

LA REFORMA PROCESAL Y EL JUICIO DE DIVORCIO

Por Jorge A. Rojas y María del Valle Quintana

1.- INTRODUCCION

El impacto que ha provocado la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), si bien ha provocado un aggiornamiento en el ámbito del derecho privado, en uno de los ámbitos más sensibles en donde se nota esta impronta fue en el derecho de familia, y dentro suyo uno de los aspectos más destacables es la nueva regulación que tiene el juicio de divorcio.

Desde luego que el historial del instituto nos puede llevar desde los remotos antecedentes del Código de Vélez Sarsfield, con las restricciones que existían por la carga religiosa en la que se sumió a la institución matrimonial, pasando por la vieja ley 2393, llamada de matrimonio civil, del año 1888, que estableció la celebración civil del matrimonio que si bien resultaba indisoluble, se contemplaban causales de disolución en su art. 67 y, como tal el llamado divorcio-sanción, persiguiendo identificar la culpabilidad de uno de los cónyuges, sobre la base de esas causales que preveía la ley.

Pasando por alto la escasa vigencia en el tiempo (solo ocho meses), que tuvo la ley 14.394 del año 1954 que consagró el divorcio vincular, con el trasfondo de un fuerte enfrentamiento entre el gobierno de entonces y la Iglesia, se llegó a la reforma de 1968 por la ley 17.711, que admitió el divorcio –por voluntad concurrente de los cónyuges- por vía del viejo art. 67 bis, que se

identificó como divorcio-remedio, para ofrecer un escenario diverso al contencioso.

El advenimiento de la democracia en 1983 hizo su aporte en esta materia pues delimitó un antes y un después, ya que desde mucho antes del dictado de la Constitución del '94 podemos encontrar una serie de leyes, que no se circunscriben solo a la ley 23.515, conocida como ley de matrimonio -que instaura el divorcio que podría denominarse pleno, esto es para que los ex cónyuges puedan de readquirir su aptitud nupcial- sino muchas otras que marcan una apertura de nuestro país, que se va gestando no solo en los ámbitos legislativos y judicial, sino que finalmente queda plasmada en la letra de la nueva Constitución¹.

Esto ha hecho que el país quede inmerso dentro de un nuevo orden jurídico, que por lo menos desde el punto de vista técnico, escapa a la vieja tradición decimonónica del fuerte apego al positivismo, para dar nacimiento a una fluida comunicación con el mundo, no solo por la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sino además porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no solo con el caso Sejean², sino con otros casos insignes, va delineando una política judicial apropiada a nuevos tiempos que hoy son interpretados por el CCCN.

¹ Kemelmajer De Carlucci, Aída- Herrera, Marisa,- Lloveras, Nora, "Tratado de Derecho de Familia" según el Código Civil y Comercial de 2014, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. I, pág.335 y sgtes.

² Fallos 308:2268 del año 1986.

Cuando desde la propia Comisión de Juristas que se encargó de su elaboración se alude a la “constitucionalización del derecho privado”³ y, se la expone como una oposición a la vieja idea del positivismo legalista, trocándola por la razón crítica que apoya sus bases en principios de razonamiento que exceden muchas veces la letra de la ley, pues, marcan la importancia del registro que el derecho va mucho más allá de eso, lo que nos da la pauta que es de toda evidencia que se pretende un nuevo paradigma de trabajo.

Esto, entendido como un nuevo modelo, desde el cual se van a hacer operativos los institutos que conocemos en el mundo del derecho, sea por novedosos, como muchos contratos que hoy recoge ese nuevo ordenamiento, o sea por tradicionales, como el juicio de divorcio, que ha encontrado un nuevo cauce en el CCCN.

Actualmente debido no solo a esta nueva realidad, sino a que se puede interpretar como agotado el sistema judicial existente, se hace necesaria una reforma procesal en el ámbito civil que se correlacione con este nuevo tipo de regulaciones, que lejos están de ser subsumidas en moldes tradicionales.

De hecho, obsérvese que conforme lo normado por los arts. 436 y sgtes., el juicio de divorcio consiste en una simple petición que puede formular una de las partes interesadas, y se ha evitado a su respecto todo tipo de controversia.

Como consecuencia de ello, se ha instaurado un nuevo orden para un eventual debate, circunscribiéndolo a los temas conexos con el divorcio en sí mismo.

³ Lorenzetti, Ricardo L. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Rubinzal- Culzoni T. I, pág. 29 y sgtes.

Interpretado ello en esos términos, también es de toda evidencia que los moldes tradicionales que contempla nuestro ordenamiento adjetivo, pueden adaptarse o no a este tipo de eventuales contiendas, toda vez que no parece apropiado subsumirlas en el molde de un proceso ordinario⁴, aunque si tal vez resulte más apropiado dejar librado a criterio del juez –como lo hace el art. 516 del CPCCN- la estructura procesal apropiada para ello.

Sin embargo, debemos cuestionarnos si ello resulta conveniente a los fines de dar cauce al proceso de divorcio, toda vez que si se trata de una simple petición, parecería que son sus consecuencias las que se deben regular a los fines de poder encontrar cauce para su desenvolvimiento.

Pues bien, lo que lleva a esta tarea es precisamente interpretar que el CCCN ha dado los lineamientos por los cuales debe transitar el legislador para regular el procedimiento, que no está previsto en la normativa sustancial, para desarrollar este tipo de actuaciones, pues, no es lo mismo concluir en un acuerdo sobre la liquidación de bienes en una sociedad conyugal, que tener que dirimir las controversias que a su respecto se puedan suscitar, sea por el origen de los bienes, o por la necesidad de reconocer recompensas, o por las razones que lleven al desarrollo de un conflicto, todo ello amen de cuestiones de índole extrapatrimonial como podían ser aquellas vinculadas a la responsabilidad porcentual por ejemplo, de ahí la tarea emprendida.

2.- ¿CODIFICACION O DESCODIFICACION? REGULACION DEL JUICIO DE DIVORCIO

⁴ Kielmanovich, Jorge L. “El proceso de divorcio en el Código Civil y Comercial”, La Ley del 28-04-2015, 1..

Cuando se piensa en la reforma procesal, casi por defecto se piensa en un nuevo ordenamiento adjetivo, sin advertir los efectos que tendría volver a tener un ordenamiento del estilo del que tenemos actualmente a nivel nacional, ya que uno de los registros que debemos observar es que existe una clara tendencia a la descodificación⁵ de la cual el código actual no se ha hecho cargo, sino por el contrario, las leyes que se dictan bajo su influencia son las que lo tienen en cuenta.

Por lo tanto, la utilidad de una reforma en el ámbito del proceso civil, sobre todo teniendo en cuenta la materia que aquí abordamos, debe tener en cuenta estos aspectos pues precisamente en el ámbito del proceso de familia, intentando con ello abarcar no solo al juicio de divorcio, sino a todos aquellos vinculados a las relaciones de familia, e inclusive por la propia conexidad que existe en el resguardo a la persona aquellos que se vinculan con la capacidad, debería tenerse en cuenta la legislación dispersa que también existe.

De tal modo podemos advertir que remiten al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el Código Procesal Penal Nacional, la Ley de Concursos y Quiebras, la Ley de la Navegación, la Ley de Procedimiento Laboral, la de Procedimientos administrativos, entre otras.

Con lo cual es importante tener en cuenta, que cualquier reforma procesal no puede perder de vista el efecto radial que tiene el Código Procesal, de modo de analizar en uno de los primeros lugares de la organización de una reforma, la necesidad de mantener una codificación como la que existe

⁵ Falcón, Enrique M. “¿Cómo hacer un código procesal civil y comercial”, La Ley 2016-E-1237.

actualmente o seguir una línea descodificadora, cuestión fundamental a dilucidar.

Esto a propósito del derecho de familia, toda vez que es de nuestro conocimiento que en el plan de “Justicia 2020” implementado por el Ministerio de Justicia de la Nación, una de las novedades que ha introducido consiste en trabajar en un nuevo ordenamiento para el ámbito del proceso de familia, lo que puede resultar acertado como idea a desarrollar, pero es de sobrada importancia la línea de trabajo a seguir para ello, por el efecto radial que antes señalamos que tenía el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Como se ha avanzado en esa línea a través de un proyecto de Código de Familia para la Ciudad de Buenos Aires, que consiste en una réplica en su mayor parte del Código Nacional, con algunos capítulos referidos exclusivamente a la regulación de los procesos de familia, la cuestión que se vislumbra es su conveniencia en replicar códigos, o la conveniencia de generar un ordenamiento a nivel nacional diverso que tenga los efectos que antes señalamos para cada ámbito que pretenda su aplicación supletoria.

Con ello, lo que estaríamos enfrentando sería un código para los procesos de familia que pueda incluir cuestiones vinculadas a la capacidad de las personas, la regulación de los procedimientos para sus eventuales restricciones, los regímenes a aplicar a los procedimientos que involucren a niños, niñas y adolescentes y, siempre con una referencia directa al Código Procesal Nacional o no, según la línea de política judicial que pretenda observar.

Esa tarea permitiría contar con una base en la cual se analicen los institutos genéricos que resultan de aplicación a todos los procesos (vgr. demanda, recursos, cautelares, entre otros) para el supuesto que se decida optar por una remisión al régimen adjetivo nacional y, contemplar dentro de los ordenamientos descodificados aquellas cuestiones inherentes a la materia específica de la que persigan ocuparse (vgr. juicio de divorcio, juicio de adopción, juicio de alimentos, entre otros).

Ello permitiría que cobren vida los principios específicos que ha señalado el codificador en el nuevo CCCN, toda vez que la oralidad, la oficiosidad, o bien la inmediación, que a nuestro criterio, es el fin que debe perseguir la jurisdicción especializada a la que alude esa normativa, cobren vida a través de sistemas apropiados para cada caso, pues el acceso limitado al expediente judicial que se da en este tipo de procesos, no sirve contemplado en el código procesal que sea general, aunque si lo sea dentro de este ámbito.

Lo mismo sucede con el principio de oficiosidad, que no tiene andamiaje, conforme lo dispone expresamente el art. 709 CCCN, en aquellas cuestiones de índole exclusivamente patrimonial, con lo cual el exceso en el que se puede incurrir en un código general del proceso, no resultaría útil en esta materia.

Estos aspectos por sí mismos, delatan un nuevo rol para la jurisdicción, mucho más comprometido cuando se trata de aspectos extrapatrimoniales, que cuando lo son, y esas circunstancias a su vez ameritan su reflejo dentro del sistema que se proyecte, pues para el primer aspecto tal vez sean necesarios poderes similares a los que tienen los jueces penales ya que la realidad está revelando una situación muy particular en casos de violencia familiar.

Por lo tanto, no basta replicar el código procesal nacional con algunas modificaciones que contemplen los procesos de familia. No parece ser la línea de trabajo que desciende el CCCN. Es evidente que el sistema debe ser diverso porque de lo contrario caerían en saco roto los principios liminares que contempla el art. 706 del CCCN.

De ahí la conveniencia de compatibilizar ambos sistemas de modo tal de permitir una concreta operatividad en la realidad de los institutos y las finalidades que ha perseguido la Comisión de Juristas que ha diseñado el proceso de familia a través de los grandes trazos que marcan sus principios y limitaciones, que deben ser bajadas a la realidad a través de sistemas apropiados para que puedan efectivizarse en el modo adecuado de brindar una tutela efectiva.

3.- EVOLUCION

Como eslabón inicial entendimos conveniente partir desde el advenimiento de la democracia, pues entonces se dejó de lado un tiempo cerrado, de absoluta opacidad, para pasar a acompañar -desde la paulatina normalización de las instituciones- el desarrollo de una vida más armónica, consustanciada con la realidad que se vivía en el mundo y, entender la necesidad de aggiornar la interpretación que cabía darle al conflicto familiar, que no puede ser circunscripto al mero trámite judicial de un proceso de conocimiento.

En nuestro país ese desarrollo se fue gestando por dos vías -una legislativa- y la otra por la labor que pretorianamente fue desarrollando la

jurisdicción. La década de los '80 podríamos señalar como que es la que verifica el comienzo de una marcada transformación en el ámbito del derecho de familia, pudiendo iniciarse ese recorrido con la sanción de la ley 23.264 del año 1985, por entonces denominada como ley de "filiación y patria potestad", que se caracterizó –más allá de los reparos de su denominación en la actualidad- por eliminar discriminaciones entre sujetos de la familia; seguida al poco tiempo por la ley 23.515 del año 1987, denominada de matrimonio civil, pero que consagra lo que poco tiempo antes –en 1986- había señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Sejean, declarando la inconstitucionalidad de la antigua normativa que inhibía a los cónyuges luego de su divorcio a readquirir su aptitud nupcial.

De ese año 1987 también es la ley 23.570, que establece un derecho a pensión en el caso de convivencia en aparente matrimonio, con el impacto que ello tiene ahora en el nuevo CCCN al contemplar las uniones convivenciales, más allá que ese derecho ya se había comenzado a reconocer a favor de los convivientes a través de la ley 23.226.

Y de esa forma se fueron sucediendo una serie de leyes que no podrían nominarse todas aquí, pero si podemos destacar algunas de las más características que hicieron del derecho de familia un espacio de singular atención que captó a la Comisión de Juristas a cargo de la elaboración del CCCN.

Sirvan a modo de ejemplo, la ley 24.270 ya del año 1993, como se advierte antes de la Constitución del '94, que apunta a sancionar penalmente el impedimento de contacto de un padre con su hijo, o bien la ley 24.417 de

protección contra la violencia familiar del año 1995, o la ley de adopción 24.779 del año 1997.

Más aún existen otras muy características dentro de toda esta gama que marcan un espíritu legisferante que apuntó a la introducción en el país de normas que actualizan aquello que permitía, acomodar a la República Argentina al respeto de los tratados internacionales, en especial en materia de derechos humanos, aspecto central que luego en el nuevo CCCN se identificaría por parte de la propia Comisión de Juristas como la constitucionalización del derecho privado⁶.

Sirvan como otros ejemplos, la ley 26.061 del año 2005, denominada de protección integral de niños, niñas y adolescentes, o la ley 26.618 conocida como ley de matrimonio igualitario ya del año 2010. Así fue como al año siguiente se sancionó por parte del Poder Ejecutivo el decreto 191/2011 por medio del cual se designó a la Comisión de Juristas para la elaboración del código unificado en materia civil y comercial, cuyo anteproyecto fue entregado en el año 2012.

En esta transformación legislativa que se llevó a cabo en el ámbito del derecho de familia, más allá del punto de partida que hemos tenido en miras para este breve racconto, el basamento fundamental que tuvo este desarrollo fue precisamente la Constitución del '94, en especial, en lo que a esta materia se refiere, por lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 que reconoció jerarquía superior a las leyes, a los tratados internacionales que prevén expresamente la protección de los sujetos en las relaciones de familia.

⁶ Herrera, Marisa “El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial”; La Ley 2014-F-53 suplemento especial de Familia.

Desde luego esa evolución no se detuvo allí, por el contrario se cristalizó en la Constitución del '94, pero así como tuvo una vertiente legislativa, que comenzó antes de su sanción, también tuvo una vertiente jurisdiccional, porque también la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de pronunciamientos emblemáticos anteriores a la Constitución del '94 como los casos Ekmekdjian c/Sofovich⁷ del año 1992; ó Fibraca⁸ del año 1993; o ya sancionada la nueva Constitución como Cafés La Virginia⁹, de fines de 1994 , o Giroldi¹⁰ de 1995, fue perfilando esa nueva realidad en la Argentina, que hizo precisamente que hoy el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, establezca nuevos paradigmas como lo reconoce la propia comisión de juristas que lo elaboró.

Precisamente la invocación a esos precedentes judiciales, al margen de Sejean citado anteriormente, podría suponerse que no tienen vinculación con el proceso de divorcio, sí nos permiten advertir como Argentina se inserta en el mundo, admitiendo a partir de ellos, que como fuera señalado son anteriores a la C.N. del '94, se admite un nuevo orden jerárquico normativo, pues se les da un valor que antes no tenían los tratados internacionales, por ejemplo cuando aludían a cuestiones de derecho común.

De ahí que el nuevo marco que tiene presente el CCCN no se aparta de estos presupuestos liminares, llamando “constitucionalización del derecho privado” a esta nueva mirada de la realidad, que posiciona al país en otra

⁷ Fallos 315:1492

⁸ Fallos 316:1669

⁹ Fallos 317:1282

¹⁰ Fallos 318:514

dimensión, y que desde luego el derecho de familia no solo no está ajeno sino que se ha hecho cargo de registrar esa realidad para normarla.

Esa tarea se coronó a través de la sanción por vía de la ley 26.994 que incorporó a nuestra legislación al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Allí se avanzó en un contenido de neto corte procesal, toda vez que a lo largo de todo ese nuevo ordenamiento que regula el derecho privado se pueden encontrar normas de raigambre procesal, que como bien enseñaba Couture, no importa el lugar en donde se encuentran insertas, pues si se puede identificar que tienden a poner en funcionamiento la jurisdicción para obtener de ella un determinado pronunciamiento que permita finalmente su ejecución, es de toda evidencia que nos encontramos con normas de corte procesal¹¹.

Pero la vieja doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹² contempla la posibilidad de que se regulen aspectos procesales dentro de la legislación sustancial cuando ella apunta al adecuado funcionamiento de los institutos que se pretenden instaurar, aunque ello –como sostiene Arazi– debe ser excepcional y cumplir con ciertos requisitos¹³.

Y aquí se nota con claridad, en el tema central que nos ocupa, que es el juicio de divorcio, que la normativa sustancial apunta a un cambio concreto de paradigma, que respete la voluntad de los cónyuges y deje a resguardo la

¹¹ Couture, Eduardo J.; Estudios de Derecho Procesal, Ed. Depalma, T. III, pág. 437.

¹² Fallos 138:157; 24-3-83, E.D. 105-435, 141: 254; 151:315; 247:524

¹³ Arazi, Roland, “Síntesis de las principales disposiciones procesales en el Proyecto del Código Civil y Comercial; Revista de Derecho Procesal 2013-1-47; Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 47..

autonomía de su voluntad, para acceder a su divorcio cuando entiendan que no es posible ya el mantenimiento del vínculo existente.

Ese avance también se da en el lenguaje¹⁴, porque se dejan de lado términos antes usuales como tenencia, por el de responsabilidad parental, o la incorporación de “género” en lugar de aludir al sexo, o como el caso que antes mencionamos que se aludía a patria potestad, aceptándose el sintagma “responsabilidad de los padres”, ya utilizada en la ley 26.061, toda vez que se considera que el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico, y ese cambio da cuenta del cambio de relación que se ha producido entre padres e hijos.

La palabra potestad del latín se conecta con la potestas del viejo derecho romano, e implicaba la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo “responsabilidad” implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño, niña o adolescente¹⁵.

4.- ASPECTOS METODOLOGICOS

No obstante ello, para acceder al conocimiento y explicación de cómo funciona este nuevo sistema -juicio de divorcio- contemplado en el CCCN, conviene hacer una aclaración previa desde un punto de vista esencialmente metodológico.

¹⁴ Falcón, Enrique M. Op. cit. pág. 562.

¹⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída en Capítulo Introductorio de la Ob. cit., T. I, p. 93.

Ello obedece a que el legislador ha diseminado la normativa que contempla este proceso en distintos títulos y secciones del libro segundo del nuevo ordenamiento.

Ello implica la necesidad de poder abordar el tratamiento del proceso de divorcio teniendo en cuenta todos estos aspectos para introducirnos adecuadamente dentro de la temática a desarrollar.

En el capítulo ocho del primer título, cuando se alude a la disolución del matrimonio, el art. 435 señala las distintas causales que llevan a ello, entre las cuales se encuentra el divorcio declarado judicialmente, circunstancia que despeja la posibilidad de la existencia de un trámite administrativo a esos fines como existe en algunos países.

Es el juez quien debe disponer, a través de una sentencia el divorcio y, para ello, los legitimados a solicitarlo son ambos cónyuges, o bien uno solo de ellos. Desde allí el código contempla un requisito esencial que hace a la procedencia de la demanda de divorcio, que es la presentación de una propuesta reguladora de los efectos que importará el dictado de la sentencia de divorcio para los cónyuges.

Pero no convendría comenzar con ese análisis lineal, sin tener en cuenta otros aspectos esenciales que tienen que ver con los principios en los que se apoya este nuevo proceso, y además reglas liminares que hacen a su andamiaje, como las vinculadas a la competencia del juez interviniente, aspectos que nos remiten, como lo señaláramos anteriormente, a los diversos capítulos que integran el título octavo del libro segundo del código.

5.- LOS PRINCIPIOS EN LOS QUE SE APOYA EL PROCESO DE FAMILIA

Por lo tanto, conforme lo expuesto, para poder identificar y describir a este nuevo proceso de divorcio, conviene analizar los principios en los que se apoya el proceso de familia, contemplados en el art. 706 del CCCN.

5.1. Tutela judicial efectiva

El primero de ellos es el de **tutela judicial efectiva**¹⁶, este principio permite identificar lo que habíamos denominado anteriormente como constitucionalización del derecho privado, pues como lo reconoce la Comisión redactora en los fundamentos que sustentaron el anteproyecto de código, existe una comunidad de principios entre la C.N., el derecho público y el derecho privado (vgr. la protección de la persona humana, la tutela del niño, niña o adolescente, de aquellas personas con capacidades diferentes, de consumidores, etc.), aspectos que toman cuerpo en la órbita de este proceso con un rol preponderante.

Para este análisis corresponde apreciar la normativa en estudio a la luz de un derecho humano esencial, como resulta la tutela efectiva, la cual no debe circunscribirse solo al ámbito judicial, sino que debe involucrar a cada uno de los poderes del Estado¹⁷.

No está de más recordar los avatares que debió enfrentar nuestro país a partir por las condenas que recibió por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Furlan o Fornerón, pues no solo se destacaron

¹⁶ Masciotra, Mario “Poderes-deberes de la Alzada y la protección especial de niños y adolescentes” en La Ley del 15-02-2017.

¹⁷ Rojas, Jorge A.; “Tutela efectiva y realidad”, L.L. 2014-C-615

la irrazonabilidad de los plazos observados en sendos procesos, o el alcance que tuvo la indemnización en el primero de ellos, sino que además en el último, la deficiente actuación jurisdiccional de nuestro país, que obligó a la Corte Interamericana a imponer la obligación de estudiar derechos humanos a los miembros del Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos.

Esto muestra la imperiosa necesidad de la especialización de los jueces en materia de derecho de familia, tal como lo dispone el inc. b) del art. 706. Resulta absolutamente claro que el conflicto en este ámbito es totalmente diverso a un conflicto de índole netamente patrimonial, solo y simplemente porque están en juego otro tipo de valores que exceden ese ámbito.

Y esa especialización no se debe agotar en la persona del juez, sino que tiene que permitir –apuntando a la solución de los conflictos familiares- al abordaje interdisciplinario o multidisciplinario¹⁸ de esa problemática, lo que permitirá un mejor tratamiento y desenvolvimiento.

En esa línea se inscribe la propia ley de mediación obligatoria 26.589 en su art. 33, señalando específicamente que aquellos mediadores que intervengan en conflictos de índole familiar deben contar con una preparación especial para su abordaje y tratamiento.

Y ello así fue interpretado por la Corte Suprema, que sentó como doctrina que resultaría totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia, si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o

¹⁸ Alterini, Jorge H. “Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético” Ed. Thompson Reuters , T. III, pág. 871

modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar¹⁹.

Más aún cuando el nuevo código apunta, por la impronta que se le ha dado a este proceso, a obtener una solución pacífica del conflicto familiar, como lo señala el inc. a) de este mismo artículo, propendiendo especialmente a la protección de aquellas personas que resulten vulnerables, para ello resulta imprescindible que los jueces puedan estar preparados en el abordaje y tratamiento de este tipo de problemática.

En la misma línea, el último inciso de esa norma señala la importancia que tiene para el nuevo ordenamiento, y la labor que debe desarrollar la jurisdicción, cuando en el conflicto se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes, para lo cual nuestro país ha seguido las pautas que surgen de las 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas vulnerables, adoptada por la Convención de Jueces de Iberoamérica que se reunió en 2008 en esa ciudad, a fin de establecer los lineamientos básicos para la defensa de aquellas personas que se encuentren en estado de vulnerabilidad, resguardando su acceso a la jurisdicción.

No es un dato menor recordar que la concepción de la tutela efectiva e inmediata fue asumida por nuestro país, en los términos en que hoy se plantea y se la conoce, prácticamente con la interpretación a que llevó la positivización que se hizo en los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional de los

¹⁹ Fallos 323:91; 328:2870, entre otros

derechos fundamentales del ser humano que confluyeron para la generación de ese principio.

Como se puede apreciar de los antecedentes señalados, solo a modo de ejemplo, se desprende un conjunto de deberes para los Estados Partes de esos convenios, que no son exclusivamente judiciales, sino que aluden a todos los organismos gubernamentales, pues aparecen claramente involucrados los organismos administrativos, los legislativos y todos aquellos que tuvieran competencia específica de acuerdo con la organización estatal correspondiente.

Este aspecto central, es de fundamental importancia para advertir que la tutela judicial efectiva, debería ser reducida *ab initio* a otro sintagma mucho más breve que sería el de “tutela efectiva”, porque permitiría que esa tutela sea tanto judicial, administrativa, o legislativa pues con ella se aspiraría al resguardo de derechos fundamentales inherentes a toda persona, tal como lo establece la introducción del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestro orden jurídico por vía de la ley 23.313.

Por eso, cuando se alude a la tutela efectiva, resulta conveniente no circunscribirla al ámbito judicial solamente, para que se asuma a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, que la obligación que pesa sobre el Estado Nacional incumbe a cada uno de los tres poderes, no siendo de exclusiva injerencia del judicial, quien a todo evento podrá imponer los mandatos que correspondan, pero sin un diálogo fructífero entre todos los poderes es evidente que esos esfuerzos van a caer en saco roto.

5.2. Inmediación y oralidad

Luego se contempla como otro principio liminar del proceso de familia el de **inmediación**, que conviene no confundir con el que más adelante también indica esa norma como principio de **oralidad**.

Ello importa la necesidad de poner en manos del juez los antecedentes de la causa en forma inmediata, esto es hacer realidad el acceso a la jurisdicción permitiendo que las partes tengan contacto directo con el juez de su causa, de modo tal de permitir con su intervención directa, abordar, encauzar y administrar adecuadamente el conflicto tomando a su cargo las medidas necesarias a tal fin.

Esto importa tener en cuenta el llamado principio de oralidad, aunque su alcance es diverso, pues puede haber oralidad sin intermediación a través de la utilización de medios tecnológicos para el registro de aquellos antecedentes o cuestiones que puedan plantearse en un proceso de familia.

En la actualidad, podemos sostener que es una verdad a voces que resulta indiscutible en el ámbito del derecho procesal, avanzar hacia la oralidad en los procedimientos y, desde luego esa oralidad si bien no puede ser absoluta, si se encamina hacia la estructuración de un proceso por audiencias, en donde es predominante la intermediación del juez con las partes y con los hechos del proceso, sistema éste que debería revisarse si resulta apto para los casos que se presenten como consecuencia del proceso de divorcio.

5.3. Buena fe y lealtad procesal

Este principio ya receptado por la legislación procesal desde siempre y que hace a una manifestación de la moralidad en el proceso²⁰, además de estar consagrado específicamente por el art. 706 del CCCN, también lo contempla este nuevo ordenamiento al comienzo, tanto en el art. 9 cuando señala que los derechos deben ser ejercidos de buena fe, como en el art. 10, cuando sanciona el ejercicio abusivo de los derechos precisamente al violentarse –entre otros aspectos- los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

5.4. Oficiosidad

Es muy claro el código en relación a este principio que pone en manos del juez el impulso del proceso hacia el dictado de la sentencia, con todo el desarrollo que ese recorrido importe.

Se desataca en especial en este punto que puede ordenar de oficio medidas de prueba, aclarando seguidamente el art. 709 que ese impulso de oficio no procede en aquellas cuestiones de naturaleza exclusivamente patrimonial, en tanto las personas involucradas sean capaces, aspecto que desde luego se condice con la especial protección que brinda el código a las niños, niñas y adolescentes.

5.5. Acceso limitado al expediente

²⁰ Rivera, Julio C. – Medina, Graciela; “Código Civil y Comercial Comentado” Ed. Thomson Reuters, T. II, pág. 635.

El art. 708 contempla el acceso limitado al expediente en los procesos de familia, restringiéndose el mismo a las partes, sus representantes, letrados y los auxiliares designados en el juicio.

Es decir que la regla que se debe observar al respecto es el principio de reserva de las actuaciones, que consideramos se debe hacer extensivo a la luz de la ley 26.685 que crea el expediente electrónico o virtual y se está avanzando hacia ello, a tomar los recaudos del caso para que también desde ese punto de vista se pueda cumplir con ese fin.

Esta norma se debe coordinar con el principio que resguarda la dignidad de la persona, pues en este caso se persigue el mantenimiento de su intimidad para que no sufran intromisiones indebidas con más razón aún –a la luz de la Convención de los Derechos del Niño- cuando existen involucrados en el proceso niñas, niños o adolescentes.

Ello persigue evitar injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada de una persona o de una familia, conteniendo similar protección por ejemplo el art. 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, desde luego no solo frente a terceros sino inclusive frente a medios de prensa.

6.- PRINCIPIOS EN MATERIA PROBATORIA

El art. 710 del nuevo código prevé los principios de libertad, amplitud y flexibilidad en materia de prueba, los cuales apuntan a evitar rigorismos y permitir el acceso al mejor y mayor caudal probatorio, representando ello las distintas manifestaciones que ofrece el principio del *favor probationis*²¹.

²¹ Alterini, Jorge H., Ob. cit. pág. 879.

La norma concluye con una frase que se presta a distintos tipos de enfoques y por supuesto ha generado posiciones encontradas, ya que refiere a un aspecto que considero se vincula con la valoración de la prueba.

Ello, en virtud de que señala el precepto, que la carga de la prueba recae “finalmente” en quien está en mejores condiciones de probar²², y la palabra finalmente es la que nos da la pauta que su redactor, teniendo en cuenta la letra del art. 2 del CCCN, que señala ese diálogo de fuentes a que invita este nuevo ordenamiento, que la ley debe ser interpretada por sus palabras y sus finalidades.

Sin que importe un orden jerárquico, la norma señala que la interpretación debe ser literal por un lado, o teleológico por otro, con lo cual es evidente que el “finalmente” está apuntando al momento en que el juez debe evaluar la prueba, porque con su valoración podrá determinar quién estaba en mejores condiciones de probar.

Desde luego esto no puede constituir una “sorpresa” para el litigante, por lo que la interpretación adecuada consideramos que debe ser interpretar que la carga de la prueba constituye una regla técnica para el juez, para dirimir al momento de la valoración de la prueba, conforme las reglas de la sana crítica, quien estaba en mejores condiciones de aportar una determinada prueba.

7.- REGLAS DE COMPETENCIA

²² A.A.V.V.; Rojas, Jorge A. (coordinador); “La prueba” Libro en homenaje al Dr. Roland Arazi, Kemelmajer de Carlucci, Aída “Algunas reglas sobre la carga probatoria para el ejercicio de los derechos contenidos en el Código Civil y Comercial” Ed. Rubinzal-Culzoni 2016, p.468 y sgtes.

Resulta necesario, del mismo modo que abordamos los principios que se deben observar para el desarrollo de los procesos de familia, tener en cuenta las reglas de competencia que también resultan imprescindibles como postulado previo para el desarrollo del debido proceso legal.

Esto en razón que la competencia se constituye en un presupuesto procesal esencial para la constitución válida de un proceso, y en este caso, resulta imprescindible concentrarnos puntualmente en las reglas de competencia que se desprenden del art. 717 que es el que concretamente alude al proceso de divorcio, ya que en el capítulo se contemplan reglas de competencia para diversos tipos de proceso de familia, como uniones convivenciales, procesos relativos a niños, niñas y adolescentes, alimentos o filiación, entre otros.

Pero más allá de eso, uno de los primeros conflictos que se presenta con relación a la competencia está vinculado con aquellos divorcios en los cuales se hubiera dispuesto la separación personal de los cónyuges antes de la entrada en vigencia de este nuevo ordenamiento. La cuestión fue resuelta por las normas complementarias que contiene la ley 26.994 sancionatoria del nuevo código.

Allí en el art. 8 se dispone expresamente que si se hubiere dictado sentencia de separación personal, antes de la entrada en vigencia del nuevo código, cualquiera de los cónyuges puede solicitar su conversión en divorcio vincular.

Si esa conversión se solicita de común acuerdo, resulta competente el juez que intervino en la separación o, el del domicilio de cualquiera de los que

lo peticionan, a su opción, y ello se resuelve sin trámite alguno homologándose directamente la petición.

Si la petición es unilateral, resulta competente el juez que intervino en la separación, o el del domicilio del ex cónyuge que no peticiona la conversión, y en ese caso, el juez decidirá previo traslado de la petición por tres días.

La resolución de conversión deberá anotarse en el registro que tomó nota de la separación.

Una situación similar se plantea además con el alcance que tiene el art. 7 del CCCN, para todos aquellos divorcios iniciados por el régimen anterior y que aún no fueron decididos.

En líneas generales, coinciden doctrina y jurisprudencia en la aplicación inmediata del nuevo sistema creado por el CCCN, debiendo el juez aplicarlo directamente cuando el divorcio esté en trámite, o bien cuando el divorcio tenga sentencia de primera instancia y aún no tenga sentencia definitiva de cámara.

Las divergencias se suscitan en los cambios de criterios que existen con relación a la forma en que se debería llevar a cabo esta aplicación, pues algunos sostienen que se debería aplicar inmediatamente, y otros que debería suspenderse el trámite de las actuaciones por haberse tornado abstractas e intimar previamente a las partes a readecuar su petición a los nuevos términos de la ley²³.

²³ Arazi, Roland, “Aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones existentes y en los procesos en trámite en el Derecho de Familia”, Revista de Derecho Procesal Ed. Rubinzal-Culzoni, pág.17 y sgtes.

Sin embargo, es de destacar que la Corte Suprema adhirió al criterio de la aplicación inmediata del nuevo régimen, considerando que deben resolverse como divorcios incausados, aquellos casos en los cuales se hubiera dictado sentencia de primera instancia y se encuentren apelados²⁴.

Pero en punto a la cuestión que se suscita con relación a la competencia, concretamente señala el art. 717, que será competente en los procesos de divorcio 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.

Pero existe una salvedad que tiene que ver con el fuero de atracción que ejercen los procesos universales, toda vez que señala la segunda parte de esa norma, que declarado el concurso o la quiebra de alguno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio resulta competente el juez del proceso colectivo.

Existe una cuestión importante a tener en cuenta que hace jugar no solo las reglas de competencia que estamos viendo sino además la prevalencia que tienen los principios que son fundantes de este tipo de procesos de familia, que es el caso de la existencia de niños, niñas y adolescentes involucrados.

Allí se advierte el nuevo paradigma que se ha generado desde el nuevo ordenamiento civil y comercial, toda vez que se dejan de lado principios liminares en materia procesal como es el caso de la *perpetuatio jurisdictionis*, siguiendo para ello las pautas que ya viene fijando el máximo Tribunal del país.

²⁴ CSJN en los autos “Terren c/Campili s/Divorcio” sent. del 29 de marzo de 2016.

En esa línea se ha interpretado, siguiendo ese criterio los tribunales inferiores, que si bien por vía de los principios de prevención y *perpetuatio jurisdictionis* una causa debe radicarse en la sede donde tramitaron las distintas acciones entre las partes, que en principio se encontrarían finalizadas, aquellos principios deben ceder ante el juez de residencia actual del niño, niña o adolescentes, para preservar así una mayor inmediación hacia él cuyos intereses se encuentran comprometidos y permitir desarrollar con mayor eficacia la actividad jurisdiccional.

Ello por cuanto en materia de familia debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, el interés moral y material de los menores sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir y, por lo tanto, toda decisión sobre el tema debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección. De ahí que se advierta como se busca resguardar y hacer efectivo el principio de inmediación²⁵.

8.- EL JUICIO DE DIVORCIO

Para mantener el desarrollo que propusimos al comienzo, analizados los principios en que se apoya este proceso, y teniendo en cuenta quien resulta juez competente para intervenir en estos casos, desde luego los legitimados en la relación sustancial serán los cónyuges, ya que ellos tienen un interés jurídico sobre una materia propia y exclusiva. Además el código admite la presentación conjunta, que sigue los criterios del art. 336 del CPCCN, pero no para el sistema que tenía previsto el art. 67 bis de la ley 2393²⁶.

²⁵ Fallos 324:2486; 325:339

²⁶ Falcón, Enrique M.. “El derecho procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal-Culzoni Editores, Pág. 561/562.

Pero la salvedad que conviene hacer en este sentido, es que tratándose de un proceso voluntario, como se desprende de la propia redacción del art. 437 que alude a la “petición” de divorcio, aclara luego la norma que podrá ser formulada por uno o por ambos cónyuges, como se anticipara en el párrafo anterior.

La clave para interpretar este nuevo tipo de proceso es que la petición que se formule debe estar acompañada de una propuesta que regule los efectos del divorcio, esto es, una propuesta que contemple cuál sería la solución que propone el cónyuge peticionante, si no fuera la petición conjunta, para atender todos los temas conexos con el divorcio sobre los cuales se van a proyectar los efectos de la sentencia²⁷.

La omisión en acompañar esa propuesta hace “inadmisible”²⁸ la petición, con lo cual se constituye en un requisito de admisibilidad imprescindible, que desde luego podrá ser obviado formulándose la aclaración correspondiente, si no hubiera ni descendencia ni bienes que sean necesarios liquidar en una ulterior disolución de la sociedad conyugal.

Pero lo cierto es que el art. 438 que contempla los requisitos y el procedimiento a seguir en el juicio de divorcio presenta tres franjas claramente diferenciables.

Una primera franja en la que se advierte el rol que le cabe a las partes, y la inclinación que persiguió el codificador, cuando se señala no solo la

²⁷ Herrera, Marisa, “El divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación” en La Ley 2014-F. p. 3.1.

²⁸ Falcón, O. cit, pág. 562 ap.c.

propuesta, sino además la posibilidad, resguardando los principios de autonomía de la voluntad y bilateralidad, el derecho que le asiste a la otra parte -si no estuviera de acuerdo- para que presente otra propuesta, con lo cual se advierte que son las partes las que deben acercar una vía de solución a la jurisdicción para resolver el eventual conflicto que se pueda presentar como consecuencia de la divergencia de criterios sobre los temas conexos con el divorcio²⁹.

Además tienen a su cargo acompañar todos los elementos de los que intentaran valerse para sustentar su posición.

En una segunda franja claramente perceptible en esta norma, se advierte el nuevo rol que le toca jugar a la jurisdicción, toda vez que por un lado la norma señala que el eventual desacuerdo sobre el convenio al que deben arribar las partes, en modo alguno suspenderá el dictado de la sentencia de divorcio, con lo cual es evidente que la función de la jurisdicción apunta a la reducción de la conflictiva familiar que se presenta.

En este punto vale aclarar que la falta de presentación de propuesta por el cónyuge que resulta demandado no significará *ipso iure* la aprobación de la propuesta que formulara el accionante, toda vez que la norma no señala ninguna carga –similar a la prevista en el art. 356 del Código Procesal- sino una mera facultad, más aun teniendo en cuenta la finalidad que persigue la norma, toda vez que señala, que el juez debe convocar a una audiencia a las partes,

²⁹ Solari, Néstor E., “Convenio regulador en el divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación”, L.L. 2014-F,706.

luego de evaluar las propuestas, desde luego con la finalidad de procurar un avenimiento directo entre ellas.

Pero además de este rol conciliador señala expresamente ese precepto que si de la evaluación, del convenio regulador los efectos del divorcio resulta manifiestamente perjudicial para los intereses del grupo familiar, las cuestiones que se susciten deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local³⁰.

Y es aquí donde se refleja la tercera franja de este precepto, toda vez que fracasada la negociación entre las partes, o bien advirtiendo el juez las desventajas que genera un convenio regulador como el que se pretende hacia los intereses del grupo familiar, es el mismo el que cerrará esa vía de negociación para dejar abierta la vía contenciosa.

Así aparece la última *ratio* de la norma que es el tránsito por el proceso judicial contencioso, el que deberá dirimir la contienda de la que se trate según los procedimientos previstos en las leyes locales.

En este caso, si se tratara de un conflicto vinculado a la determinación de alimentos, es evidente que a la luz del art. 31 de la ley de mediación 26.589, suscitado en esta Ciudad el conflicto, se deberá agotar el trámite de mediación previa para luego acceder a los estrados judiciales a promover el correspondiente juicio de alimentos.

³⁰ En línea con ello ver Sambrizzi, Eduardo A., “El proceso de divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial”, EIDial.com DC1E37 publicado el 13-04-2015.

Lo mismo sucedería con la eventual liquidación de la sociedad conyugal, no solo por las previsiones del art. 31 de la ley 26.859, sino además conforme las previsiones del art. 516, estaríamos en la etapa de una ejecución de sentencia, que no sería otra más que la de divorcio, que requiere –tal vez por el volumen de bienes o la discrepancia sobre su origen- el desarrollo de otro proceso que podrá ser un proceso ordinario o eventualmente uno incidental, conforme la casuística que se presente.

Para la hipótesis de que hubiera existido acuerdo entre las partes, conviene diferenciar entre la propuesta que requiere la admisibilidad de la demanda, con el convenio regulador que contempla el art. 439 del CCCN.

Ello en razón que el convenio ya daría la pauta que existió acuerdo entre los cónyuges, a diferencia de la propuesta, que implica un ofrecimiento previo a esos fines.

Por lo tanto, la descripción que formula el art. 439, son los distintos rubros que deben integrar ese convenio regulador, desde luego adaptado a las circunstancias de cada caso en concreto.

Y el análisis de esa norma permite ver nuevamente el rol que le cabe a la jurisdicción en este proceso, pues mientras por un lado cumple el rol de facilitador del acuerdo, por otro cumple con su función jurisdiccional controlando su legalidad y además su viabilidad, toda vez que él mismo puede exigir que se brinden garantías suficiente –sean reales o personales- de los compromisos que los cónyuges asuman para la aprobación del convenio.

En el sistema de la Pcia de Buenos Aires, el sistema es diverso al nacional, pues se debe transitar las etapas previas ante el consejero de familia, quien no tiene como función intentar una conciliación de los cónyuges sobre su divorcio, sino sobre la propuesta, la que derivada al Tribunal seguirá el procedimiento del art. 848 CPCC en lo pertinente³¹.

A su vez, este nuevo ordenamiento trae una novedad de suma importancia que es la compensación económica³², a la que puede resultar acreedor el cónyuge al cual el divorcio le traiga aparejado un desequilibrio económico.

Este derecho a la compensación económica, no debe ser confundido con el derecho a alimentos, ni tampoco como un eventual resarcimiento de daños y perjuicios, sino que se trata de evitar el efecto desequilibrante que apareje para uno de los cónyuges el divorcio, teniendo en cuenta para ello las modalidades de los vínculos que en cada caso se presenten.

Señala el art. 441 en qué puede consistir esa compensación y, destaca que puede consistir en una prestación única, o en una renta por un tiempo determinado o, excepcionalmente por plazo indeterminado.

Esa renta puede pagarse en dinero o con el usufructo de determinados bienes o de la forma que las partes acuerden o inclusive lo puede decidir el juez en caso de discrepancia.

³¹ Falcón, Enrique M. Ob. cit. pág. 564 ap. f.

³² Este instituto jurídico no es una creación autóctona. Se encuentra receptada desde hace varios años en diversas legislaciones Europeas y Latinoamericanas siendo directa de su incorporación al Derecho Nacional el artículo 97 del Código Civil Español. Kemelmajer, Ob. Cit. pág. 414 p.2.

Para el supuesto que una de las partes invoque esa situación de desequilibrio económico como consecuencia del divorcio y no exista la posibilidad de llegarse a un acuerdo conciliatorio entre las partes, el juez deberá determinarlo judicialmente y, en este punto el art. 442 da una serie de pautas a esos fines que tendrán que ser adaptadas a cada caso en particular.

La norma además establece un plazo de caducidad de seis meses para reclamar esta compensación económica, que se computarán desde el dictado de la sentencia de divorcio.

Otro aspecto importante a tener en cuenta, que el CCCN desarrolla pormenorizadamente está representado por la atribución del hogar conyugal. En este sentido, se pueden apreciar dos aspectos claramente diferenciables, uno de ellos, es la atribución y los recaudos que se deben observar a esos fines para el supuesto que no exista acuerdo entre las partes.

Como consecuencia, no se pueden soslayar los efectos que puede provocar esa atribución, por ejemplo, la compensación a través de una renta a favor del cónyuge que no utiliza la vivienda, entre otros.

Finalmente el art. 445 contempla el cese de esa atribución cuando se produce, contemplándose por un lado, el cumplimiento del plazo por el cual fue otorgado, por otro, por el cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la atribución a una de las partes y finalmente por las mismas causales de indignidad que se contemplan en materia sucesoria por el art. 2281 del CCCN.

La enajenación de la vivienda (art. 456), requiere siempre el asentimiento del otro cónyuge. Sin embargo, cualquiera puede pedir la prohibición de contratar sobre la vivienda para evitar el riesgo de que este sea enajenado a través de acto fraudulento³³.

8.1. Traslado de la petición unilateral de divorcio

Son varias las posturas que reinan sobre este aspecto en particular, Kielmanovich considera que debe darse por el plazo de cinco días al otro contrayente y al Ministerio Público Fiscal, para que tome conocimiento del contenido de la propuesta y pueda expedirse sobre su procedencia y presupuestos, bajo expreso apercibimiento de que en caso de silencio se lo podrá tener por conforme con la presentada³⁴. En cambio, para Falcón se debe articular por vía del proceso de conocimiento ordinario en el Código Procesal Nacional.

Sin perjuicio de que existan varias posiciones sobre el particular, éstas únicamente pueden encontrar fundamento en la inteligencia de aquellos que las formulan, desde luego siempre con miras hacia el Código Procesal actual, lo que no significa acierto o desacierto, sino simplemente una mirada que sigue siendo retrospectiva.

Tal vez si la reforma trabaja en línea con el proceso por audiencias, como es la variante sobre la que se están realizando avances en el plan Justicia 2020 que desarrolla el Ministerio de Justicia, ello también se pueda tener en cuenta para la eventual faceta contenciosa de la liquidación de la sociedad conyugal.

³³ Alterini, Ob. Cit. pág. 181.

³⁴ Kielmanovich, Op. cit., LL 28/04/15,1.

No obstante, es necesario advertir –que en línea con la filosofía que inspira este nuevo ordenamiento- se hace necesario desarrollar nuevos sistemas, que puedan contemplar las distintas variantes que se puedan presentar en un divorcio en donde no exista acuerdo sobre la propuesta, ya que no es lo mismo que esas divergencias existan sobre los cuidados personales de los niños o niñas, que sobre el origen de determinados bienes, o la entidad que puedan tener los dividendos que surjan a su vez de títulos cuyo origen o calidad también se controvierta.

La posibilidad de ejemplos puede ser infinita y hacer caer en un casuismo que si bien puede no ser útil, si puede reflejar que resulta prematuro considerar que un traslado se debe hacer por cinco o por quince días, porque el sistema no se debe diseñar desde el mero procedimentalismo, sino tener en cuenta la problemática que va a tratar de contemplar y, desde luego los insumos necesarios para ello, de otra forma carece de sentido el art. 706 del CCCN cuando precisa los lineamientos que deberá observar el nuevo proceso de familia, todo lo cual lleva al debate que señalamos al comienzo entre la codificación y la descodificación, que desde luego excede un mero trámite.

A su vez, la notificación deberá reunir los requisitos previstos en el art. 139 CPCCN referida a las copias de contenido reservado, por cuanto su contenido pudiera afectar el decoro de quien ha de recibirlo, deberá entregarse en sobre cerrado, opción ésta que desde luego debería contemplar el sistema que se conciba al efecto.

En este caso es menester que al practicarse la notificación, las copias sean entregadas bajo sobre cerrado por el personal de secretaría, debiéndose dejar

constancia del detalle preciso sobre el número de copias de los escritos y de la documentación.

El cumplimiento de esta manera excepcional en el diligenciamiento, no sólo puede ser a petición de parte, sino de oficio, en virtud de las facultades judiciales en la dirección del proceso (art. 34, inc. 5)³⁵.

Finalmente, vemos que este artículo del código procesal se contextualiza, ahora, con los principios que surgen de los arts. 706 y 708 a los que venimos haciendo alusión.

9.- MEDIDAS PROVISIONALES

El art. 722 del CCCN contempla las medidas provisionales en el juicio de divorcio y en el de nulidad de matrimonio y más allá de cierta inespecificidad que puede trasuntar la norma, resulta claro que este precepto apunta al resguardo de los bienes que resulten objeto de ese tipo de procesos³⁶.

Allí concretamente se contempla –como una medida nominada- el inventario en el segundo párrafo de la norma a los fines de la individualización de bienes objeto de una eventual disolución y liquidación, y además en el primer párrafo evitar los perjuicios derivados de una inapropiada administración o disposición de esos bienes por parte de uno de los cónyuges

³⁵ Morello, Sosa, Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Bs As y de la Nación” Abeledo Perrot, pág.365/366, Edición 2016.

³⁶ Rivera, Julio C.- Medina, Graciela “Código Civil y comercial de la Nación” Tomo II, pág. 675 y sgtes. La Ley 2015.

que ponga en peligro o transforme en inciertos los derechos patrimoniales del otro³⁷.

Pero como se advierte de los arts. 721 y 722, las facultades que se brinda a la jurisdicción permiten aludir a la inespecificidad de las medidas que allí se contemplan, en el sentido de que no coinciden con las que tradicionalmente contempla el Código Procesal, aunque permiten advertir que son diversas las facultades que se le brindan a la jurisdicción para una actuación preventiva, que ponga a resguardo los derechos e intereses tanto de cónyuges como de integrantes del grupo familiar.

Esta circunstancia por sí misma, permite advertir además que ya no pueden concebirse las medidas de esta índole sobre la base de los presupuestos que concibe el Código Procesal Nacional, razón ésta para contemplar otras alternativas en los sistemas que se diseñen al efecto.

Ejemplo elocuente de ello, es que son comunes en los usos forenses la sustanciación previa –con controversia- de las cautelares que se dicten en un proceso de esta índole, no solo por las personas afectadas, sino por las consecuencias que importa una decisión aún cautelar para quien resulte afectado por la medida.

La atribución del hogar conyugal es un ejemplo paradigmático de lo que llevamos dicho, pues sus efectos al proyectarse sobre un pronunciamiento de mérito importa un anticipo de jurisdicción que requiere una mirada mucho más

³⁷ Alterini, Jorge H. “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Tomo III, pág. 894/895, La Ley 2015.

afinada para su concesión, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁸.

10.- A MODO DE CONCLUSIONES PRELIMINARES

La característica que distingue al proceso de familia no está dada tanto por las formas que hacen a su desarrollo, o la conformación de su estructura, más allá de la importancia que ello tiene para el derecho procesal. Aquí es importante su sustancia, toda vez que lo que pretende el nuevo código al crear este nuevo rol para la jurisdicción, es evitar una decisión dirimente que señale que una parte resulta ganadora y otra perdedora, sino por el contrario, eliminar el conflicto componiendo los intereses de ambas partes en la inteligencia de encontrar un nuevo orden en su estructura familiar.

En este sentido enseña Chase, que la forma escogida por cada sociedad para el manejo de los conflictos es el resultado de una serie de elecciones que son conscientes e involuntarias que han sido realizadas desde sus condiciones de conocimientos, creencias y estructura social³⁹.

Así nos muestra que hoy en el mundo existen diversas formas de hacer justicia, por ejemplo hay lugares en el mundo que optan por el juicio por jurados, hay otros en donde se sigue una línea más tradicional en donde el proceso sigue siendo totalmente escrito, por oposición a otros en donde hay un fuerte predominio de la oralidad, con poderes suficientes al juez para implementar lo que se conoce como case management, pero esos sistemas

³⁸ Fallos 320:1633. Allí la Corte requiere de los jueces que sean mucho más cuidadosos al otorgar una cautelar que importe un anticipo de jurisdicción que se proyecta como una decisión favorable sobre aquello que puede ser la pretensión sustancial.

³⁹ Chase, Oscar J. ; Derecho, cultura y ritual, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 19.

conviven en la actualidad, debido al multiculturalismo, con otros sistemas en donde se respetan las pautas de justicia de pueblos originarios, o se mantienen influencias de la divinidad como forma de hacer justicia⁴⁰.

Con este Código, se deposita en la función jurisdiccional, y en la actividad de los operadores jurídicos, la misión de perfilar el sentido y destino de este nuevo ordenamiento. Inclusive, la Comisión redactora consideró “inconveniente una enumeración de principios y de valores por su carácter dinámico”.

Por eso consideramos adecuado interpretar que estamos frente a un código que está abierto. La cuestión sería ¿abierto a qué? Está abierto a la interpretación a que pueda ser completado a través de la labor que desarrollen los operadores jurídicos, en especial aquellos que deban cumplir la función jurisdiccional. Es un Código cuyo sentido lo vamos a encontrar en muchos aspectos, a través de la función jurisdiccional.

Esta es la impronta que le marcan sus primeros artículos, este es el diálogo de fuentes al que aludía la Comisión de Juristas que lo elaboró, y esta particularidad que lo distingue hace que jueguen diversos factores con un norte fundamental que no es otro que la razonabilidad, como guía para las decisiones que se generen a partir de su aplicación.

⁴⁰ Sirva como ejemplo la tribu Azande del centro de África a cuyo respecto Chase refiere que utilizan el oráculo benge para hacer justicia inoculándole una dosis mínima de veneno a un pollito para ver las consecuencias que genera y eso marca la “suerte” del imputado por un determinado hecho para decidir su culpabilidad o inocencia.

Se advierte así un alejamiento del positivismo legalista, y un acercamiento al pensamiento de la razón práctica, que se conoció también como “no positivista” o “principalista”.

En este sentido, por un lado tenemos, una creciente constitucionalización del ordenamiento jurídico, por el otro, se traslada el nervio central de la vida jurídica a la sentencia judicial, al poner el acento en “el caso” y obsérvese que esto se compadece con lo que señalamos al comienzo de este trabajo en cuanto al desenvolvimiento que había tenido desde el punto de vista legislativo y jurisdiccional el derecho de familia.

Dos de las notas características de este nuevo CCCN serían su “constitucionalismo” y su “judicialismo”. Ambas -en conjunto- derivan en una tercera nota, que es el resguardo de la persona como fundamento del ordenamiento jurídico⁴¹, más allá del cambio de paradigmas que el propio ordenamiento ha generado en diversas líneas⁴², precisamente como ésta que nos ocupa en el caso del proceso de divorcio, asumiendo la jurisdicción un rol componedor antes que dirimente.

Por eso, lo cierto es que proponemos que no sea este el tiempo de cerrar posiciones, de decir “esto está definitivamente bien”, o “definitivamente mal”, por el contrario, que sea un tiempo para intercambiar reflexiones, estudiar, repensar o descubrir los matices que requieran ajustes, porque también ahora es el tiempo en el que tendríamos que pensar y proponer las respuestas para crear

⁴¹ Ver Rabbi Baldi Cabanillas, Renato “Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del anteproyecto del Código Civil y Comercial de 2012”, en Rivera, Julio C. (director), Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p 23 y ss.

⁴² Vitolo, Daniel R., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado, Ed. Erreius, T. I, p. XXXIV.

en la realidad nuevos sistemas que puedan recepcionar la dinámica de esta nueva realidad, con los principios constitucionales, y con los que ahora surgen de este nuevo CCCN.

Ya no existe un estado de derecho meramente legislativo, sino que existe un estado constitucional de derecho, en donde los principios que emergen de nuestra Ley Fundamental y los Tratados internacionales de Derechos Humanos cobran un rol preponderante para valorar la letra de la ley.

Esa valoración se convirtió en una ponderación que lleva al intérprete a no poder desentenderse del contexto en el cual aplica la norma. No es suficiente aplicar la fría letra de la ley a través de una mera operación de subsunción jurídica, sino que ahora se requiere una ponderación mucho más acabada, a la luz de la Ley Fundamental y de los Tratados internacionales.

La opción que ejercimos como país al asumir el régimen representativo, republicano y federal a través del cual -entre otras cosas- perseguimos afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, nuestra posteridad y todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino, conviene detenerse y tenerlos en cuenta, para no perder de vista que en el derecho de familia es uno de los puntales o bases donde se apoya el desarrollo de toda sociedad.