

Matrimonio y divorcio ante notario

Por Esc. Horacio VITALI (Entre Ríos)

PRELIMINAR: NOTA ACLARATORIA:

Ponemos en conocimiento del distinguido lector de la presente ponencia que el pasado 01 de octubre de 2014, el Honorable Congreso de la Nación Argentina sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, sobre la base del Proyecto o Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 2012.-

Es por esta circunstancia que, cuando en este trabajo se haga referencia al:
1) Código Civil o Código vigente, o sistema legal o sistema normativo argentino: nos referimos al Código Civil argentino en vigor desde 1871, que ha sufrido diferentes modificaciones parciales, en vigor a la fecha de redacción de este trabajo y que dejará de regir el 01 de enero de 2016.

2) al Nuevo Código Civil y Comercial Unificado o Código Civil y Comercial 2014: nos referimos al código civil y comercial unificado sancionado el pasado 01/10/2014, y que entrará a regir el 01/01/2016.-

PONENCIA.

1.- En notariado debe visualizar y tomar conciencia de los grandes cambios sociales y de paradigmas que se están produciendo y que buscan tener anclaje normativo.

2.- Las presuntas nuevas incumbencia no son el producto de una búsqueda por parte del notariado, sino consecuencia de una necesidad de los cambios socio culturales.

3.- El matrimonio y el divorcio han alcanzado cotas de laxitud y desacralización tal que se han convertido en verdaderos contratos y distractos, dentro de los cuales el acuerdo patrimonial de bienes y sus modificaciones es uno de sus contenidos.

4.- Tanto el matrimonio como el divorcio no pueden ser rescatados para la competencia material del notario sin la conquista de los acuerdos pre matrimoniales y sus modificaciones.

5.- El notario concentra para ello una infraestructura material, formación profesional y potestad funcional formalizadora única.

6.- La lucha del notariado por tales incumbencias es en primer lugar político legislativa, y en segundo lugar mediante una labor de propaganda y difusión de las ventajas que ostenta como operador jurídico.

Introducción.

Capítulo I.

1. La celebración del matrimonio en Argentina. Breve síntesis histórica

1.1. De la secularización del matrimonio a la ley de divorcio.

Capítulo II.

1. Los oficiales públicos y los oficiales del registro civil.

1.1. Función fedante y razones de la competencia material excluyente del oficial del registro civil.

Capítulo III.

1. Ventajas e inconvenientes coyunturales del matrimonio y divorcio en sede notarial.

1.1. Acuerdo sobre el régimen de bienes y sus modificaciones como eslabón de engarce.

Conclusiones.

Matrimonio y divorcio ante notario.

Introducción.

El tema que nos ocupa sin lugar a dudas está dentro de las posibilidades concretas de inclusión como incumbencia de la actividad notarial. Sin embargo conspiran para su concreción razones de variada índole.

En primer lugar, si tomamos al matrimonio aisladamente, veremos que habiendo un funcionario dentro de la estructura burocrática a sueldo del Estado como es el oficial del registro civil, las dificultades de hacer del matrimonio una incumbencia remunerable se desvanece. Por su parte, si pensamos en el divorcio, los jueces suelen ver con favor la intervención no contenciosa de los notarios, pero los abogados ven en ello una invasión a sus incumbencias.

La situación no es fácil por cierto. Sin embargo el eje fundacional de abarcar ambas incumbencias se encuentra en la inclusión de otra: los acuerdos prematrimoniales y sus modificaciones. Para ello el notario no solo goza de una estructura operativa calificada, sino también de una formación sólida como asesor jurídico, acompañada de una potestad fedante como oficial público, todo lo cual lo privilegia respecto a otros jurisperitos.

Conforme a los argumentos que habremos de sostener, consideramos que, al menos en Argentina, el paso “natural” para logro de incumbencias asignadas a otros funcionarios y jurisperitos (Matrimonio y divorcio) lo da la concreción legislativa de normas sobre acuerdos prematrimoniales y sus modificaciones.

Capítulo I

1. La celebración del matrimonio en Argentina. Breve síntesis histórica Es bien conocido el protagonismo que la Iglesia ha tenido en la historia humana, por razones sacramentales respecto a la registración de nacimientos, matrimonios y defunciones¹.

La influencia española y luego la independencia en nuestro país siguió conservando el influjo mayoritario del culto católico. Agrandes rasgos podemos decir que los Registros parroquiales de nacimiento de personas, bautismos, casamientos y defunciones, seguían conservando su vigencia en épocas del código civil. Con posterioridad se fueron creando, -no sin resistencia de la Iglesia-, los denominados Registros Gemelares, (por el cual los municipios llevaban uno paralelo con el de las parroquias) hasta que finalmente en el año 1884 se logra el texto fundamental de la Ley de Registro Civil.

El influjo inmigratorio, la diversidad cultural y religiosa obligaron a la secularización de los registros. Inaugurado el Registro Civil, el primer matrimonio se celebró una 12 de Agosto de 1886².

1.1. De la secularización del matrimonio a la ley de divorcio. El Código Civil de 1869 y luego la ley de Matrimonio Civil establecían la indisolubilidad del vínculo matrimonial en nuestro país. El divorcio estaba permitido, pero solo por causas taxativamente enumeradas, admitiendo la separación física de los cónyuges pero sin restitución de la aptitud nupcial.

La tradición y la influencia religiosa en el Estado hacían sentir su peso en la política y el derecho nacional. El primer estigma de los cambios que con el transcurrir del siglo XIX se avecinarían fue la ley 14.394/54, denominada “ley ómnibus” que legisló sobre tres cuestiones: 1)- edad punitiva de los menores; 2)- ausencia del cónyuge

¹ En noviembre de 1563 se celebraba la XXIV Sesión del concilio de Trento, que dispuso las normas para el establecimiento de registros parroquiales de los pobladores. A partir de allí, se impuso como obligación de la Iglesia Católica del mundo incluida América, la creación de registros parroquiales. Las parroquias debían contar con cinco libros o divisiones: Bautismos, Confirmaciones, Matrimonios, Entierros y Padrones.

² La primera ley provincial en garantizar el matrimonio se dictó en la Santa Fe en septiembre de 1867, durante el Gobierno de Nicasio Oroño. Este fue el primer intento de secularización que le valió la excomuniación al gobernador Oroño, su renuncia y la derogación de la ley. Tuvieron que pasar veinte años hasta que el código civil se modificara y se instaurara el matrimonio civil.

con presunción de fallecimiento y 3)- el bien de familia. Esta ley además dejaba deslizar en su artículo 31 el divorcio vincular para los casos de ausencia con presunción de fallecimiento, y también para los casos en que hubieran obtenido la separación de cuerpos con al menos un año de antelación.

En 1955 se da el golpe de estado de la denominada “Revolución Libertadora” y en el año 1966 se derogan los artículos que permitían el divorcio. Fue recién en 1987, por la Ley 23.515, que finalmente se legisló en Argentina sobre divorcio vincular absoluto.

Capítulo II

1. Los oficiales públicos y los oficiales del registro civil. La función fedante o potestad de decir de decir los hechos en forma coetánea con carácter auténtico, esta atribuida a un sinnúmero de funcionarios, más precisamente a *oficiales públicos*, v.gr: Secretarios judiciales, Oficiales del Registro Civil o el propio Notario. La potestad autenticante o función fedante es idéntica para cada uno de ellos, variando sólo la competencia material.

Para nuestro legislador, el escribano público es el oficial público nato, es decir, aquel que goza de una competencia material amplia, en contraste con otros funcionarios con iguales funciones, como son los secretarios de juzgados u oficiales de registro civil que gozan de una competencia más restringida o acotada³.

Otro elemento caracterizante del notario es que, no obstante el nombramiento estatal, opera fuera de su estructura burocrática y no es empleado del Estado, cumpliendo además una función asesora en lo que en doctrina se denomina “quehacer profesionalista”.

³ Dice Vélez Sarsfield en la nota al artículo 997 del Código Civil: "Por el Derecho Español había oficiales públicos que sólo ellos podían extender escrituras relativas a las cosas municipales, y se llamaban escribanos de cabildo. Los archiveros públicos son también como escribanos públicos, los únicos que pueden dar copia en forma de los actos que se hallen en los archivos públicos. Así, las leyes y las ordenanzas municipales pueden crear oficiales públicos sin el carácter general de escribanos, ante quienes pasen algunos actos jurídicos especiales." Como puede observarse, para nuestro codificador junto con otros oficiales públicos, el escribano es el oficial público por excelencia, o con potestades más amplias.

Los Oficiales del Registro Civil, por las razones de índole histórica apuntadas precedentemente, gozan de una competencia material exclusiva no delgada al notario. Operan a sueldo y dentro de la estructura burocrática del Estado⁴.

1.1. Función fedante y razones de la competencia material excluyente del oficial del registro civil. ¿Cuál es el motivo por el cual los notarios están excluidos de celebrar matrimonios? Reiteramos que ninguno, -en términos funcionales-, impediría que los notarios celebrasen matrimonios, pero para ello es menester una ley que amplíe su competencia material para realizarlos.

Las razones de que no estuvieran incluidos son sin duda de índole histórica, obedecen al origen netamente religioso y extrapatrimonial que tenía el matrimonio en sus comienzos⁵. Si queremos comprender mejor lo que decimos, no debemos olvidar el criterio que inspiró a nuestro legislador en cuanto al régimen de la sociedad conyugal⁶.

⁴ Sobre el carácter funcionarista del notario y su vinculación con otros funcionarios u oficiales públicos pueden consultarse: José Carlos Carminio Castagno, *Teoría general del acto notarial y otros estudios*. Tomo I. Edición del autor. Año 2006. Pág. 97.

⁵ No obstante las consecuencias patrimoniales que genera el vínculo.

⁶ En la nota al Título II del Código Civil se lee: "Casi en todas las materias que comprende este título, nos separamos de los códigos antiguos y modernos. Las costumbres de nuestro país por una parte, y las funestas consecuencias por otra, de la legislación sobre los bienes dotales, no nos permiten aceptar la legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas, y nos ponen en la necesidad de evitar los resultados de privilegios dotales. Comenzaremos por el contrato del matrimonio. En Europa no hay matrimonio que no sea precedido de un contrato entre los esposos, tanto sobre los bienes respectivos, como sobre su administración; derechos reservados a la mujer, limitaciones a la facultad del marido, renuncia o modificaciones de los beneficios de la sociedad conyugal, etc. Por la legislación romana puede decirse que no tenía límites la facultad que se permitía a los esposos, para reglar entre ellos su estado futuro. "Quodcumque pactum sit, dice el Digesto, id valere manifestissimum est" (L. 48, tít. 14, lib. 2, Dig.). Podían contratar aún después de celebrado el matrimonio (L. 1, "íd") y alterar el primero y ulteriores contratos (LL. 1, tít. 4 y 72, § 2, tít. 3, lib. 23, Dig.). Las leyes españolas dejaban también a los esposos hacer las convenciones que quisieran, y esos pactos eran civilmente eficaces: "El pleito que ellos (los esposos), dicen las leyes de Partidas, pusieron entre sí, debe valer en la manera que se avinieron antes que casasen cuando casaron". LL. 24 y 30, tít. 11, Part. 4ª. Desde el primer momento debían sentirse las consecuencias de tales facultades, y vinieron muchísimas leyes a prohibir aquellas convenciones que deprimiesen el poder del marido, o que versasen sobre el divorcio de los cónyuges, o que alterasen los

El matrimonio en consecuencia no tenía visos de contrato, y el carácter sacramental, no obstante la secularización, se mantuvo mediante un régimen de indisolubilidad a través de la proscripción del divorcio.

La apertura comienza a perfilarse a comienzos de siglo XIX, con leyes que establecen la igualdad jurídica del hombre y la mujer, mas adelante la ley de divorcio, y en este siglo, la Ley de matrimonio igualitario.

Puede observarse que el concepto de familia nuclear también comienza a reformularse, la familia no es vista como una consecuencia del matrimonio, sino que el eje pasa a la presencia o no de hijos. La afirmación colectiva de que “la familia son los hijos”, pone en evidencia el carácter cada vez más contractual de las uniones matrimoniales. En otras palabras, estamos ante una ostensible patrimonialización del vínculo matrimonial.

Es ostensible el apego y desapego cada vez más flexible de los afectos, la sociedad ya no se aferra como antes por razones morales o religiosas o por mandatos sociales o familiares a la conservación de un vínculo que se haga insostenible. En épocas de “amor liquido”, hasta el divorcio tradicional se vuelve engorroso y se lo pretende agilizar a través del denominado “divorcio express”. Sumemos a ello la situación del matrimonio igualitario que, ha nacido de una necesidad de organización económico patrimonial incontestable⁷.

privilegios de los dotes, o la sucesión hereditaria, o las que dispusiesen sobre la tutela o emancipación de los hijos, leyes que fueron el origen de pleitos que disolvieron los matrimonios y las familias. Esas leyes no han sido necesarias en la República, pues nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y si su falta no hace menos felices los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país; cuando por otra parte las leyes no alcanzarían a variarlas, y quedarían éstas desusadas, como han quedado las que sobre la materia existen hasta ahora. La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y para el derecho de terceros.”

⁷ La evidencia histórica demuestra que no es ni el matrimonio ni el amor libre la garantía de la felicidad. Pero los cambios sociales al igual que la política se los puede reprimir, pero no se los puede suprimir, y tarde o temprano buscan reflejo normativo o legal. Un signo evidente de los profundos cambios en las relaciones de pareja, -y que han transformado la visión clásica que se tiene del matrimonio-, son las lecturas de la realidad que los sociólogos plasman

Todo ello denota profundos cambios de costumbres y paradigmas sociales. Es esta situación sociológica y su repercusión jurídica, la que imperceptiblemente le ha “revelado” al notariado la importancia de su protagonismo. Son estos cambios los que han abierto la posibilidad de una nueva incumbencia, intuyendo que cuentan con una infraestructura material, una sólida formación como jurisperito y una potestad funcional que lo pone en una posición única que aventaja a cualquier otro operador del derecho.

Pero no debemos engañarnos, si meditamos con objetividad, el matrimonio y el divorcio comenzaron a ser apenas hace algunos años una posible incumbencia para el notariado argentino, y las razones no las debemos buscar en una “epifanía” de la que no nos habíamos dado cuenta hasta ahora. Son los cambios sociales los que abren paso a una nueva incumbencia notarial, y no al revés.

Al parecer la modernidad afianza día a día una visión económica y desacralizada de ambos institutos. El notariado está ante un desafío, cuestionar esta visión o reconocerla y aceptarla. A fin de cuentas la realidad irá hacia delante de todos modos, sea acompañada por el notariado, dando la espalda al notariado o en contra del notariado. De nosotros depende.

en sus textos. Zygmunt Bauman refiere al respecto: “A la gente joven que nació, creció y llegó a la adultez con el cambio de siglo también le resultará familiar, e incluso obvia, la descripción que Anthony Giddens ha hecho de la “relación pura”. En la actualidad, la “relación pura” tiende a ser la forma predominante de unión humana, que se establece “por lo que cada persona puede obtener” y es “continuada sólo mientras ambas partes piensen que producen satisfacción suficiente para que cada individuo permanezca en ella”. Según la descripción de Giddens, la actual “relación pura” no es, tal como fue antes el matrimonio, una “condición natural”, cuya durabilidad se daba por hecho salvo ciertas circunstancias extremas. Uno de los rasgos de la relación pura es que puede ser concluida, más o menos a voluntad, por cualquiera de las dos partes en cualquier momento en particular. Para que una relación tenga posibilidad de durar, es necesario el compromiso; sin embargo cualquiera quien se comprometa sin reservas corre el riesgo de resultar gravemente dañado en el futuro, en caso de que la relación fuera disuelta. El compromiso con otra u otras personas, particularmente un compromiso incondicional, y más aún un compromiso del tipo “hasta que la muerte nos separe”, en las buenas y en las malas, en la riqueza o en la pobreza, se parece cada vez más a una trampa que debe evitarse a cualquier precio.” Confr. Zygmunt Bauman. *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Fondo de cultura económica. Buenos Aires. Año 2010. Pág. 119 y sig.

Capítulo III

1. Ventajas e inconvenientes coyunturales del matrimonio y divorcio en sede notarial.

Hemos dicho que el notariado goza de las mejores chances para rescatar para su competencia material las incumbencias del matrimonio y el divorcio.

Pero el matrimonio es apenas un contrato y el divorcio su disolución. Lo esencial está dentro de ambos extremos y es el régimen patrimonial de bienes y sus modificaciones los que deben ser rescatados para la incumbencia notarial. Dado esto, el matrimonio y el divorcio viene por añadidura.

Pretender el matrimonio y el divorcio por sí solos, es una ingenuidad técnica y política. Técnica, porque el matrimonio hoy no depara costos y en ello la sociedad seguirá prefiriendo su realización por ante oficiales del propio Estado. Política, porque el divorcio es una incumbencia que los abogados difícilmente sacrifiquen sin una razón necesaria.

La razón suficiente, reiteramos la dan los acuerdos pre matrimoniales, a los cuales la sociedad argentina se avoca como una consecuencia irrefrenable. La batalla está en esa incumbencia intermedia. La infraestructura con la que cuenta el notariado es inigualable, la formación profesional es arto suficiente y la potestad pública su coronación.

1.1. Acuerdo sobre el régimen de bienes y sus modificaciones como eslabón de engarce. Lo apuntado precedentemente corona de manera lógica con la necesidad de un acuerdo sobre el régimen de bienes. El nuevo Proyecto de reforma al Código Civil y Comercial, es la evidencia palpable de la fuerza sociológica modificante de los institutos apuntados⁸.

Más allá de los grandes defectos que presenta el proyecto, su prospectiva denuncia los cambios de conciencia social y sus pretensiones normativas. De triunfar el

⁸ El proyecto en el Título 2, del Libro Segundo, que habla de las relaciones de familia, y regula todo lo referente al “Régimen patrimonial del matrimonio” y en particular en la sección 1º, habla de las Convenciones matrimoniales. El artículo 448 prevé expresamente la intervención del notario. Dice el artículo: “Forma. Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. ...-”

proyecto y convertirse en ley, el carácter contractual y económico del matrimonio no será una “inmoralidad”, será un hecho y más aún, un hecho jurídico.

Veremos llegar inevitablemente que la función del oficial del registro civil reclamará ser algo más que un acto romántico, para demandar la presencia asesora de jurisperitos que anticipen, celebren y resuelvan los problemas del matrimonio. Allí deberá estar el notario sin dudas pues sobre la base asesora de lo patrimonial, formalizará la unión y en caso de ruptura, será quien dirija y distribuya los bienes conforme lo acordara oportunamente.

Conclusiones y PONENCIA.

1.- En notariado debe visualizar y tomar conciencia de los grandes cambios sociales y de paradigmas que se están produciendo y que buscan tener anclaje normativo.

2.- Las presuntas nuevas incumbencia no son el producto de una búsqueda por parte del notariado, sino consecuencia de una necesidad de los cambios socio culturales.

3.- El matrimonio y el divorcio han alcanzado cotas de laxitud y desacralización tal que se han convertido en verdaderos contratos y distractos, dentro de los cuales el acuerdo patrimonial de bienes y sus modificaciones es uno de sus contenidos.

4.- Tanto el matrimonio como el divorcio no pueden ser rescatados para la competencia material del notario sin la conquista de los acuerdos pre matrimoniales y sus modificaciones.

5.- El notario concentra para ello una infraestructura material, formación profesional y potestad funcional formalizadora única.

6.- La lucha del notariado por tales incumbencias es en primer lugar político legislativa, y en segundo lugar mediante una labor de propaganda y difusión de las ventajas que ostenta como operador jurídico.