



MONOGRAFÍAS DE ALUMNOS

Carina Mariana Ganuza

Abogada egresada en el año 1998 en la USAL

Escribana egresada en el año 2007 en la USAL

DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL - LEGISLACIÓN COMPARADA

En la legislación argentina se entiende al matrimonio como la unión de un hombre (varón) y una mujer con pleno y libre consentimiento expresado personalmente ante la autoridad competente para celebrarlo, conforme lo expresa el artículo 172 del Código Civil.

En una exposición más amplia y precisa, el Dr. Arturo R. Yungano¹ define al matrimonio como la unión legal de un hombre y una mujer con sentido de pertenencia y sobre la base de amor, asistencia y respeto recíprocos, sin perjuicio de su finalidad de procreación, la que no es, sin embargo objeto legal de esta institución.

En el año 2002, la comunidad homosexual en su lucha por el reconocimiento civil de la unión entre personas del mismo sexo, logró la aprobación de la ley N° 1.004 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; por la que se establece que las uniones de hecho, podrán inscribirse en un registro público exclusivo para uniones civiles, formadas libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual y acceder a ciertos beneficios, tales como: la extensión del beneficio de la obra social para empleados públicos municipales, licencias laborales por enfermedad de la pareja y subsidios o pensiones que otorgue el gobierno porteño. Los requisitos son residir en Capital y una convivencia de, al menos, dos años.

A diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, los integrantes de una unión civil no tienen derecho a heredarse en caso de muerte, ni podrán acceder a una pensión, o adoptar un hijo como pareja de hecho.

¹ Yungano, Arturo R., Manual Teórico Práctico de Derecho de Familia, 2da. Reimpresión, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1992.

A esta iniciativa se sumaron luego Carlos Paz y Río Negro que aún carecen de reglamentación. En Santa Fe, Chaco, Córdoba, Mendoza y Corrientes también hay proyectos similares presentados².

En el ámbito internacional, en Noruega, Suecia, Alemania, Islandia, Inglaterra, Dinamarca y Países Bajos ya existen uniones civiles y Bélgica es uno de los pocos países que tienen matrimonio homosexual, aunque nunca tuvo uniones civiles. Francia cuenta con un Pacto de Solidaridad, pero no es algo específico para parejas. España permite los casamientos homosexuales desde 2005. También se suman a la lista Canadá, donde se permite el matrimonio, y nueve estados norteamericanos que cuentan con uniones civiles.

En América latina, hay uniones en la ciudad de México, y a fines de 2007 la unión civil se aprobó en Uruguay; no siendo así en Colombia, Chile y Brasil, donde están comenzando a debatir la cuestión

Ahora bien, más allá de la implicancia que el reconocimiento de estas uniones civiles puedan tener en un futuro; lo cierto es que no tienen validez como tales dentro de la República Argentina, sino sólo dentro del paraguas que algunas ciudades o provincias le han reconocido dentro de su jurisdicción; y por tal razón, y salvo el más elevado criterio de nuestro poder judicial, la figura del divorcio vincular no es aplicable, en principio a este tipo de uniones.

Frente a la ruptura del matrimonio, desavenencias que tornen imposible la convivencia o su disolución, nuestro Código Civil contempla dos posibles soluciones; tales, la separación personal y/o el divorcio vincular, y en ambos casos con sistema causado o de presentación conjunta de los cónyuges, es decir, de común acuerdo.

La diferencia sustancial que presentan ambos estados de familia radica en el hecho de que mientras en el divorcio vincular existe disolución del vínculo matrimonial con la consiguiente facultad de contraer nuevas nupcias, no ocurre lo mismo en la separación personal sino hasta que se destruya el vínculo anterior.

Las acciones para alcanzar los estados enunciados, se tramitan en sede judicial, es decir, la instancia jurisdiccional, sea con sistema causado o por mutuo acuerdo, debiendo transcurrir en este último caso, un límite mínimo de dos o tres años en cada caso, separación personal o divorcio vincular, desde que se celebrara el matrimonio para iniciar cualquiera de las dos acciones.

En otros países como Chile, Bolivia, España, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, Venezuela, Santo Domingo, Costa Rica, para que el divorcio sea válido es necesario haberlo tramitado en sede judicial, o en algunos de ellos, en sede administrativa con la posterior homologación judicial.

Respecto de la naturaleza del matrimonio, las posiciones doctrinarias están encontradas, ya que para algunos encuadraría en la definición de contrato, en los términos del artículo 1137 del Código Civil, es decir, declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos de las partes, por lo que las partes podrían dejarlo sin efecto de común acuerdo; y para otros, estaríamos en presencia de una institución, en donde si bien los

² <http://www.rosario3.com/noticias/noticias>.

cónyuges prestan su consentimiento para la celebración, todos los derechos están fijados por la ley y las partes no pueden apartarse de estas prescripciones de orden público; siendo asimismo necesaria la intervención de un oficial público para que integre el acto y se lo considere válido.

Los fines del matrimonio también son específicos, ya que, como expresa Borda³ se propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos; es un elemento vital de la sociedad; es, en fin, una institución.

Con la ley N° 17.711 del año 1968 se introdujo la separación por presentación conjunta, que permitió a los cónyuges, a través de un procedimiento simple y breve que eliminaba toda necesidad de pruebas, pedir de común acuerdo la separación.

Borda⁴ señala que la aplicación práctica del sistema demostró su acierto, ya que la gran mayoría de los juicios por separación tramitaron de común acuerdo, resolviéndose con mayor facilidad los problemas inherentes a toda separación y particularmente los alimentos, su cuantía, la tenencia y régimen de visitas de los hijos, la atribución del hogar conyugal e inclusive, la partición de los bienes de la sociedad conyugal; ya que muchas veces el divorcio contradictorio contribuye a fragmentar más una familia fragmentada, incrementando el rencor y la agresión, y disminuye la tolerancia y la posibilidad de perdonar, según el decir de Cárdenas citado por Borda.

La ley faculta a las partes para celebrar acuerdos pero de modo alguno los obliga. De manera tal que la falta de acuerdo sobre estos temas no impide la presentación conjunta, ya que respecto de la falta de acuerdo sobre la tenencia y régimen de visitas de los hijos, atribución del hogar conyugal y régimen de alimentos, la cuestión deberá tramitarse por vía de incidente; y respecto de la división de bienes de la sociedad conyugal, por vía sumaria.

Sin embargo en el sistema jurídico argentino, habiendo acuerdo de partes, el juez tiene amplias facultades para objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, afectaren gravemente, los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. El Dr. Yungano⁵ observa respecto de este punto, que el magistrado debe limitarse a tener la certeza de que la decisión tomada por aquél ha sido con plena libertad, sin ningún tipo de presiones y con el asesoramiento letrado requerido directamente por el interesado.

Un importante fallo de la Sala D de la Cámara Civil de la Capital Federal⁶ ha puesto en tela de juicio esta potestad, manifestando que la ausencia de una conflictiva concreta en derredor de estos puntos determina que toda cuestión vinculada a los menores queda cubierta por la autoridad de los padres, y agregó que una invasión o una demasía de los poderes del Estado en dicho sentido, configuraría un dirigismo familiar vulneratorio de garantías esenciales amparadas por la Constitución Nacional, tales como la libertad, la privacidad y aun la propiedad.

³Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil – Familia. Abeledo Perrot, 1993.

⁴ Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil – Familia. Abeledo Perrot, 1993.

⁵ Yungano, Arturo R., Manual Teórico Práctico de Derecho de Familia, 2da. Reimpresión, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1992.

⁶) C. Civil Cap., Sala D, 25/3/1987, E.D., t. 124, p. 542; id., Sala D, 19/12/1988, L.L., fallo n° 87.517

Aún así, es obligatoria en el proceso de separación o divorcio vincular, la intervención del Ministerio Pupilar si hubiera hijos menores de edad o si alguno de los cónyuges lo fuere; ya que la seguridad de los menores es preocupación permanente del Estado; no existiendo doctrina y jurisprudencia uniforme respecto de la intervención obligatoria del Ministerio Fiscal, en los términos de la normativa vigente en la actualidad.

Teniendo en cuenta las consideraciones previas, resulta interesante el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior implementado en Colombia, Cuba, Ecuador, Brasil y recientemente en Perú, en sede notarial, con algunas diferencias sustanciales en dichos sistemas.

Tanto en Brasil como en Ecuador, el divorcio en sede notarial es admitido siempre y cuando no existiesen hijos menores de edad, hijos bajo su dependencia o incapaces. Esto es así, por cuanto en ambos países se refuerza la naturaleza jurídica del matrimonio como un contrato solemne. Entonces el matrimonio como cualquier otro contrato, se puede extinguir por mutuo acuerdo.

El procedimiento establecido en sede notarial es el mismo que puede tener cualquier acto, contrato o negocio jurídico que se otorgue mediante escritura pública. El notario verificará previamente todos los extremos invocados por las partes con la correspondiente documentación respaldatoria, es decir, certificado o libreta de matrimonio, certificado de nacimiento de los hijos, en su caso, para demostrar su existencia o mayoría de edad, documentos de identidad de los cónyuges, o declaración jurada de ambos en el sentido de la inexistencia de hijos.

En Colombia, Ecuador y Cuba a diferencia del resto de los países mencionados, los cónyuges deben efectuar la rogatoria mediante solicitud de divorcio, en algunos casos presentada por abogado, invocando todos los extremos, acompañando prueba documental, como también el acuerdo de los cónyuges respecto del régimen de patria potestad, guarda, alimentos y visita de los hijos menores, régimen de pensión alimentaria de los cónyuges, el destino de los bienes que conforman la comunidad matrimonial de bienes, etc., como también la observación efectuada por el Defensor de Menores respecto del acuerdo de los cónyuges con respecto a éstos.

Se contempla también que el divorcio se instrumente en escritura pública y se registre una vez otorgada ante el Registro Civil respectivo, dejando debida constancia en la Libreta de matrimonio de los cónyuges.

Colombia es uno de los países que legisla sobre la intervención del Defensor de Familia, cuando hubiere hijos menores de edad. Los cónyuges presentan al notario el acuerdo sobre los regímenes atinentes a los hijos menores, y éste da traslado de dicho acuerdo al Defensor para que en el plazo de quince días siguientes a la notificación lo observe y emita su concepto. Si el defensor no emite concepto, el notario autorizará la escritura pública de divorcio, teniendo como válido el acuerdo al que llegaron los cónyuges. Ahora bien, si observa el acuerdo, los cónyuges deberán aceptar las modificaciones sugeridas e incluirlas en el acuerdo, de lo contrario se los tendrá como que han desistido del otorgamiento de la escritura.

Considero que la implementación del divorcio en sede notarial, siempre y cuando esté reglamentado por la ley, tomando al matrimonio como una institución; en el que se

debe tener en cuenta al momento de disolverlo, la necesidad de resguardar y preservar los derechos y bienestar de los hijos menores y la unidad y armonía familiar, como base de formación de nuestra sociedad; puede ser en nuestro país, un procedimiento válido y facilitador; toda vez que permite que el divorcio sea un proceso más simple y pacífico, y por ende menos traumático para cada uno de los miembros que conforman la familia, reduce notablemente los plazos de tramitación del mismo, otorga la solemnidad, seguridad jurídica y discreción que dicho proceso requiere, como también contribuye a descomprimir el sistema judicial, que tiene jurisdicción específica en procesos contradictorios.

Mercedes Salazar Puente de la Vega, notaria peruana hace referencia en su trabajo sobre el Divorcio en Sede Notarial, al notario cubano Leonardo Pérez Gallardo que expresa “la judicialización del divorcio obedece más a razones históricas, fruto de una época en que jurisdicción y administración estaban encomendadas a jueces, que a la propia esencia de esta institución. No ofrece más garantías un juez que otro funcionario, como pudiera ser un Notario, a quien el derecho le atribuya funciones controladoras y fiscalizadoras del cumplimiento de la legalidad...El notario al intervenir en el divorcio, lo haría como creador del nuevo derecho preventivo, controlando la legalidad de los acuerdos entre los cónyuges, sin contradicciones, ni lesión de los intereses de los hijos menores, ni de uno de los cónyuges, de modo que la escritura pública de divorcio esté apta para el tráfico jurídico, garantizando la debida publicidad del acto, sin el coste personal y patrimonial que un largo y tortuoso proceso de divorcio en sede judicial causa a todos los implicados en él”.

Debemos tener en cuenta que en el ejercicio de la función notarial, el notario da seguridad, valor y permanencia a los hechos y actos jurídicos, logrando con su intervención imparcial la correcta interpretación de la voluntad de las partes. La imparcialidad del notario, intrínseca en su función, otorga la garantía de acuerdos justos y equitativos sobretodo respecto de los hijos menores de edad.

El notario, como profesional del derecho, conoce el Derecho de Familia, por tanto, el ejercicio de su función se encuentra garantizado, siempre y cuando, sepa exigir el cumplimiento de los requisitos formales que la ley en forma expresa le impone observar.⁷

⁷ Salazar Puente de la Vega, Mercedes. Divorcio en Sede Notarial, Perú.