

# EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO EN LA ARGENTINA

## Evolution of marriage and divorce in Argentina

---

**Dr. Eduardo Sirkin**

Profesor Adjunto Consulto de Derecho Procesal Civil  
Universidad de Buenos Aires (Argentina)  
<https://orcid.org/0000-0001-8773-2623>  
edusir@gmail.com

### **Resumen**

En el presente artículo se sistematizan los elementos doctrinales y legislativos que denotan la evolución del matrimonio y el divorcio en el ordenamiento jurídico argentino. Como elementos esenciales de la reconstrucción evolutiva en cuestión, el artículo propone un análisis de los elementos esenciales de las instituciones del matrimonio y el divorcio en las leyes 23.515 y 26.618, que establecen la vigencia de su régimen jurídico a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994 vigente a partir del 01-08-2015. Además, se describen las incidencias del trámite para la formalización del matrimonio y su disolución a través del divorcio y se realiza un análisis crítico de las implicaciones jurídicas del artículo 7 de la Ley No. 26.994. Finalmente se propone una propuesta de regulación que optimiza las falencias detectadas en el análisis crítico de la regulación del matrimonio y el divorcio en la Argentina.

**Palabras claves:** matrimonio; evolución; divorcio; eliminación de causales subjetivas; cese del deber de fidelidad, salvo el moral; derogación del adulterio como sustento; trámites.

### **Abstract**

In this article, the doctrinal and legislative elements that denote the evolution of marriage and divorce in the Argentine legal system are systematized. As essential elements of the evolutionary reconstruction in question, the article proposes an analysis of the essential elements of the institutions of marriage and divorce in laws 23,515 and 26,618, which establish the validity of their legal regime in light of the Civil and Commercial Code of the Nation, law 26.994 validity from august 01 of 2015. In addition, the incidences of the procedure

for the formalization of the marriage and its dissolution through divorce are described and a critical analysis of the legal implications of article 7 of Law No. 26,994 is carried out. Finally, a regulation proposal is proposed that optimizes the shortcomings detected in the critical analysis of the regulation of marriage and divorce in Argentina.

**Keywords:** marriage; evolution; divorce; elimination of subjective causes; cessation of the duty of fidelity, except the moral one; repeal of adultery as sustenance; formalities.

## Sumario

1. Introducción. 2. Sintaxis del matrimonio y el divorcio en la Argentina. 3. Leyes 23.515 y 26.618. Régimen vigente hasta la eventual vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a partir del 1º de agosto de 2015. 4. Trámite. 5. Artículo 7 de la Ley No. 26.994 y su correlato. 6. Propuesta reguladora. **Referencias bibliográficas.**

## 1. INTRODUCCIÓN

En la República Argentina, a partir del año 2015, el cuadro normativo de la legislación civil y comercial comenzó un rumbo con estructura única, terminando con las leyes de modificación parcial y/o de regulaciones independientes.

Descartando que por nuestra Constitución Nacional, los códigos de fondo son dictados por el Congreso<sup>1</sup> y son de aplicación en todo el país, quedando reservados a las Provincias el dictado de los códigos procesales.

Así se dictó la Ley No. 26.994,<sup>2</sup> se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, así como los Anexos I y II que la integran.

---

<sup>1</sup> C.N, artículo 75.- "Corresponde al Congreso: [...]"

*12.- Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados'.*

<sup>2</sup> Ley No. 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2014, promulgada el 7 de octubre de 2014, fecha de publicación: B.O. 8/10/2014.

La ley dispuso su entrada en vigencia a partir del 1º de enero de 2016 (artículo 7), en cuyo caso quedará derogado el Código Civil aprobado por la Ley No. 340; el Código de Comercio, Leyes No. 15 y 2.637, con excepción de los artículos 891, 892, 907, 919, 926, 984 a 996, 999 a 1003 y 1006 a 1017/5, que se incorporan como artículos 631 a 678 de la Ley No. 20.094, facultándose al poder ejecutivo nacional a reenumerar los artículos de la citada ley, en virtud de la incorporación de las normas precedentes (artículo 4).

Por Ley No. 27.077 (B.O. del 19/12/2014) se anticipó su entrada en vigencia para el 01 de agosto de 2015; asimismo que las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, excepto lo establecido en el artículo 3 de la Ley, mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por su artículo 1 (artículo 5).

Toda referencia al Código Civil o al Código de Comercio contenida en la legislación vigente debe entenderse remitida al Código Civil y Comercial de la Nación que por la ley se aprueba (artículo 6).

Reitero mi beneplácito con los fundamentos que acompañaron al Proyecto, devenido ley, calificado por los autores como un Código para una sociedad multicultural, siguiendo de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial el de *“democratización de la familia”*, sustentándose en la amplitud de los términos del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional, que se refiere de manera general a la *“protección integral de la familia”*, sin circunscribirlo a la *“familia matrimonial intacta”*.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Fundamentos: “(V) LIBRO SEGUNDO: Relaciones de familia

“Código para una sociedad multicultural.

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

## 2. SINTAXIS DEL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO EN LA ARGENTINA<sup>4</sup>

Remontándonos a los orígenes legislativos, el Código Civil de VÉLEZ SANSFIELD devino Ley No. 340, sancionada el 25 de septiembre de 1869 y promulgada el 29 de septiembre de ese año.

La primera ley de matrimonio civil llevó el número 2.393 y fue publicada en el B.O., el 11 de noviembre de 1888. Esta ley estableció las primeras normas sobre matrimonio; nulidad; divorcio con 7 causales, que se mantuvieron por un lapso importantísimo, sin conceder la aptitud de los cónyuges de contraer nuevas nupcias. Contenía normas que demuestran la cultura de la sociedad de esa época, como la deleznable del artículo 68, que fuera derogado por la Ley No. 17.711, del “depósito de la mujer en casa honesta” antes o después de la demanda de divorcio.<sup>5</sup>

Por supuesto que debemos remontarnos al siglo antepasado para evaluar el espíritu del legislador; la ética de la sociedad vigente; la falta de sanción de la ley sobre igualdad y derechos de la mujer; etc., habiéndose llegado a pedir que el depósito se cumpliera en una casa correccional o en un asilo,<sup>6</sup> aunque el depósito tenía que ver con la protección y resguardo del honor de la mujer<sup>7</sup> y el pedido podía ser formulado por cualquiera de las partes –por ende el propio marido–, de ahí que no procedía sin audiencia de la mujer, previa a ordenar su depósito.

Establecía la fidelidad de por vida,<sup>8</sup> sin que la infidelidad de uno de los cónyuges autorizara al otro a proceder del mismo modo, atribuyéndole el mismo

---

<sup>4</sup> 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”, *elDial.com* - DC18B6.

<sup>5</sup> Véase Ley No. 2393, artículo 68 del texto originario de la Ley No. 2393, derogado por la Ley No. 17711: “Puesta la acción de divorcio, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez a instancia de la parte, decretar la separación personal de los casados y el depósito de la mujer en casa honesta, dentro de los límites de su jurisdicción; [...]”; también: Busso, Eduardo, *Código Civil Anotado*, p. 227, quien se refiere a la facultad del juez para fijar la residencia provisional de la esposa, depositándola en casa honesta, según la expresión arcaica e inadecuada de la ley.

<sup>6</sup> BUSSO, Eduardo, *Código Civil Anotado*, cit., p. 227, nota 9.

<sup>7</sup> REBORA, *La Familia*, p. 124, nota 1, citado por Busso, cit., p. 227, nota 8.

<sup>8</sup> Ley No. 2393, artículo 50: “Los esposos están obligados aguardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo. El que faltare a esta obligación puede ser demandado por el otro por acción de divorcio, sin perjuicio de la que le acuerde el Código Penal”.

concepto a la infidelidad y al adulterio, por cuanto preveía que quien faltare a este deber podía ser demandado por el otro/a por acción de divorcio sin perjuicio de la que le acordaba el Código Penal, que contemplaba exclusivamente el delito de adulterio.

Siempre sostuve que estos conceptos eran diferentes, teniendo en cuenta que el *adulterio* requiere un ayuntamiento carnal voluntario entre una persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge, con un único criterio civil vigente, ya que hasta la derogación como delito penal se mantenía el dual por el aspecto represivo, cuya acción nacía a partir de la sentencia civil firme que decretaba el divorcio por esa causal y debía incoarse contra los copartícipes.

En efecto, *no toda infidelidad implica adulterio* y en cambio *este último sí implica –además– infidelidad*.

Por imperio de la Ley “ómnibus” No. 14.394, así llamada en la jerga estudiantil por los diversos tópicos que trataba, permitió la autorización a ambos cónyuges divorciados a contraer nuevas nupcias.<sup>9</sup>

Esa aptitud fue declarada en suspenso el 1 de marzo de 1956 por el Decreto-Ley No. 4070/56.<sup>10</sup>

Quedó suspendida la norma durante ¡31 años!, hasta su derogación por la Ley No. 23.515 (B.O. 12/6/1987).<sup>11</sup>

Durante ese lapso, muchos habitantes de nuestro país recurrieron a trámites no reconocidos por nuestra legislación y jurisprudencia al aplicarse la ley del

---

<sup>9</sup> Ley No. 14.394, sancionada el 14 de diciembre de 1954, promulgada el 23 de diciembre de 1954: *“Artículo 31 – Transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al juez que la dictó pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial, si con anterioridad ambos cónyuges no hubieren manifestado por escrito al juzgado que se han reconciliado. El juez hará la declaración sin más trámite ajustándose a las constancias de los autos. Esta declaración autoriza a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias”*.

<sup>10</sup> El Decreto-Ley No. 4076/56 declaró en suspenso el artículo 31 en cuanto habilita para contraer nuevo matrimonio (1/3/1956).

<sup>11</sup> Ley No. 23.515, artículo 9, que deroga el artículo 31 de la Ley No. 14.394:

*“Artículo 9º – Deróganse los artículos 90, inciso 9; 1220, 1221 y 1881, inciso 5º del Código Civil, las leyes 2393 y 2681, el decreto-ley 4070/56, ratificado por ley 14.467, la disposición del artículo 31 de la ley 14.394 suspendida por aquél y las leyes que se opongan a la presente”*.

domicilio, y se divorciaban desde Argentina en México, Paraguay, Bolivia y algunos con más complicaciones en Uruguay.

Con la reforma al Código Civil por la Ley No. 17.711, que entró en vigencia el 01 de julio de 1968, además de la incorporación del otrora famoso artículo 67 *bis*, por el cual los cónyuges, en presentación conjunta, podían pedir el divorcio invocando causas que hacían moralmente imposible la vida en común con las dos audiencias, posteriormente receptadas similarmente por la Ley No. 23.515, se confirmó el *deber de fidelidad de por vida*, con el agregado del artículo 71 *bis* a la Ley No. 2393, por el que, decretado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, este podía pedir la declaración de culpabilidad del otro en juicio ulterior, cuando hubiese incurrido en adulterio, infidelidad o en grave inconducta moral posterior a la sentencia.<sup>12</sup>

Se mantenía la fidelidad, hasta que la muerte los separase, atento a que no habilitaba a contraer nuevas nupcias.

Pero la idiosincrasia de la época daba las pautas de la necesidad de rehacer sus vidas a los divorciados, sin aptitud para contraer nuevas nupcias y en los términos del artículo 67 *bis*. Casi todos festejaban las nuevas vidas en común, naciendo las *parejas ensambladas*, con los “tuyos, los míos y los nuestros”, que recién, muchos años después, tuvieron reconocimiento normativo al considerarse grupo familiar a las uniones de hecho,<sup>13</sup> aun después de la admisión del divorcio vincular por imperio de la Ley No. 23.515.

La sociedad reaccionaba favorablemente, los comentarios para quienes formaban un nuevo hogar eran positivos, congratulaciones para los que encauzaban su vida en un nuevo proyecto.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Ley No. 2393, artículo 71 *bis* (agregado por Ley No. 17711): “Decretado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges puede éste pedir la declaración de culpabilidad del otro en juicio ulterior, cuando hubiese incurrido en adulterio, infidelidad o en grave inconducta moral posterior a la sentencia”.

<sup>13</sup> Ley No. 24.417, sancionada el 7 de diciembre de 1994, promulgada el 28 de diciembre de 1994: “Artículo 1º – Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho”.

<sup>14</sup> SIRKIN, Eduardo, “El ‘adulterio’ y su eventual inaplicabilidad como causal de divorcio ante la vigencia de la ley 26.618 de reforma al Código Civil que habilita el casamiento de personas del mismo sexo. Cuadro comparativo de las normas del Código Civil”, *elDial.com* - DC13D0.

Con la vigencia de la Ley No. 23.515 (1987), que dispuso el divorcio vincular, al principio hubo resistencias varias, incluidas las de los magistrados, que dejaban a salvo su opinión personal para satisfacer sus creencias o conciencias, pero aplicándola por mandato legal, y en la comunidad, ante la posibilidad de contraer nuevas nupcias de su pareja los otros cónyuges, cual si no pudiesen desprenderse del ligamen afectivo, formularon reclamos que se subsumieron en el nacimiento del Daño Moral por adulterio receptados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil,<sup>15</sup> donde la primera condena fue por =A= 200.000.000 (doscientos millones de australes), que en ese momento equivalían a USD 20.000 (veinte mil dólares estadounidenses), con trascendencia periodística, radial, televisiva y en jornadas académicas en Universidades Nacionales Argentinas. En dicho proceso, fui letrado de la parte reclamante<sup>16</sup>, aun habiendo anticipado en el escrito inicial que no estaba de acuerdo con que se mantuviera como causal de divorcio, probamos su existencia en ese juicio-. Además, dicha causa fue el antecedente de un caso públicamente comentado pocos meses después –por el cargo que detentaba uno de los cónyuges–, al que condenara la misma Sala B con el equivalente a USD 30.000 (treinta mil dólares estadounidenses).<sup>17</sup>

La derogación del adulterio como delito en el Código Penal<sup>18</sup> fue una decisión plausible y propiciada desde hace muchísimos años, ya que durante su vigencia establecía una desigualdad entre el hombre y la mujer, propia de una mentalidad del siglo antepasado. En efecto, el hombre para cometer el aludido delito debía tener “*manceba*”, comúnmente conocida con el peyorativo nombre de concubina; en cambio, para la mujer con una sola relación bastaba.

Ello nos muestra que las normas reflejaban resabios firmes de aspectos educativos y sociales y por lógica en la interpretación de los magistrados, que además daba lugar a presiones o extorsiones por parte del cónyuge victorioso.

En muchos casos ocurría, cuando se trataba de la división de los bienes que componían la sociedad conyugal, ya que esto recién puede hacerse una vez que fuese dictada la sentencia de divorcio, de conformidad con el artículo

---

<sup>15</sup> CNCIV, Sala B, con fecha 20 de agosto de 1991, Exp. Libre 91.795, autos: L.R.E. c/ P.M.E. s/ Divorcio vincular, Exp. 91.795 (de Cámara).

<sup>16</sup> [http://edant.clarin.com/diario/1997/06/30/e-04201d.htm?\\_url=/diario/1997/06/30/e-04201d.htm](http://edant.clarin.com/diario/1997/06/30/e-04201d.htm?_url=/diario/1997/06/30/e-04201d.htm)

<sup>17</sup> SIRKIN, Eduardo, “¿Cuál es el límite al deber de fidelidad en el matrimonio?”, *elDial.com* - DC7C0.

<sup>18</sup> Por Ley No. 24.453, publicada en el B.O. el 7/3/95, se deroga tanto el delito del artículo 118 del Código Penal, como la rúbrica “adulterio”.

1306 del Código Civil, y negociaban la acción penal, ya que el cónyuge que consintiera el adulterio o lo hubiera perdonado, no tenía derecho a iniciar la aludida acción ante la justicia represiva. Lo mismo ocurría en caso de muerte del cónyuge ofendido que extinguía la acción penal.

Manteniendo la postura de derogación del adulterio como causal de divorcio civil, ya que de una u otra forma al comprobarse la infidelidad se subsume en la de injurias graves, hasta el 31 de julio de 2015, el sentido peyorativo que implica socialmente la sentencia, el plenario sobre daño moral en relación con todas las causales y no circunscripta solo a aquel; y el argumento de que en los procesos de divorcio controvertido ganando por cinco a uno, hay empate, remarcamos que *la infidelidad es el género y el adulterio la especie*.<sup>19,20</sup>

Con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (NVO.C.C. y C.), al no existir causales subjetivas se ha visto colmada la expectativa de la derogación del adulterio como sustento a un divorcio vincular.

En lo que respecta a la relación extramatrimonial, reiteramos que debe tratarse de infidelidad con persona de sexo opuesto, ya que sería infidelidad, pero no adulterio, y en caso de comprobarse, subsumirse en la causal de injurias graves, siempre proclive a amparar las que un cónyuge le infiere al otro –cualquiera sea el rótulo que le brinden– y en tanto y cuanto haya sido invocada también como causal.<sup>21</sup>

Nuevamente afirmo que sería inaplicable el “adulterio” como causal de divorcio en una pareja heterosexual, en la que uno o ambos cónyuges cometen infidelidad con persona del “mismo sexo”. Si en una pareja de personas del mismo sexo uno u ambos cónyuges cometen infidelidad con persona

---

<sup>19</sup> SIRKIN, Eduardo, “Violencia familiar, amenazas, aspectos extrajudiciales”, *Doctrina Judicial*, 1996-1, p. 983.

<sup>20</sup> El adulterio constituye el más directo y grosero ataque contra el instituto matrimonial; se viola el deber de fidelidad en forma principal, pero no exclusiva. El adulterio es en cierta forma una especie dentro de la más amplia “infidelidad”, pero cumple la fundamental función de tipificarla. No toda infidelidad es adulterio, aunque lo inverso sea verdadero. CApel. CC Morón, SALA II, julio 31 - 984 --- R., M. C. c. A., S.) E.D., del 15/11/84, p. 5.

En nuestro derecho positivo, es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio. CNCiv., en pleno, setiembre 20 - 994. - G., G. G. c. B. de G., S. M.), *La Ley*, 1994-E, p. 538.

<sup>21</sup> SIRKIN, Eduardo, “Acerca de infidelidad y adulterio”, *Doctrina Judicial*, 1996-2, p. 686.

del mismo sexo, sería injuria grave y no constituiría adulterio. Al menos hasta el 31 de julio de 2015.

En síntesis, si la infidelidad es cometida con persona del mismo sexo ajena al matrimonio, no se configura la causal de adulterio para el divorcio, pero dará lugar a nuevas interpretaciones jurisprudenciales, atendiendo a que la casuística se verá ampliada con la equiparación de matrimonios entre personas del mismo sexo.

### **3. LEYES 23.515 Y 26.618. RÉGIMEN VIGENTE HASTA LA EVENTUAL VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN A PARTIR DEL 1º DE AGOSTO DE 2015<sup>22</sup>**

Como anticipáramos, la Ley No. 23.515, con vigencia en agosto de 1987, instauró el divorcio vincular, derogó el artículo 31 de la Ley No. 14.394, que había quedado en suspenso por el Decreto-Ley No. 4070/56 durante 31 años, y estableció las diversas causales y trámites según sea “separación personal” o “divorcio vincular”, tanto la objetiva, por encontrarse los cónyuges separados por más de tres años sin voluntad de unirse; como el divorcio “remedio”, de obtención por uno de los cónyuges si el otro es adicto dependiente...; el de presentación conjunta con las dos audiencias y el contradictorio, con acuse de causales subjetivas, único en el que puede obtenerse una sentencia de condena de culpabilidad.

La variante y amplitud se vio configurada por la Ley No. 26.618, publicada en el B.O. el 22 de julio de 2010, con vigencia el 31 de julio de 2010, que estableció con su reforma la aptitud para contraer enlace a personas del mismo sexo.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) tiene en el artículo 34, inciso 1, una expresión atinada en cuanto a que en los juicios de divorcio, separación personal y nulidad de matrimonio (texto según Ley No. 25.488, vigente desde el 22 de mayo de 2002) el juez fijará –imperativo– una audiencia a la que deberán comparecer las partes y el representante del Ministerio Público en su caso. El juez tratará –facultativo– de *reconciliar* a las partes y averirlas sobre cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Ley No. 27.077 (B.O. 19/12/2014).

<sup>23</sup> Artículo 34 del CPCCN (texto según Ley No. 25488, artículo 2): “*Deberes. Son deberes de los jueces:*

Y digo expresión atinada, atento a que es la única audiencia en la que no se intenta “conciliar” a las partes, sino “reconciliar”, tanto porque la “conciliación” la brindaron al contraer nupcias, como por los efectos que trae aparejada la reconciliación en los términos del artículo 234 del Código Civil,<sup>24</sup> que sanea las causales invocadas en el divorcio contradictorio, restituyendo todo al estado anterior a la demanda.<sup>25</sup>

La modificación al C.C., por imperio de la Ley No. 23.515, mantuvo el error en el artículo 236 vigente al imponer la fijación de la audiencia en la cual el juez intentará conciliar a las partes<sup>26</sup> y de no ser posible, fijará otra audiencia para

---

*1) Asistir a la audiencia preliminar y realizar personalmente las demás diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en las que la delegación estuviere autorizada.*

*“En los juicios de divorcio, separación personal y nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la demanda, se fijará una audiencia en la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del Ministerio Público, en su caso. En ella el juez tratará de reconciliar a las partes y de avenirlas sobre cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal”.*

<sup>24</sup> Artículo 234 del C.C. (texto según Ley No. 23515): “Se extinguirá la acción de separación personal o de divorcio vincular y cesarán los efectos de la sentencia de separación personal, cuando los cónyuges se hubieren reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción. La reconciliación restituirá todo al estado anterior a la demanda. Se presumirá la reconciliación, si los cónyuges reanudaran la cohabitación.

*“La reconciliación posterior a la sentencia firme de divorcio vincular sólo tendrá efectos mediante la celebración de un nuevo matrimonio”.*

<sup>25</sup> SIRKIN, Eduardo, “Acerca de la reconciliación entre cónyuges”, *elDial.com* - DC187.

<sup>26</sup> Artículo 236 del C.C. (texto según Ley No. 23515): “En los casos de los arts. 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos:

*1 Tenencia y régimen de visitas de los hijos;*

*2 Atribución del hogar conyugal;*

*3 Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización.*

*“También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria.*

*“El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.*

*“Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las*

que manifiesten personalmente o por apoderado con mandato especial si han arribado a una reconciliación.

Este último tema está relacionado con el carácter del proceso conjunto de divorcio o separación personal previsto en el Código Civil, de conformidad con el texto vigente por imperio de la Ley No. 23.515/1987, que difiere en su redacción del que regía con anterioridad por la reforma de la Ley No. 17.711/1968.

Esta norma procesal –como muchas otras– merece su modificación al no existir a partir del 1 de agosto de 2015 reconciliación entre cónyuges.

Tramitando por las normas procesales del proceso ordinario, con la legislación vigente hasta el 31 de julio de 2015 inclusive, se pueden acumular las acciones<sup>27</sup> de nulidad del matrimonio, y por aplicación del principio de subsidiariedad, la pretensión del divorcio vincular, invocando alguna de las causales previstas en el artículo 202 del C.C.

De ese modo, si no se logra acreditar la invocada nulidad, al haberse acumulado la pretensión del divorcio vincular en la misma demanda, sería factible que ante el rechazo de la primera, se acoja alguna la segunda, si se hubiese acreditado que el cónyuge estaba incurso en alguna de las mencionadas causales; descartando que si a la fecha de celebración del matrimonio mediaba impedimento de ligamen, la entrada en vigencia de normas matrimoniales que contemplan el divorcio vincular, no lo transforman en acto válido, pues para apreciar la eficacia de los actos resulta aplicable la normativa vigente a la época de la celebración.<sup>28</sup>

---

*mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación. Si el resultado fuere negativo el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren”.*

<sup>27</sup> Artículo 87 del CPCCN: “Acumulación objetiva de acciones. Antes de la notificación de la demanda el actor podrá acumular todas las acciones que tuviere contra una misma parte, siempre que:

- 1) No sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una quede excluida la otra.
- 2) Correspondan a la competencia del mismo juez.
- 3) Puedan sustanciarse por los mismos trámites”.

<sup>28</sup> CNCiv., Sala C, R. 198973, del 11/02/1997, Sumario No. 15741 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín No. 1/2004):

“Si bien es cierto que el régimen del matrimonio por la ley 23.515, admitió la disolución del vínculo por divorcio para los matrimonios, tanto en los procesos en trámite como para las

Como anticipara *supra*, por imperio de la Ley No. 26.994<sup>29</sup> se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, así como los Anexos I y II que la integran.

Por Ley No. 27.077 (B.O. del 19/12/2014) se anticipó su entrada en vigencia para el 01 de agosto de 2015.

Se suprime la posibilidad de solicitar la nulidad del casamiento por impotencia, por atentar contra la dignidad de las personas y ventilar este tipo de intimidades en un proceso judicial, cuya prueba es invasiva de la intimidad, con posibilidad de causas generadoras diversas, que pueden llevar a tenerla con determinada persona y no con otras, dificulta las pruebas.<sup>30</sup>

El C.C.y C. define qué se entiende por buena fe de los contrayentes.

Sostienen los autores que *“Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”*.

Este párrafo que he transcripto (las negritas me pertenecen), si bien no lo puedo calificar de confuso, sí de contradictorio en la concreción de las normas propuestas; como pueden ser los derechos y deberes que derivan de la ce-

---

sentencias firmes de divorcio obtenidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley (conf. art. 8°), esto es, las que se basaban en la antigua ley 2.393, no lo es menos que aquella norma no contempla que los efectos del divorcio vincular puedan retrotraerse, salvo en el supuesto contemplado por el art. 1.306, primer párrafo, del Código Civil. Los efectos se producen recién a partir de la sentencia firme que decreta el divorcio (conf. art. 217 Código Civil) recuperando los cónyuges su aptitud nupcial de inmediato, siendo evidente que este efecto es para adelante, mas nunca puede retrotraerse en el tiempo, y menos aún conceder una suerte de saneamiento de un matrimonio celebrado en fraude a la ley argentina, como lo fue el que contrajeran las partes en la República del Paraguay. De ahí que, si a la fecha de la celebración del matrimonio mediaba impedimento de ligamen, la entrada en vigencia de normas matrimoniales que contemplan el divorcio vincular, no lo transforman en acto válido, pues, para apreciar la eficacia de los actos, resulta aplicable la normativa vigente a la época de la celebración. CNCIV - Sala: H - Expte. No. H368730 - Fecha: 06-11-03: R. B. M. c/ R. D. H. s/ NULIDAD DE MATRIMONIO, elDial.com - AE1DAC.

<sup>29</sup> Ley No. 26.994, sancionada: octubre 1 de 2014, promulgada: octubre 7 de 2014, fecha de publicación: B.O. 8/10/2014.

<sup>30</sup> Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

lebración del matrimonio; su régimen patrimonial; la solidaridad familiar; las consecuencias objetivas que el divorcio provoca; el convenio regulador; las “eventuales” compensaciones económicas; atribución del uso de la vivienda; los deberes de asistencia y alimentos, durante el matrimonio y después del divorcio; etcétera.

Se deroga la figura de la separación personal por los motivos que describe.<sup>31</sup>

Se derogan las causales subjetivas por los motivos que también describe.<sup>32</sup>

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.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Fundamentos: “Se deroga la figura de la separación personal por diversos motivos:

- a) la separación tuvo su razón de ser en un contexto jurídico y social diferente al actual, como una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular cuando éste se incorporó de manera autónoma al derecho argentino después de años de matrimonio indisoluble.
- b) Su escasa aplicación práctica: en los hechos, cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por no haberse cumplido el plazo mínimo desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para petitionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral”.

<sup>32</sup> Fundamentos: “Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio.

“La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso.

“El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial.

“La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio.

“Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”.

<sup>33</sup> Fundamentos: “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.

Como surge de las normas sancionadas, a mi juicio, a pesar de coincidir con los fundamentos y las eliminaciones apuntadas al principio de este trabajo, debemos relacionar los artículos para tener presente que no se trata de facilismo en la obtención del divorcio al que llegaron a calificar de “*exprés*”<sup>34</sup> y que por los deberes, las obligaciones y las reparaciones podría llegar a convertirse en “*estrés*”<sup>35</sup>.

Como anticipara, la relación de las distintas normas tornan imprescindible tener en cuenta los derechos y deberes de los cónyuges, colocando como base la asistencia recíproca y que los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común, basado en la cooperación y *el deber moral de fidelidad*,<sup>36</sup> se deben alimentos entre sí, durante la convivencia y la separación de hecho y con posterioridad al divorcio en los supuestos previstos o por convención de las partes.<sup>37</sup>

---

“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”.

<sup>34</sup> Véase AGUIRRE A., Joel, en <http://losdemoniosdelalengua.blogspot.com.ar/2012/08/express-expres-o-expreso.html>: “¿Express, exprés o expreso? Exprés es la adaptación gráfica de la voz inglesa y francesa express, que se usa en español con varios sentidos: 1) Dicho de una olla o una cafetera, ‘que funciona a presión, permitiendo acortar el tiempo de cocción’; referido a olla, es sustituible por la locución de presión (no a presión). 2) Dicho del café, ‘preparado con una cafetera exprés’. Aquí es preferible el uso de la forma expreso. 3) Dicho de un tipo de tren de viajeros, ‘que circula de noche y solo se detiene en las principales estaciones del trayecto’; con este sentido es preferible el uso de la forma expreso; este adjetivo también se aplica al autobús que realiza su trayecto sin paradas intermedias. 4) Referido a un servicio de correos, de transporte o de envío de mercancías, ‘rápido o urgente’: servicio expreso.

<sup>35</sup> SIRKIN, Eduardo, “Algo más sobre el divorcio en el proyecto de reformas al Código Civil. Responsabilidades del o los cónyuges”, *elDial.com* - DC1DB9.

<sup>36</sup> NVO.C.C. y C.: “Artículo 431.- *Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca*”.

<sup>37</sup> NVO.C.C. y C.: “Artículo 432.- *Alimentos. Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la convivencia y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes.*

*“Esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles”.*

Tanto en los fundamentos como en el proyecto se impone a los cónyuges que al celebrar el matrimonio *asumen el compromiso de desarrollar un proyecto de vida en común*; no obstante, el divorcio puede ser decretado a pedido de ambos o de uno solo de los cónyuges.<sup>38</sup>

Entiendo que el “deber moral de fidelidad” es una expresión dogmática, aunque la califiquen de axiológica, atendiendo a que, como bien se reconoce en los Fundamentos, al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas.<sup>39</sup>

Sin embargo, estoy de acuerdo con la eliminación de las causales de divorcio, teniendo en cuenta que desde el año 1987, con la vigencia del divorcio vincular, el sentimiento más cálido del ser humano parecería ser el “bolsillo”.

En efecto, durante la vigencia de la Ley No. 17711, a las parejas ensambladas, la ciudadanía aceptaba y estimulaba las nuevas uniones.

Con la vigencia de la Ley No. 23.515 nació el “daño moral” y los divorcios dejaron de ser “matrimoniales” para convertirse en “patrimoniales”, sin que tenga que ver estas expresiones con parejas heterosexuales u homosexuales.

Lo que antes se admitía, con posterioridad al divorcio se reclama sobre valores que no tienen nada que ver con la axiología y son innumerables los conflictos en los que se utilizan a los hijos menores como prenda de canje; molestias al no conviviente; impedimento de contacto, etcétera.

Es común asimilar el *resentimiento* (rencor, animosidad, odio, animadversión, resquemor, antipatía, tirria)<sup>40</sup> con el *rencor* (resentimiento, odio, inquina, encono, animadversión, tirria, fobia, aborrecimiento y resentimiento arraigado y tenaz).<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> NVO.C.C. y C.: “Artículo 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”.

<sup>39</sup> Fundamentos: “Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”.

<sup>40</sup> Diccionario de sinónimos y antónimos © 2005, Espasa-Calpe.

<sup>41</sup> Diccionario de la Real Academia Española (RAE).

Pero del punto de vista afectivo y psicológico, también se le brinda al resentimiento el concepto de “retener el sentimiento del otro”,<sup>42</sup> lo que trae aparejado una necesidad de mantener contacto por cualquier medio, utilizando especialmente la vía judicial; demandas; incidentes de toda índole; impedir el contacto con sus hijos; poner trabas para el retiro del colegio; etc., y en todos los trámites ofrecer la prueba confesional para que su comparecencia sea obligatoria y aun con el “velo” del “enojo” ver al otro; y en las decisiones con excusas para evitar el contacto, generar actas de constatación y otras molestias.

Como requisitos y procedimiento del divorcio, toda petición debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de este. Su omisión impide dar curso al trámite. Se la llama “propuesta reguladora” y si es a pedido de uno de los cónyuges, el otro puede formular otra distinta. Si es presentada en conjunto, se la llama “convenio regulador”.

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

Considero que si hay desacuerdo entre las propuestas, no puede hacerse referencia a “convenio”, norma que merece modificarse en su redacción.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación contiene disposiciones procesales de Derecho de familia en la ley de fondo, con principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oralidad, interés superior de niños, niñas y adolescentes, garantía de ser oídos, acceso limitado al expediente, apoyo interdisciplinario, impulso de oficio, admisión de parientes para declarar como testigos, principios y carga de la prueba (artículos 705 a 711).<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> SIRKIN, Eduardo, “Sobre la circunvención del hijo menor por su progenitor y el impedimento de contacto”, *elDial.com* - DC13C8.

<sup>43</sup> NVO.C.C. y C.: “Artículo 705.- *Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título son aplicables a los procesos en materia de familia, sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos.*”

NVO.C.C. y C.: “Artículo 706.- *Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.*”

NVO.C.C. y C.: “Artículo 707.- *Participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y perso-*

Asimismo, contiene disposiciones que contienen reglas de la *competencia*: referidos a procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, de divorcio y nulidad de matrimonio, de uniones convivenciales, de alimentos y pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes y acciones de filiación (artículos 716 a 720).<sup>44</sup>

---

*nas con discapacidad. Los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, y las personas mayores con capacidad restringida tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso”.*

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 708.- Acceso limitado al expediente. El acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso. En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva”.*

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 709.- Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces”.*

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 710.- Principios relativos a la prueba. Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”.*

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 711.- Testigos. Los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos. Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados”.*

<sup>44</sup> NVO.C.C. y C.: *“Artículo 716.- Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida”.*

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 717.- Procesos de divorcio y nulidad del matrimonio. En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta. Si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es competente el juez del proceso colectivo”.*

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 718.- Uniones convivenciales. En los conflictos derivados de las uniones convivenciales NVO.C.C. y C. ales, es competente el juez del último domicilio convivencial o el del demandado a elección del actor”.*

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 719.- Alimentos y pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes. En las acciones por alimentos o por pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes es competente el juez del último domicilio conyugal o convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquél donde deba ser cumplida la obligación alimentaria, a elección del actor”.*

Finalmente, regula las *medidas provisionales* relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad del matrimonio, también bienes, alimentos, seguridad y demás medidas que procesalmente calificamos como precautorias (artículos 721 a 723).<sup>45</sup>

## 4. TRÁMITE

Las inquietudes nos llevan a esbozar, conjugando las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación con las del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la tramitación del proceso de divorcio, partiendo de la de-

---

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 720.- Acciones de filiación. En la acción de filiación, excepto que el actor sea persona menor de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del domicilio del demandado, a elección del actor”.*

<sup>45</sup> NVO.C.C. y C.: *“Artículo 721.- Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso.*

*“Puede especialmente:*

- a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;*
- b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;*
- c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal;*
- d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro;*
- e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433”.*

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 722.- Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial. También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares. La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración”.*

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 723.- Ámbito de aplicación. Los dos artículos precedentes son aplicables a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente”.*

nominada afectación de la vivienda del artículo 244;<sup>46</sup> siguiendo con la legitimación,<sup>47</sup> donde prevé la atribución de la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas la conclusión de la convivencia;<sup>48</sup> necesidad de facultades expresas para peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio, la modificación, disolución o liquidación del régimen patrimonial del matrimonio (artículo 375).<sup>49</sup> En la Sección Segunda, con el título "Proceso de divorcio", se regula tanto la legitimación como los recaudos y el "procedimiento" del divorcio (artículos 436/438),<sup>50</sup> aunque omite su tramitación, destacando, a

---

<sup>46</sup> NVO.C.C. y C.: "Artículo 244. Afectación. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.

*"La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.*

*"No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término."*

<sup>47</sup> SIRKIN, Eduardo, "Acerca de la 'legitimación' en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Modificación en alimentos y paneo general", *elDial.com* - DC1ECD.

<sup>48</sup> NVO.C.C. y C.: "Artículo 245.- Legitimados. La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente.

*"La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.*

*"La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida".*

<sup>49</sup> NVO.C.C. y C.: "Artículo 375.- Poder conferido en términos generales y facultades expresas. Las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. El poder conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución.

*"Son necesarias facultades expresas para:*

*a. peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio, la modificación, disolución o liquidación del régimen patrimonial del matrimonio; [...]"*

<sup>50</sup> Proceso de divorcio:

NVO.C.C. y C.: "Artículo 436.- Nulidad de la renuncia. Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito".

mi juicio, que al no poder controvertirse (artículo 438) la acción, es calificada como “petición” de ambos cónyuges o uno solo de ellos; sin embargo, en el artículo 589 al aludir a la impugnación de la filiación fija un plazo en relación con la “demanda de divorcio o nulidad”,<sup>51</sup> al referirse al juez competente alude a las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia; es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado, a elección del actor o de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta;<sup>52</sup> con normas similares a las existentes (artículo 1294

---

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.”*

NVO.C.C. y C.: *“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 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”.*

<sup>51</sup> NVO.C.C. y C.: *“Artículo 589.- Impugnación de la filiación presumida por la ley. El o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de la muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño. Para acreditar esa circunstancia puede valerse de todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración de quien dio a luz.”*

*“Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.*

<sup>52</sup> NVO.C.C. y C.: *“Artículo 717.- Procesos de divorcio y nulidad del matrimonio. En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta.”*

*“Si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es competente el juez del proceso colectivo”.*

del C.C.),<sup>53</sup> calificando a las medidas cautelares como “provisionales”, relativas a las personas en el divorcio, y en la nulidad de matrimonio expresa que deducida la acción de nulidad o de divorcio o antes en caso de urgencia;<sup>54</sup> todo lo cual nos lleva a considerar posibilidades de tramitación del divorcio vincular a partir del 1º de agosto de 2015.<sup>55</sup>

Diferenciando petición con demanda; asumiendo acción como incorporación de la pretensión; teniendo en cuenta la inexistencia de controversia en cuanto al pedido de divorcio por uno de los cónyuges y que el único requisito de procedimiento es el acompañamiento de una propuesta que regule los efectos derivados del divorcio, cuya omisión impide dar trámite a la petición (artículo 438), encuentro que, respetando lo dispuesto en la Ley No. 24.946 en cuanto impone la intervención del Ministerio Público en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, como defender la jurisdicción y competencia de los tribunales,<sup>56</sup> el trámite acorde –en mi opinión– sería que, ante el pedido de divorcio,

---

<sup>53</sup> C.C., Ley No. 340, artículo 1294 (texto según Ley No. 23515): *“Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge”.*

<sup>54</sup> Medidas provisionales:

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 721.- Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso”.*

Puede especialmente:

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 722.- Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial.*

*“También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares.*

*“La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración”.*

NVO.C.C. y C.: *“Artículo 723.- Ámbito de aplicación. Los artículos 721 y 722 son aplicables a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente”.*

<sup>55</sup> Ley No. 27.077, publicada en el B.O. el 19/12/2014.

<sup>56</sup> Ley No. 24.946: *“Artículo 25.- Corresponde al Ministerio Público:*

el juez, previa vista al Ministerio Público, decreta el divorcio de los cónyuges y confiera traslado de la propuesta reguladora;<sup>57</sup> sin perjuicio que, pueda apreciarse la eventual posibilidad de conferir un traslado del pedido por el plazo genérico procesal de cinco días, para garantizar el derecho de defensa, aunque no tenga posibilidad de cuestionar la petición del divorcio. Al respecto no existe coincidencia entre jueces de familia sobre el plazo, algunos cinco, otros diez y otros quince días, supliendo en sus criterios la falta de norma expresa.

Actualmente, además del traslado de la propuesta reguladora, se fija audiencia intentando conciliar las pretensiones y en caso de no obtenerse, las partes habrán de ocurrir a mediación previa obligatoria y en su caso incoar posteriormente la demanda por liquidación de la comunidad de bienes, mediante el proceso ordinario respectivo.

Para el supuesto en que un cónyuge pretendiese obtener la declaración de nulidad del matrimonio, al no tener trámite previsto en la ley de fondo serán

- 
- a) *Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.*
  - b) *Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera.*
  - c) *Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme las leyes penales.*
  - d) *Promover la acción civil en los casos previstos por la ley.*
  - e) *Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza.*
  - f) *En los que se alegue privación de justicia.*
  - g) *Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República.*
  - h) *Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal.*
  - i) *Promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.*
  - j) *Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales”.*

<sup>57</sup> SIRKIN, Eduardo, “El divorcio en el nuevo código civil y comercial, su trámite”, *elDial.com* - DC1DF3.

de aplicación las normas asignadas al juicio ordinario, confiriéndose el plazo de quince días para la contestación a la demanda.

Como se desprende de las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la propuesta de acuerdo regulador está prevista exclusivamente para el divorcio (artículo 438 y conc.), no teniendo claridad respecto a la protección, en su caso, de la vivienda familiar, alimentos y derechos del grupo familiar ante la demanda por nulidad del matrimonio.

## 5. ARTÍCULO 7 DE LA LEY NO. 26.994 Y SU CORRELATO

Es notoria la diversidad de opiniones respecto a la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a los juicios en trámite.

Comenzó la Cámara de Apelaciones de Chubut, en pleno, 15/04/2015, Acuerdo No. 194,<sup>58</sup> resolviendo disponer:

---

<sup>58</sup> Cámara de Apelaciones de Trelew (Chubut) –en pleno–, 15/04/2015, Acuerdo No. 194: “En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 15 días del mes de abril del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo Plenario la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Trelew, bajo la Presidencia de su titular Dr. Aldo Luis De Cunto, Vicepresidencia del Dr. Marcelo Jorge López Mesa, y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dres. Carlos Alberto Velázquez, Natalia Isabel Spoturno, y Sergio Rubén Lucero; y VISTO:

“Que la Ley 26.994 aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación que como Anexo integra la citada ley. Que la Ley 27.077 modificatoria del artículo 7° de la Ley 26.994, publicada en el Boletín Oficial el 19/12/2014 dispuso que la misma entrará en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015, y CONSIDERANDO: Que dada la inminencia de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, que introduce notorios, extensos y profundos cambios en la normativa civil y comercial que viene aplicándose en la República, se hace necesario unificar criterios a su respecto, interpretando lo establecido en el art. 7° de la Ley 26.994 a fin de no afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

“Que a los efectos de evitar que la entrada en vigencia de la nueva norma trastorne el funcionamiento del sistema de administración de justicia y el ejercicio de la abogacía, corresponde establecer pautas claras y uniformes, a fin de procurar una correcta implementación del nuevo ordenamiento que nos regirá a partir del 1° de agosto del corriente año. Que resulta imperioso prever la forma en que se va a aplicar la nueva Ley a las causas que lleguen a esta Alzada en grado de apelación, que tramitaron bajo las normas de los Códigos Civil y de Comercio y en las que se dictó sentencia a la luz de esos Cuerpos, debiendo tenerse en cuenta a tal fin lo dispuesto en el art. 7° del nuevo Código Civil y Comercial, correctamente interpretado.

“Que la norma citada no consagra la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata, aún a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas existentes; o sea, que la nueva ley rige para los hechos que están *in fieri* o en su curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedaron sujetos a la

ley anterior, pues juega allí la noción de consumo jurídico (SCBA Ac. 27.221 del 7/8/79; Ac. L. 45.548 del 18/12/90, Ac. 51.810 del 5/4/94, Ac. 51.335 del 3/5/95, Ac. 63.638 del 27/4/99, Ac. 67.772 del 23/2/00, e. o.). Es decir, que la nueva ley toma a la relación o situación jurídica en el estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. En este sentido se ha dicho que: "dictada una nueva ley, las partes anteriores de esa relación o situación jurídica quedan sujetas a la antigua ley, en tanto que las partes posteriores son regidas por la nueva ley (Borda, "La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo", en *El Derecho*, tomo 28, pág. 810). Como lo señala Morello ("Códigos...", tomo I., pág. 716 y ss.), 'Esta idea de consumo jurídico resguarda la incolumidad de los actos ya operantes en el tráfico, enjugando una irretroactividad inconstitucional, preservando el principio de seguridad jurídica y acordando un plafón suficiente a las consecuencias de aquellos actos que sí pueden atraparse por el regulamiento ulterior' (Causa 243.736, Juzg. 23, S3º, LP). Que dadas las dificultades e incertidumbre del sistema de entrada en vigencia y de derecho transitorio que contiene el nuevo Código Civil y Comercial (cfr. Medina, Graciela, "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", La Ley 2012-E, 1302), cuya interpretación y aplicación parcial o no criteriosa, podría provocar el desafortunado desenlace de que por aplicación literal de su art. 7º, se llegase al inconveniente de que sentencias dictadas en la instancia de grado con los Códigos de Vélez Sarsfield y Acevedo antes del 1º de agosto del año en curso, fueran revisadas en la Alzada luego de ese hito temporal al conjuero del nuevo ordenamiento, lo que claramente constituiría lógicamente un despropósito y constitucionalmente un atentado contra derechos individuales amparados por garantías constitucionales como el derecho de defensa en juicio y resguardo del debido proceso legal. Bien se ha dicho, que 'El legislador, al sancionar nuevas normas, lo hace basado en la creencia que contempla de manera más justa la realidad social, y mejora el ordenamiento jurídico, lo que apareja una pretensión de inmediata sustitución del antiguo Derecho y puede llevar a aplicar la nueva ley a todas las situaciones jurídicas pendientes, tanto en lo que se vincula con sus efectos o consecuencias, o a juzgar con una vara distinta, situaciones que se amparaban legítimamente en la ley que estaba en vigor en el momento de su nacimiento. Nosotros afirmamos la necesidad de una rápida adaptación al nuevo sistema, pero la transición no puede ser tan brusca que vulnere la seguridad jurídica; ello exigirá que se apliquen los viejos dispositivos, al menos para juzgar la validez de las situaciones que se forjaron y consolidaron al amparo de la ley anterior' (cfr. López, Joaquín M. R.- Moisset de Espanés, Luis, *El cambio legislativo. Normas de transición y de conflicto*" (en línea). En: Donaires Sánchez, Pedro; Jiménez Vargas- Machuca, Roxana; Abanto Torres, Jaime (coord.). *Derecho y cambio social*. Lima (Perú). Número 11- año IV-2007. Disponible en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/cambio%20legislativo.pdf>). A tal fin, y a los efectos meramente orientadores, esclareciendo algunos criterios que habrán de aplicarse para brindar previsibilidad y certeza a los operadores jurídicos, tanto integrantes del Poder Judicial, como abogados del foro y justiciables, esta Cámara señala que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos de Vélez Sarsfield y Acevedo, se produce una consolidación jurídica de la causa o un 'consumo jurídico', que lleva aparejada la consecuencia de que en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz del mismo ordenamiento bajo cuyo amparo ella se dictó. Ello así con excepción de aquellos supuestos que se pudieran presentar como hechos en curso de ejecución, esto es, que no se agotaron con el dictado de la sentencia sino que comenzaron a existir a partir de ella.

"Así, los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia no pueden ser alcanzados por la nueva ley sin incurrir en retroactividad de ella. Esa es la noción de 'consumo jurídico'; en palabras del maestro Llambías, así como ante una relación jurídica sus 'consecuencias aún no ocurridas al tiempo de dictarse la nueva ley, quedan gobernadas por ésta; en cambio, las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas

*“... que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó [...]”.*

Decisión polémica, atento a la inexistencia de norma procesal que regule un Plenario de Cámara y al parecer, no medió un caso concreto.

Continuó a modo de refutación la Dra. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI con su primera publicación: “El artículo 7 del código civil y comercial y los expedientes en trámite en los que no existe *sentencia firme*”,<sup>59</sup> tanto en su circularización vía mail, como en la publicación.

Para facilitar la comprensión de su postura transcribo íntegramente en la nota al pie.<sup>60</sup>

---

por las nuevas leyes, pues lo impide la noción de consumo jurídico’ (“Tratado de Derecho Civil - Parte general”, 4ta. ed., Perrot 1984, I-142; en sentido coincidente, Borda, “Tratado de Derecho Civil - Parte general”, 7ma. ed., Perrot 1980, I-167, n° 150). ‘La nueva ley toma a la relación jurídica en el estado que se encuentra al tiempo que la ley es sancionada y pasa a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaban’ (S.C.B.A., E. D. 100-316). Asimismo, es dable aconsejar a los Sres. Jueces de primera instancia que ante la presentación de demandas con sustento en las normas que cesan en su vigencia en el plazo de su traslado, propicien con un despacho saneador su adecuación, en el plazo que fijen, a las normas que entrarán en vigencia, a fin de evitar que se traben la litis con apoyatura en normas que, a días vista, habrán de cesar en su vigencia. Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Trelew,

ACUERDA: 1º) DISPONER que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó. 2º) Regístrese, comuníquese y cumplido, archívese. Se deja constancia que el presente es suscripto por cinco jueces de Cámara en razón de hallarse de licencia el Dr. Raúl A. Vergara (art. 7 Ley V N° 17). Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, firmando los señores Presidente, Vicepresidente y Jueces de Cámara asistentes, por ante mí, que doy fe.

Marcelo J. López Mesa - Aldo L. De Cunto - Carlos A. Velázquez - Sergio R. Lucero - Natalia I. Spoturno. Ante mí: Zulema M Ybarra - Auxiliar Letrada”. eDial.com - AA8E65 Publicado el 17/04/2015.

<sup>59</sup> [http://www.fiscalia.jujuy.gov.ar:8012/docuweb/cur\\_Elart%C3%ADculo7.pdf](http://www.fiscalia.jujuy.gov.ar:8012/docuweb/cur_Elart%C3%ADculo7.pdf)

<sup>60</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “El artículo 7 del código civil y comercial y los expedientes en trámite en los que no existe *sentencia firme*.”

“El 15 de abril de 2015, la Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Trelew se reunió en pleno y de oficio, dictó el acuerdo 194 del cual resulta que *Una vez dictada la sentencia de grado en*

---

*una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó.*

"Me propongo analizar críticamente el contenido, sin ingresar en las facultades que puede o no tener la Cámara de esa provincia para autoconvocarse a plenario, sin un caso en el que alguna cuestión haya sido sometida a decisión.

"Para facilitar la comprensión de mi posición, contrapongo mis argumentos a los del tribunal en el mismo orden expuesto en el documento que analizo.

1. El tribunal intenta justificar la convocatoria en dos razones: (a) no afectar derechos amparados por garantías constitucionales; (b) evitar que la entrada en vigencia de la nueva norma 'trastorne el funcionamiento del sistema de administración de justicia y el ejercicio de la abogacía', por lo que 'corresponde establecer pautas claras y uniformes'.

"Ninguna de las dos argumentaciones es correcta. En efecto:

a) El art. 7 del nuevo código es copia del art. 3 del código civil, según texto incorporado por la ley 17711 en 1968. Desde hace más de treinta y cinco años, ese artículo ha regido sin que decisiones judiciales argentinas hayan declarado su inconstitucionalidad.

b) A lo largo de estos años, las discrepancias a las cuales el art. 3 ha dado lugar han sido resueltas por la jurisprudencia sobre la base de situaciones concretas, nunca en abstracto y, mucho menos, teniendo en consideración el estadio procesal en el que el expediente se encuentra (primera o ulterior instancia).

2. El punto de partida del razonamiento del acuerdo es correcto cuando dice: 'La nueva ley rige para los hechos que están *in fieri* o en su curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedaron sujetos a la ley anterior, pues juega allí la noción de consumo jurídico'. También son correctas las citas de los maestros Borda, Morello, López y Moisset de Espanés. En efecto, el artículo 7, al igual que el art. 3 de la ley 17711 establece: '(a) la regla de la aplicación inmediata del nuevo ordenamiento; (b) La barrera a la aplicación retroactiva'.

3. Los errores surgen al pretender establecer 'pautas claras y uniformes' y afirmar que: (a) 'Revisar sentencias dictadas en la instancia de grado con los Códigos de Vélez Sarsfield y Acevedo antes del 1º de agosto del año en curso, luego de ese hito temporal al conjuro del nuevo ordenamiento, constituiría lógicamente un despropósito y constitucionalmente un atentado contra derechos individuales amparados por garantías constitucionales como el derecho de defensa en juicio y resguardo del debido proceso legal'; (b) 'Una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos de Vélez Sarsfield y Acevedo, se produce una consolidación jurídica de la causa o un *consumo jurídico*, que lleva aparejada la consecuencia de que en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz del mismo ordenamiento bajo cuyo amparo ella se dictó'.

"En mi opinión, ambas afirmaciones son incorrectas porque:

(A) El alegado derecho de defensa juega poco y nada. Las llamadas normas de transición o de derecho transitorio no son de derecho *material*; son una especie de tercera norma de

carácter *formal* a intercalar entre las de dos momentos diferentes. A través de esa norma formal, el juez aplica la ley que corresponde, aunque nadie se lo solicite, pues se trata de una cuestión de derecho (*iuria novit curia*), todo lo cual no impide que invite a las partes, si lo estima conveniente, a argumentar sobre cuál es la ley aplicable, si se trata de una cuestión dudosa.

(B) El acuerdo de la Cámara de Trelew implica, en contra de lo dispuesto por el art. 7 que: (i) el código civil y comercial no se aplique a los expedientes que se encuentran en las instancias superiores al momento de entrada en vigencia del nuevo código, postergando la aplicación inmediata sin bases legales; (ii) consagrar la regla de la aplicación diferida del código civil después de su derogación si el expediente se encuentra en una instancia ulterior.

4. La noción de consumo que subyace en el art. 7 fue tomada por Borda de la obra de Roubier, quien distingue entre leyes que gobiernan la constitución y la extinción de una situación jurídica, y leyes que gobiernan el contenido y las consecuencias. Cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa; el consumo o el agotamiento debe analizarse según cada una de esas etapas, en concreto, para cada tipo de situaciones, siendo imposible una formulación en abstracto, para todo tipo de cuestiones.

5. El hecho de que se haya dictado una sentencia que no se encuentra firme no tiene influencia sobre cuál es la ley aplicable. Véanse los siguientes ejemplos:

a) Si en el período que va entre el dictado de la sentencia de primera instancia y la de la cámara se dictara una ley más favorable para el consumidor, el tribunal de apelaciones debería aplicarla a todas aquellas consecuencias no agotadas y que hayan operado mientras el expediente estuvo en la Cámara.

b) Si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 revisará conforme el artículo 1113 del CC, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, el del accidente). En cambio, si la apelación versara sobre *consecuencias no agotadas* de esas relaciones, o lo que atañe a la *extinción* de esa relación (por ej., una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos; más aún, debería aplicarla también a los consumidos si la ley ha establecido su carácter retroactivo y no se vulneraran derechos adquiridos.

c) Para que haya divorcio se requiere sentencia (arts. 213.3 del CC y 435 inc. c del CCyC); se trata de una sentencia constitutiva, sin perjuicio de que algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior. Por lo tanto, mientras no haya sentencia *firme*, no hay divorcio, lo que implica, contrariamente a lo que sostiene este acuerdo, que después del 1/8/2015, si el expediente que declara el divorcio contencioso se encuentra en Cámara porque la sentencia de primera instancia fue apelada, el tribunal de apelaciones no puede ni debe revisar esta decisión a la luz del Código civil, porque está extinguiendo una relación, y la ley que rige al momento de la extinción (el código civil y comercial) ha eliminado el divorcio contencioso. Debe pues, declarar el divorcio, pero sin calificación de inocencia o culpabilidad.

"Esta es la doctrina que subyace en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 28-4-1992 que confirmó la de la cámara de apelaciones que había rechazado el pedido de alimentos del hijo extramatrimonial contra los herederos del padre, pues a la época en que

Desarrolló su criterio en el libro *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*.<sup>61</sup>

Amplió KEMELMAJER DE CARLUCCI su postura en “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”.<sup>62</sup>

En posición diferente está RIVERA,<sup>63</sup> aclarando que “[...] el tema del derecho transitorio es particularmente arduo. La interpretación y aplicación del art. 3 (en el futuro art. 7) es materia sumamente compleja, resbaladiza, opinable; los autores han polemizado antes y lo harán ahora, como lo refleja la respuesta de Aída Kemelmajer a la Cámara de Chubut y este mismo artículo. (Fue trascendente la polémica entre Guillermo Borda y Guillermo L. Allende, con motivo de la interpretación de la doctrina de Roubier; se intercambiaron varios artículos en la revista *La Ley* hasta que esta dio por terminada la cuestión) [...]”.

Traigo a colación la situación existente en el país ante la incorporación en la Ley No. 14.394 –citada *supra*–, que en su artículo 31<sup>64</sup> permitía contraer nuevas nupcias a quienes se hubiesen divorciado al amparo de su norma.

---

el superior debía pronunciarse se había derogado el antiguo art. 331 del CC norma que había sido el fundamento de la sentencia de primera instancia que había fijado alimentos provisorios.

6. En definitiva, la noción de consumo jurídico no se vincula a la existencia de una sentencia que no se encuentra firme y, por lo tanto, las causas que se encuentran en apelación o en ulterior instancia deben ser resueltas interpretando rectamente el art. 7, que en nada modifica el art. 3 según texto de la 17711, excepto en lo que hace a las nuevas leyes supletorias más favorables para el consumidor”.

<sup>61</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*.

<sup>62</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, *La Ley*, 02 de junio de 2015, t. 2015-C.

<sup>63</sup> RIVERA, Julio César: “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite y otras cuestiones que debería abordar el Congreso”, *La Ley*, 4 de mayo de 2015, t. 2015-C.

<sup>64</sup> Ley No. 14.394: “Artículo 31.- *La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, autoriza al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraerse estas segundas nupcias. La reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio. También, transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al juez que la dictó pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial, sin con anterioridad ambos cónyuges no hubieren manifestado por escrito al juzgado que se han reconciliado. El juez hará la declaración sin más trámite ajustándose a las constancias de los autos. Esta declaración autoriza a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias*”.

Este fue suspendido por el Decreto-Ley No. 4070/56<sup>65</sup> durante 31 años, hasta la vigencia de la Ley No. 23.515, que lo derogó expresamente.

El aludido Decreto tenía dos normas: una sustancial y otra formal.

Por el artículo 1 declaró en suspenso la habilidad para contraer nuevo matrimonio de las personas divorciadas.

Por el artículo 2 ordenó la paralización de los trámites judiciales destinados a actuar la disposición aludida, vedando también las ulteriores peticiones que se presenten para acogerse a ella.

O sea, que quienes hubiesen cumplido los trámites del artículo 31 y habían obtenido por esa norma la aptitud nupcial, tenían consolidado su derecho.

Quienes estaban tramitando a esa fecha su pedido de disolución o la hubiesen iniciado o no, carecían del derecho por la suspensión impuesta.<sup>66</sup>

Se dictó un fallo plenario de la CNCivil sosteniendo que el divorcio vincular que autorizó el artículo 31 de la Ley No. 14.394, no hace cesar el derecho sucesorio del cónyuge no culpable, a menos que con ulterioridad a la sentencia que lo declaró inocente haya incurrido en algún acto que cause la caducidad de su vocación sucesoria.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Decreto-Ley No. 4070/56:

Artículo 1.- *“Declárase en suspenso, hasta tanto se adopte sanción definitiva sobre el problema del divorcio, la disposición del artículo 31 de la ley 14.394 en cuanto habilita para contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas a que el texto se refiere”.*

Artículo 2.- *“A partir de la fecha de la presente ley se paralizarán en el estado en que se encontraren los trámites judiciales destinados a actuar la disposición aludida en el artículo anterior y no se dará curso a las nuevas peticiones que se presenten para acogerse a ella”.*

<sup>66</sup> CNCIV, Sala C.B.S.J.E. c/ B.I.M, s/ Disolución de Vínculo matrimonial, 9 de abril de 1985, Id Infojus: FA85020549, citando a López Olaciregui, “Alcance del decreto-ley 4070/56 que suspende el régimen de divorcio vincular de la ley 14.394”, J.A. 1957, secc. doctrina, p. 46, especialmente puntos II y V). La Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintas composiciones ha rechazado planteamientos de inconstitucionalidad del decreto 4070, estableciendo que la supresión del divorcio vincular no afecta ningún precepto constitucional, si no se ha ejercitado el derecho a la declaración (conf. Fallos 243-272; 295-707; L.L. 96-371 y J.A. 1959-III-577).

<sup>67</sup> CNCIV en pleno, noviembre 22-1962, in re “C. de F. M.M. F. De P., E.J. c/ F., D.M”. Publicado en *El Derecho*, t. 3, p. 486; *La Ley*, t. 108, p. 842; *Jurisprudencia Argentina*, t. 1963-II, p. 199. Sum. 0011067.

Con motivo de la vigencia de la Ley No. 17.711 (01 de julio de 1968) se dictó un plenario por el que se resolvió que no corresponde aplicar la nueva norma del artículo 1078 del C.C. cuando el hecho dañoso fue anterior a la puesta en vigencia de la aludida ley.<sup>68</sup>

Al derogarse el adulterio como delito penal no pudo aplicarse sanción alguna, aun en el caso en que se hubiese cometido durante su vigencia.<sup>69</sup>

Al igual que las causales previstas en la Ley No. 2393, que eran 7. Quedaron suprimidas con la reforma de la Ley No. 23.515 dos de ellas: inciso 4º, *la sevicia*, y el inc. 6º, *los malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando sean tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal*. Por lo tanto, a partir de su vigencia, no podía decretarse el divorcio vincular por esas causales que habían sido eliminadas.

Considero que en situación similar nos encontramos a partir de la vigencia de la Ley No. 26.994, atendiendo a que no existen más las causales de divorcio vincular; la inexistencia de culpa; la fidelidad como "deber moral" y el trámite del divorcio no previsto como un proceso, razón por la cual, aun en el supuesto en que se hubiese dictado sentencia, de existir apelación, el tribunal superior solo tiene para aplicar el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, según lo dispuesto en el artículo 4º de dicho cuerpo legal<sup>70</sup> por el que se deroga la Ley No. 340, comúnmente llamado Código de Vélez Sarsfield.

No descarto la necesidad del dictado de una ley transitoria para evitar que ante la disparidad de criterios y la inexistencia de plenarios, debamos coincidir o recurrir según adopte cada magistrado la tesis a aplicar. También la modificación del CPCCN, ya que prevé imperativamente la convocatoria a una audiencia para "reconciliar" a las partes, cuando en el nuevo Código se ha dejado de lado la purga de causales de divorcio, sin perjuicio de una reforma integral del código de rito.

---

<sup>68</sup> CNCIV en pleno, diciembre 2-1971, in re "Rey, José J. c/ Viñedos y Bodegas Arizu, SA", en *El Derecho*, t. 40, p. 448.

<sup>69</sup> Por Ley No. 24.453, publicada en el B.O. el 7/3/95, se deroga tanto el delito del artículo 118 del Código Penal, como la rúbrica "adulterio".

<sup>70</sup> Ley No. 26.994: "Artículo 4.- Deróganse el Código Civil, aprobado por la ley 340, y el Código de Comercio, aprobado por las leyes Nros. 15 y 2.637, excepto los artículos 891, 892, 907, 919, 926, 984 a 996, 999 a 1003 y 1006 a 1017/5, que se incorporan como artículos 631 a 678 de la ley 20.094, facultándose al Poder Ejecutivo nacional a reenumerar los artículos de la citada ley en virtud de la incorporación de las normas precedentes".

Por ello se han adecuado los trámites al divorcio vincular como una mera petición, no es considerada demanda, pero con los efectos propios y colaterales que trae aparejada la decisión.

## 6. PROPUESTA REGULADORA<sup>71</sup>

Como requisito y procedimiento del divorcio, toda petición debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de este. Su omisión impide dar curso al trámite. Se la llama "propuesta reguladora" y si es a pedido de uno de los cónyuges, el otro puede formular otra distinta. Si es presentada en conjunto se la llama "convenio regulador".

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

El nuevo Código Civil y Comercial de la nación, como expresara *supra*, conteniendo disposiciones procesales como admisión de parientes para declarar como testigos, principios y carga de la prueba, al ser norma sustancial, prima sobre la procesal, que prohíbe la declaración testimonial de los parientes por consanguinidad y afinidad en línea directa.<sup>72</sup>

Concluyendo, ante el reclamo de compensación económica, torne necesario la convocatoria a una audiencia y en caso de no obtener acuerdo, deba incoarse demanda por Liquidación de la Comunidad de Bienes, previo paso por la Instancia de Mediación Previa Obligatoria, sujeto a las normas acordadas.<sup>73</sup>

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Busso, Eduardo, *Código Civil Anotado*, Ediar, 1958.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, abril de 2015.

---

<sup>71</sup> SIRKIN, Eduardo, "Acerca de la propuesta reguladora en los divorcios del C.C. y C.", *elDial.com* - DC20CC.

<sup>72</sup> CPCCN: "Artículo 427-. *Testigos excluidos. No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firmas*".

<sup>73</sup> SIRKIN, Eduardo, "El divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial, su trámite", *cit.*

- RIVERA, Julio César: "Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite y otras cuestiones que debería abordar el Congreso", *La Ley*, 4 de mayo de 2015, t. 2015-C.
- 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", *elDial.com* - DC18B6.
- SIRKIN, Eduardo, "El 'adulterio' y su eventual inaplicabilidad como causal de divorcio ante la vigencia de la ley 26.618 de reforma al Código Civil que habilita el casamiento de personas del mismo sexo. Cuadro comparativo de las normas del Código Civil", *elDial.com* - DC13D0.
- SIRKIN, Eduardo, "¿Cuál es el límite al deber de fidelidad en el matrimonio?", *elDial.com* - DC7C0.
- SIRKIN, Eduardo, "Violencia familiar, amenazas, aspectos extrajudiciales", *Doctrina Judicial*, 1996-1, p. 983.
- SIRKIN, Eduardo "Acerca de infidelidad y adulterio", *Doctrina Judicial*, 1996-2, p. 686.
- SIRKIN, Eduardo, "Acerca de la reconciliación entre cónyuges", *elDial.com* - DC187.
- SIRKIN, Eduardo, "Algo más sobre el divorcio en el proyecto de reformas al Código Civil. Responsabilidades del o los cónyuges", *elDial.com* - DC1DB9.
- SIRKIN, Eduardo, "Sobre la circunvención del hijo menor por su progenitor y el impedimento de contacto", *elDial.com* - DC13C8.
- SIRKIN, Eduardo, "Acerca de la 'legitimación' en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Modificación en alimentos y paneo general", *elDial.com* - DC1ECD.
- SIRKIN, Eduardo, "El divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial, su trámite", *elDial.com* - DC1DF3.
- SIRKIN, Eduardo, "Acerca de la propuesta reguladora en los divorcios del C.C. y C.", *elDial.com* - DC20CC.
- SIRKIN, Eduardo, "Los trámites de divorcio a partir la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. ¿Jueces legisladores?", *elDial.com* - DC1FB9.

---

Recibido: 10/1/2022  
Aprobado: 11/3/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative  
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International  
(CC BY-NC 4.0)

