a un acuerdo o, como lo denomina la legislación civil y comercial, un convenio regulador. Ahora, ¿este debe ser de carácter total o parcial? ¿Y si las partes arriban a un acuerdo sobre alimentos entre excónyuges y no sobre la vivienda? Como se puede apreciar, la primera condición o requisito que recepta el proyecto genera problemas de interpretación con las consecuencias prácticas que se derivan de ello. ¿Acaso no se pretende modificar un sistema actual para que el proyectado sea mejor, brinde respuestas más acordes con las necesidades y conflictivas de las personas que transitan por un divorcio?

El segundo requisito que se establece es la aludida falta de existencia de "hijos matrimoniales de la unión de ambos cónyuges". Más allá de lo mencionado en torno al principio de igualdad y no discriminación y suponiendo que se extiende por analogía y en atención a ese principio a los hijos extramatrimoniales, es sabido que un principio general del derecho es aquel que establece que no se puede distinguir donde la ley no lo hace. En este marco, la existencia de hijos impediría la posibilidad de divorciarse en sede administrativa, se trate de hijos menores o mayores de edad. Por lo tanto, si un matrimonio está integrado por personas de 65 o más años, con hijos -no importa que sean matrimoniales o no-, sin bienes, sin ningún reclamo entre ellos, solo divorciarse, tampoco lo podrían hacer porque tienen hijos mayores de edad. Solo si estos fallecieran podrían elegir la vía del divorcio administrativo. Como se puede observar, una normativa de este tenor no sería muy lógica y, en especial, no muy operativa; destacándose de este modo el escaso interés social en que se sancione una reforma legislativa que va a tener casi nula utilidad.

Siguiéndose con el orden de los requisitos que menciona el proyecto para poder peticionar el divorcio administrativo, la "inexistencia de pretensión alimentaria y compensación económica entre los cónyuges, haciendo constar su renuncia expresa, manifiesta e inequívoca". ¿Acaso la pretensión alimentaria entre excónyuges fundada en lo dispuesto en el inc. b) del art. 434, es decir, por carecer uno de los cónyuges de

recursos propios y suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, no puede surgir al poco tiempo del divorcio administrativo? ¿Es posible renunciar expresa, manifiesta y equívocamente a un derecho humano? Nuevamente, la respuesta negativa se impone. Por lo tanto, el proyecto impone una exigencia que contraría el régimen de solidaridad familiar que recepta la legislación civil y que es de orden público y no se puede someter a la autonomía de la voluntad. En otras palabras, el proyecto incentivaría a incurrir en una disposición como lo es la renuncia expresa a un derecho humano pasible, fácilmente, de nulidad. Todo esto, en el marco de un sistema como el proyectado que no exige el asesoramiento y patrocinio letrado, por lo tanto, la posibilidad de incurrir en acuerdos que después sean tildados de nulos es muy alta. ¿Dónde está el beneficio para las personas de un sistema como el que se proyecta que genera más problemas que soluciones? Son escasas las situaciones habilitadas para poder solicitar el divorcio administrativo y, además, con inseguridad jurídica porque los pocos casos que se permiten podrían encerrar posibles planteos de nulidad.

Párrafo aparte merece la cuestión sobre la compensación económica que, como bien se adelantó, cuenta con un plazo de caducidad exiguo. ¿Qué valor tendría que una mujer, sin asesoramiento jurídico, firme un acuerdo renunciando al derecho a peticionar compensación económica, figura que tiene un claro anclaje constitucional-convencional en protección de los derechos de las mujeres que siguen resignando su formación profesional en pos de la familia? La ley tiene un fuerte valor pedagógico y debe evitar ser causa fuente de violación de derechos humanos como sería si se permitiera a una mujer someterse, una vez más, al poder del varón y así renunciar a derechos que la propia normativa le concede. Esta consecuencia jurídica que se deriva del proyecto en análisis, choca, entre tantas normativas, con la CEDAW que ostenta jerarquía constitucional de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y el inciso 23 referido a las acciones positivas, siendo las mujeres una de las categorías o colectivos allí protegidos.

Otro requisito que dispone el artículo proyectado se refiere a la "inexistencia de bienes registrables comunes o gananciales". Aquí se incurre en otro error grosero que se suele remarcar en los cursos de grado de la carrera de abogacía: no se debe confundir los bienes comunes (como sinónimo de condominio) con bienes gananciales, es decir, se debe diferenciar la titularidad de la calificación de los bienes que se adquieren durante el matrimonio. De allí que la referencia a bienes comunes "o" gananciales es un error grosero. ¿Cuál es la razón de la exclusión de los bienes registrales y no registrales? ¿Acaso no rige el principio de ganancialidad sobre todos los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio (conf. art. 466)? Como se puede advertir, el proyecto de ley en estudio introduce requisitos que generan más inquietudes que certezas al adoptarse afirmaciones de dudosa rigurosidad técnica. Además, y más allá de ello, una vez más se observa que aquellos matrimonios que cuentan con un auto, una moto, ni qué decir de bienes inmuebles -cualquiera sea su valor económico- adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, tampoco podrían divorciarse por el trámite administrativo que se pretende receptor.

Como último requisito, el artículo proyectado señala para que se puede solicitar el divorcio en sede administrativa "y que hubiesen optado por el régimen de separación de bienes". Por lo tanto, solo se habilita el divorcio administrativo para los matrimonios que al momento de divorciarse están regidos por el régimen de separación de bienes que, como es sabido, es un régimen de excepción o supletorio, siendo la regla el de comunidad, que es el que rige para la gran mayoría de los matrimonios (conf. art. 463). Desde el punto de vista cuantitativo y tomándose de base datos referidos a lo que acontece en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al tratarse de información que recaban los registros civiles y que dependen de los ámbitos provinciales/locales, en el año que entró en vigencia el CCyC, un 3.9 % del total de matrimonios se celebraron eligiendo el régimen de separación de bienes; en 2016 el 14 %, en 2017 el 16.6 %; en 2018 el 17.7 % y hasta mediados del 2019, que es la fecha en que se recaba esta información, el 20,1 %^[4]. Como se puede apreciar, si bien aumenta la cantidad de matrimonios que se casan bajo el régimen de separación de bienes, lo cierto es que no llegan ni al cuarto por ciento del total de matrimonios celebrados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Situación similar se presenta en la Provincia de Buenos Aires, allí conforme la información suministrada por el Registro provincial de las Personas, en el año 2016 solo se registraron 95 matrimonios bajo el régimen de separación de bienes cuando se celebraron un total de 46.041, en el 2017, 288 de 48.167 matrimonios celebrados, en el 2018, 220 de 43.684, en el año 2019, 308 de un total de 43.704, en el año 2020, 204 sobre un total de 14.396, en el año 2021, 250 sobre un total de 43.929 y, en el año 2022, 612 de un total de 39.806. Aun tomando como base el año con más inscripciones de matrimonios celebrados bajo el régimen de separación de bienes, el 2022, estos matrimonios no alcanzan a representar ni el 2 % del total.

En síntesis, los requisitos que impone el proyecto para acceder al divorcio administrativo son varios, algunos con severas deficiencias constitucionales-convencionales, otros con graves errores jurídicos y otros tantos generan nuevos interrogantes que atentan contra una correcta interpretación, con las consecuencias negativas que se derivan de cada uno de estos problemas, a lo que se suma el escaso interés real en atención a que la gran mayoría de los matrimonios que se divorcian por diversas razones estarían excluidos de petitionar el divorcio administrativo.

Por su parte, el art. 3 del proyecto pretende sustituir el art. 438 en los siguientes términos: "ARTÍCULO 438 - Requisitos y procedimiento del divorcio. 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 petitionado 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. En el supuesto del inciso b) del artículo 437, los cónyuges solo deben acreditar los requisitos establecidos, no debiendo acompañar el convenio regulador de los efectos derivados del divorcio".

En esta línea de generar más debates interpretativos que seguridad jurídica, el proyecto no regula un proceso administrativo propio o autónomo, sino que solo se concentra en afirmar que para el divorcio administrativo no es necesario acompañar el convenio regulador de los efectos del divorcio. Justamente, se quita del proceso administrativo una de las piezas claves del divorcio bilateral o conjunto. Por otra parte, es dable recordar que el primer requisito que expone el art. 437 proyectado es que se debe acreditar para el divorcio administrativo la "existencia de acuerdo entre las partes". ¿Acuerdo entre partes y convenio regulador serían dos instrumentos jurídicos diferentes? ¿Cuál es o en qué reside la diferencia? ¿El acuerdo es sin patrocinio letrado y el convenio regulador con patrocinio letrado? ¿Es posible arribar a un acuerdo cuando se carece de asesoramiento letrado para consecuencias tan importantes para los matrimonios que se divorcian como es todo lo que se vincula con los efectos? ¿Acaso los efectos del divorcio no son jurídicos? Es sabido que las personas no conocen las leyes, por lo tanto, si se pretende que arriben a acuerdos de carácter jurídico es evidente que ello solo lo podrían hacer con asesoramiento especializado, de lo contrario, todo acuerdo celebrado sería pasible de nulidad por vicio de error ante la falta de información y consecuente autonomía. En otras palabras, acordar implica decidir, para ello se debe tener información, la cual, si es de tinte jurídica, debe contar con el correspondiente asesoramiento jurídico para ello, de lo contrario, la propuesta legislativa en análisis generaría -en los pocos casos en que sería viable el divorcio administrativo- una clara inseguridad jurídica; en otras palabras, reformar para empeorar el sistema vigente.

Por último, el art. 4 del proyecto sustituye el inciso c) del artículo 51 de la Ley 26413 del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas por el siguiente: "c) Las sentencias sobre nulidad, separación personal, divorcio y las reconciliaciones comunicadas judicialmente; y las actas que decretan el divorcio vincular dictado en sede administrativa. Dichas inscripciones se efectuarán por nota de referencia en el acta de matrimonio respectiva".

En primer lugar, cabe destacar que la Ley 26413 fue sancionada en el 2008, es decir, con anterioridad a la vigencia de leyes claves en la vinculación con los registros civiles como matrimonio igualitario y el propio CCyC. Precisamente, esta última normativa deroga la figura de la separación personal y como consecuencia de ello, la institución de la reconciliación, las cuales son mantenidas en la reforma que se pretende introducir al inciso c) del art. 51 de la mencionada ley. ¿Cómo es posible que un proyecto de ley que pretende modificar y así actualizar una norma mantenga instituciones derogadas? Esto demuestra la falta de seriedad al elaborar un proyecto de ley que pretende introducir modificaciones sustanciales al régimen vigente en materia de divorcio.

Como cierre de este apartado crítico sobre el proyecto de ley en estudio, cabe reafirmar la gravedad de excluir a los/as abogados/as al no dimensionar el rol central que tienen en clave de información, acompañamiento e intervención para resolver y a la par, evitar el agravamiento de conflictos jurídicos. El divorcio desde la obligada

perspectiva sistémica no solo es causa de extinción del vínculo matrimonial y consecuente reaptitud nupcial, sino principalmente, involucra una gran cantidad de efectos jurídicos con fuerte impacto en la vida de los excónyuges.

En los fundamentos del proyecto se incurre en afirmaciones que son inexactas e incorrectas, por ejemplo, al vincular la desjudicialización con la falta de asistencia letrada. Ello no es necesariamente así. No por casualidad los organismos administrativos de protección de derechos están conformados por profesionales de diversas disciplinas sociales y, entre ellos, de profesionales de la abogacía; precisamente, porque las medidas de protección como, en especial, las medidas excepcionales, encierran situaciones sociojurídicas cuyos dictámenes o resoluciones administrativas deben ser fundadas de conformidad con el régimen jurídico aplicable.

Por otra parte, se alude al impacto "menor" que puede tener el proyecto de ley en estudio en el trabajo de los abogados (y abogadas). No se trata de una cuestión cuantitativa sino cualitativa, tanto desde la óptica de los profesionales del derecho como de los propios cónyuges y su grupo familiar. Sucede que un divorcio compromete varias aristas que no solo impactan en los miembros de la pareja matrimonial, sino también en los familiares más cercanos, incluso no solo en los/as hijos/as como podría ser la atribución de la vivienda en favor del excónyuge que además está a cargo de un familiar adulto mayor como surge de lo previsto en el último inciso, el d, del art. 443 que en lo relativo a las pautas para la atribución de la vivienda menciona "los intereses de otras personas que integran el grupo familiar". Por lo tanto, no se trata de quitarle poco o un "menor" trabajo a los/as abogados/as, sino de dimensionar y así respetar su labor profesional y, a la par, resguardar los derechos de todas las personas involucradas tras la ruptura de una unión matrimonial. En este marco, es importante revalorizar el concepto de prevención del daño que recepta el propio CCyC que, si bien, se lo regula en el marco del régimen de responsabilidad civil, es sabido que campea todo el ordenamiento jurídico civil en clave contemporánea.

Como cierre de esta cuestión referida a la intervención de los/as abogados/as, es dable destacar que incluso las escasas voces doctrinarias que defienden el divorcio administrativo destacan la importancia de la asistencia jurídica. En este sentido, Chechile asevera "que de legislarse esta alternativa en la Argentina la asistencia de un abogado sería necesaria. El patrocinio es imprescindible frente a la ruptura para comprender las opciones a las que puede acceder el justiciable, incluso para ilustrarlo sobre el procedimiento en la vía judicial y en la administrativa. Es innegable que puede haber sujetos más preparados que otros, pero en general es una materia que le es propia al abogado especializado en Derecho de Familia, pues de él dependerá la posibilidad de arribar con éxito a consensos en todos los efectos que pueden repercutir en el futuro de los esposos y de los hijos. Una labor eficiente por parte del profesional permite que el nivel de disputa que pueda existir se supere permitiendo acceder a un futuro sin nuevas contiendas (aumento de cuota alimentaria, cesación de cuota alimentaria, denuncias de incumplimiento de régimen de visitas, denuncia de incumplimiento de la cuota alimentaria, etc. Es bien sabido, que si el conflicto se instala como medio de comunicación entre los excónyuges, ante cada inicio de incidente por uno de ellos el otro inicia uno nuevo solicitando exactamente lo contrario). El abogado de familia asume, entonces, un rol esencial para que el pleito -que ya no va a ser posible plantearlo en marco de las causales de divorcio- no se traslade en forma encubierta a otros aspectos, tornando incierta y complicada la vida de todos los involucrados de allí en adelante"[5].

Otra de las pocas voces doctrinarias que se han pronunciado a favor del divorcio en sede administrativa, que incluso es citado en los fundamentos que acompañan el proyecto de ley aquí en estudio, Culaciati, también se ha pronunciado en la misma línea al referir que es obligatoria la participación y suscripción de los/as abogados/as en el convenio regulador que se presente en el ámbito administrativo. Más aún, en su propuesta de futura regulación incluye un artículo que refiere a la obligada asistencia letrada: "El patrocinio letrado es obligatorio en todo requerimiento de divorcio consensual en sede administrativa. En el supuesto de que opte por presentar simultáneamente un convenio regulador es obligatoria la intervención y suscripción del profesional"[6].

Por último, en los fundamentos se alude a una supuesta cuestión arancelaria focalizándose así en una mirada liberal-económica y muy poco humanista, contraria a lo que surge con la tétesis de la legislación civil y comercial que recepta en sus dos primeros artículos el enfoque de derechos humanos como columna vertebral del sistema jurídico. Como se suele decir de manera coloquial, "lo barato sale caro", máxime si se pretende arribar a acuerdos desconociéndose los límites que impone la legislación civil fundado en las nociones de solidaridad y responsabilidad, con la consecuencia nociva de celebrar convenios cuyas cláusulas puedan ser tildadas de

nulidad y el costo de un proceso judicial para dirimir este tipo de controversias. A la par, es sabido que los procesos de divorcio no insumen un gran costo económico si se carece de bienes de alto valor pecuniario; sin perder de vista los servicios de patrocinio jurídico gratuito que brindan diferentes instituciones.

4. Breve pantallazo desde el derecho comparado

En los fundamentos que acompañan al proyecto de ley bajo análisis se citan ejemplos del derecho comparado con la finalidad de demostrar que la propuesta de divorcio en sede administrativa no es una rareza o novedad del legislador/a argentino/a en 2023, sino que es una figura que ya cuenta con recepción normativa en algunos países.

No obstante ser ello una realidad innegable, en algunos países -no muchos, por cierto- se admite el divorcio extrajudicial -en algunos casos de carácter notarial, en otros, en sede administrativa-, el estudio del derecho comparado nos permite advertir que los requisitos para acceder a este tipo de divorcio varían de país a país y, se construyen en atención a la idiosincrasia local y, muy particularmente, en miras a la legislación vigente en cada Estado.

En términos generales, y en línea con las críticas ya expuestas en el apartado anterior, las legislaciones que receptan el divorcio extrajudicial incluyen herramientas protectorias o de resguardo de los intereses de los/as integrantes del grupo familiar que lucen ausentes en la propuesta de ley objeto de dictamen.

Por ejemplo, el Código Civil para el Distrito Federal de México (texto conforme su última reforma, 2 de marzo de 2021) establece en su artículo 272 lo siguiente: "Procede el divorcio administrativo cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común o teniéndolos sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, y ratificando en el mismo acto la solicitud de divorcio, levantará un acta en que los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior".

De aquí se extraen al menos cuatro consideraciones o reflexiones: i) el divorcio administrativo, en este caso, no está vedado ante la presencia de hijos/as matrimoniales sin más, sino ante hijos/as menores de edad, sin distinguir si estos son matrimoniales o extramatrimoniales como ya fuera explicitado; más aún, en atención a la posible situación de vulnerabilidad de hijos/as mayores con discapacidad, tampoco se permite esta vía extrajudicial por requerir muchas veces de asistencia y alimentos, ii) el divorcio administrativo, a diferencia del proyectado objeto aquí de estudio crítico, está habilitado tanto para el caso de los matrimonios que se encuentren enmarcados en el régimen de separación de bienes como en el régimen patrimonial de comunidad, lo único que se les exige, en este segundo escenario, es acreditar haber liquidado la comunidad de bienes o, en los términos de la legislación mexicana, la "sociedad conyugal"; amplitud esta que, como vimos, es de gran relevancia, porque en nuestro país aún es bajísima la prevalencia de matrimonios celebrados bajo el régimen de separación de bienes y, por lo tanto, poca la utilidad de la propuesta de ley presentada, y iv) en el caso del Distrito Federal, en atención a la mayor vulneración que implica atravesar un embarazo, tampoco se habilita el divorcio vía administrativa si la mujer se encuentra embarazada y/o si alguno de los cónyuges requieren de alimentos posdivorcio, a diferencia de lo que sucede en la propuesta de ley argentina que no incluye el supuesto especial de mujer embarazada y, peor aún, habilita la renuncia expresa en sede administrativa del reclamo de un derecho humano básico como es el derecho alimentario.

Como adelantáramos, la protección de posibles situaciones de vulnerabilidad y las asimetrías aún persistentes en razón del género, requieren de la intervención de la justicia especializada en familia, con el debido patrocinio jurídico, amén del acompañamiento de la interdisciplina a través de los equipos técnicos de la justicia.

En esta línea de pensamiento se inscribe el reciente Código de las Familias de Cuba, vigente desde septiembre de 2022, en tanto si bien recepta dos vías para tramitar el divorcio, la judicial y la notarial, en caso de recurrir a la segunda se prevén ciertos resguardos y una manda destinada a los/as notarios/as intervinientes que deben aplicar el principio de equidad y los principios en materia de familias: "1. El notario determina si los pactos propuestos se ajustan a la equidad y son coherentes con los principios que en materia familiar establece el

ordenamiento jurídico cubano y las normas de derecho internacional que sean de aplicación, siempre que estas resulten compatibles con los derechos reconocidos en la Constitución de la República de Cuba. 2. Asimismo, para dar validez a los pactos fijados por los cónyuges, tiene en cuenta el interés superior de las hijas y los hijos menores de edad y, en los casos en que resulte necesario, su escucha de acuerdo con su capacidad y autonomía progresiva, así como el criterio de los equipos multidisciplinarios y el dictamen fiscal" (art. 295).

En relación con la necesaria intervención de los/as abogados/as en los divorcios administrativos, podemos citar el caso de Portugal -país que incluso se nombra en los fundamentos del proyecto de ley- que, entre otros, establece la obligación de los cónyuges de concurrir asistidos/as de abogados/as: "Tal y como establece el artículo 271 del Código del Registro Civil, el proceso de divorcio (...) por mutuo acuerdo, podrá ser instado mediante el requerimiento suscripto por los cónyuges o sus procuradores, en cualquier Conservatoria del Registro Civil. (...) La solicitud se puede presentar por sí o representados por procurador, debiendo los cónyuges concurrir asistidos de abogado"[7].

En similar tesitura se encuadra la Ley 29227 del Perú del año 2008, cuando al receptor el divorcio administrativo, refiere que "En caso de que la separación convencional y divorcio ulterior se solicite en la vía municipal, se requerirá del visto bueno del área legal respectiva o del abogado de la municipalidad sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos"[8].

También hace lo propio la ley francesa, Ley 2016-1547, de 18 de noviembre de 2016, y que entró en vigencia el 1 de enero de 2017. Como señala el colega de Chile, Tapia, en un comentario crítico a esta legislación: "En esencia, este es un divorcio que se conviene por instrumento privado por los cónyuges, asistido cada uno por su abogado, que contiene un acuerdo completo sobre la ruptura del matrimonio y sus efectos, suscrito por todos ellos, que luego es depositado como 'minuta de notario' en una notaría (...), que vale y tiene fuerza obligatoria entre cónyuges desde el momento del depósito, y que es oponible a terceros desde su inscripción en el registro de actas civiles (artículo 229-1 del Código Civil)"[9].

Por último, para no abundar en citas, podemos traer a colación el caso de España quien recepta un divorcio extrajudicial, de carácter notarial, pero exige intervención y asistencia de abogados/as. "Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la administración de justicia o en escritura pública ante notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. (...) **Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por letrado en ejercicio**, prestando su consentimiento ante el letrado de la administración de justicia o notario..." (artículo 82 del Código Civil), "Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el secretario judicial o en escritura pública ante notario, **en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82**, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él" (artículo 87 del Código Civil)[10].

5. Conclusiones a modo de cierre

De conformidad con los diferentes argumentos expuestos, se puede arribar a las siguientes conclusiones.

El proyecto de Ley 3287-D-2023, ingresado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en fecha 23/08/2023, resulta manifiestamente contrario al derecho vigente, en primer lugar, por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación entre hijos/as matrimoniales y no matrimoniales, principio vigente en nuestro país desde el año 1985 con la sanción de la Ley nacional 23264.

Además, carece de la obligada perspectiva de género al permitir sin más la celebración de acuerdos que incluyan -sin exigencia de asesoramiento profesional alguno- la renuncia a derechos humanos básicos como el caso de los alimentos posdivorcio o el acceso a la figura de la compensación económica, herramienta fundamental para coadyuvar al desarrollo autónomo de la mujer que relegó ingresos y crecimiento profesional y personal en pos del proyecto de vida matrimonial, en un contexto sociocultural de persistencia de roles estereotipados de género que repercuten fuera y dentro de las familias.

En esta línea, cabe traer a colación la Recomendación General del Comité de la CEDAW relativa al artículo 16 de la CEDAW, de fecha 30 de octubre de 2013, que a la par de recomendar a los Estados partes "establecer una separación entre los principios y procedimientos relativos a la disolución de la relación matrimonial y los relativos a los aspectos económicos de esa disolución" (aspecto este ya contemplado en la legislación civil y comercial vigente, al separar el divorcio de sus efectos), señala que "Se debería prestar asistencia jurídica gratuita a las mujeres que no cuenten con medios para pagar las costas judiciales y los honorarios de abogados, a fin de asegurar que ninguna mujer se vea obligada a renunciar a sus derechos económicos para obtener un divorcio"^[11].

Por otra parte, se incurre en varios errores jurídicos que han sido marcados durante el transcurso de este trabajo.

Por último, y concatenado con lo anterior, por desproteger a los cónyuges, en especial, aquel o aquella más vulnerable, al habilitar el divorcio por vía administrativa sin el debido asesoramiento, acompañamiento e intervención de un profesional abogado/a, a contrario sensu de las recomendaciones expuestas por algunos/as de los pocos referentes del Derecho de las Familias de Argentina que pese a ver con buenos ojos la incorporación de un divorcio extrajudicial o administrativo, señalan la necesidad de que ello sea con el correspondiente asesoramiento jurídico.

Como señala Pereña Vicente, Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad Rey Juan Carlos de España, "En los ordenamientos que admiten el divorcio sin juez, la ley ha buscado otros profesionales del derecho como protagonistas del nuevo divorcio que, en ningún caso, se convierte en un asunto a resolver solo 'entre cónyuges'"^[12].

En suma, a 40 años de democracia es necesario dimensionar la importancia de elevar la calidad institucional de cada uno de los poderes del Estado; en este caso, del Poder Legislativo con la enorme responsabilidad que significa regular las normas en general, y en especial, aquellas que rigen la vida cotidiana de las/os ciudadanas/os.

<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/3287-D-2023.pdf>

- [1] Este artículo toma como base el informe técnico elaborado por las autoras a pedido del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (COLPROBA).
- [2] Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, "Perspectiva constitucional-convencional de la ruptura matrimonial: el divorcio sin expresión de causa en el nuevo régimen jurídico argentino" disponible en <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9073>. (Consultado el 22.09.203).
- [3] En esta línea, cabe traer a colación, entre otras, la regulación del Código de las Familias de Cuba del año 2022 que distingue correctamente causales de extinción del vínculo matrimonial de vías de tramitación del divorcio: Artículo 268: "El vínculo matrimonial se extingue: a) Por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges; b) por la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges; o c) por divorcio". Artículo 273: "1. El divorcio se tramita vía notarial de existir mutuo acuerdo entre los cónyuges, instrumentado a través de escritura pública, o por resolución judicial dictada en el procedimiento de jurisdicción voluntaria que regula el Código de Procesos. 2. De no existir acuerdo, se tramita en proceso contencioso ante el tribunal competente".
- [4] <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/lo-tuyo-es-tuyo-y-lo-mio-es-mio-mas-parejas-firman-acuerdos-prenupciales-nid2272057/>. (Consultado el 22/09/203).
- [5] 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, volumen 2, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2012, p. 819 y ss.

-
- [6] Culaciati, Martín Miguel, El divorcio sin expresión de causa en sede judicial. Una perspectiva comparada. Aportes para la desjudicialización del divorcio consensual, Editorial Académica Española, Alemania, 2016, pág. 622.
- [7] Culaciati, Martín Miguel, op. cit., pág. 506.
- [8] Disponible en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1795445/Ley%20N%2029227-2008.pdf?v=1618098876>. (Consultado el 22/09/2023).
- [9] Tapia Rodríguez, Mauricio, "Divorcio sin juez. Revisión de la reforma del derecho francés de 2017", RDF, 91-267, AR/DOC/2393/2019.
- [10] El destaque es propio. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. (Consultado el 22/09/2023).
- [11] Comité CEDAW, Recomendación general relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución), CEDAW/C/GC/29, parágrafo 42.
- [12] Pereña Vicente, Montserrat, "El divorcio sin juez en el derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas", ADC, Tomo LXXII, 2019, fasc. I, pág. 33.