

XVI Jornada Notarial Iberoamericana

La Habana, Cuba, 23 al 25 de Noviembre de 2.014

Tema III

“MATRIMONIO Y DIVORCIO ANTE NOTARIO”



Coordinadora Internacional: Licenciada Mayra Veliz (Guatemala)
Coordinadora Nacional: Escribana María Marta L. Herrera (Argentina)

“MATRIMONIO Y DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL”

Autora: Notaria Patricia Elena Trautman (Argentina)

Delegada de Trabajo por el
Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

En colaboración con:

Notaria Cecilia Inés Barás (Argentina)
Colegio de Escribanos de la Provincia de Mendoza

Escribana María Marta Luisa Herrera (Argentina)
Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Escribana Patricia Adriana Lanzon (Argentina)
Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires



MATRIMONIO Y DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL

I.- MATRIMONIO Y FAMILIA - CONCEPTO TRADICIONAL Y AMPLIADO

La institución familiar desde antiguo ha sido objeto de protección especial por parte del estado por constituir su célula básica y fundamental. Es evidente, que aun los nuevos paradigmas sociales, que imponen formas de vínculos familiares basados en lazos no ortodoxos, no escapan a esa regla.

Se destaca en doctrina la noción clásica de matrimonio, conceptualizada como unión legal de un hombre y una mujer tendiente a constituir una comunidad de vida reglada por un sistema jurídico. Mas allá del concepto sociológico o psicológico, la familia tiene una importancia jurídica, que se determina por los derechos y obligaciones que la ley establece para las conductas humanas en relación intersubjetiva. Durante siglos la preocupación principal del legislador fue la de garantizar la estabilidad de la familia y del matrimonio, que consideraba fundamento del orden social. Para lograr el objetivo impuso reglas rígidas: la indisolubilidad del vínculo, la jefatura del hogar en cabeza del marido, padre de familia y la discriminación de la familia fuera del matrimonio.

La rápida evolución y modificación de los hábitos sociales y de los valores y reglas de la moral social, han generado cambios socioculturales: Las uniones de hecho, la flexibilización del divorcio vincular, el aumento de la tasa de divorciabilidad, las familias ensambladas, la paternidad extramatrimonial unida a la legitimidad de dicha filiación, las técnicas de fertilización asistida, la incidencia del sector social homosexual, entre otros factores, han contribuido al cambio de paradigma, en materia familiar. Por ello, la noción de familia es más amplia que la adscripta al concepto de institución matrimonial. Así la familia nuclear tradicional se ha complementado con otros conceptos de familia monoparental, homoparental, ensambladas, de hecho, sin hijos, etc.

En este proceso de cambios de paradigmas, la Comisión creada por el decreto presidencial 191/2011, presentó “El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012“, transformado en ley el 1º de octubre de 2014 después de un largo camino legislativo, con observaciones presentadas a la Comisión Bicameral por la comunidad interesada y fuertemente cuestionado por acciones judiciales de inconstitucionalidad, cuya suerte se dirimirá en futuro próximo. Entre sus fundamentos se expresan la adhesión a los principios de igualdad, libertad y solidaridad en el ejercicio de los derechos humanos, caracterizándolo

como un código con identidad cultural latinoamericana, expresión de la constitucionalización del derecho privado, se lo define como un código de igualdad, basado en un paradigma no discriminatorio de los derechos individuales y colectivos, entendiendo a la libertad como eje central del sistema de derechos en el desarrollo del proyecto de vida autorreferencial en las relaciones familiares. Amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio, entendiendo que la mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional en materia de derechos humanos. En él, se plantean serias reformas en el derecho de familia y se propicia un avance en el grado de injerencia de la autonomía de la voluntad en ese ámbito. Ejemplos de ellos son la posibilidad de elección del régimen patrimonial matrimonial a que los cónyuges se sujetarán, estableciendo solo con carácter supletorio el régimen de comunidad de ganancias, para el caso de que los futuros contrayentes no eligieran el régimen de separación de bienes, así como la supresión del deber de cohabitación y fidelidad y la regulación de las uniones convivenciales.

De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges y la necesidad de que ellos sean los verdaderos protagonistas también en la ruptura de su matrimonio, se consigna la necesidad de incorporar al proceso de divorcio, un convenio regulador, que puede ser acordado por las partes o, cuando se trata de un divorcio unilateral surgido de una propuesta; debe referirse a cuestiones tales como el ejercicio de la responsabilidad parental, atribución de la vivienda, distribución de bienes, eventuales compensaciones económicas, postulándose el divorcio objetivo, sin expresión de causas que lo motivan.

Las modificaciones de fondo mencionadas producen también transformaciones en el plano procedimental. En efecto, se suprimen varias de las reglas que prevé el Código Civil en el artículo 236, entre otras, las facultades judiciales de conciliación y la doble audiencia en un plazo de tiempo determinado.

II.- ORDEN PUBLICO Y AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD - EL ESTADO FRENTE A LA INSTITUCION MATRIMONIAL Y EL DIVORCIO

En el desafío de la regulación de ambos institutos convergen dos principios rectores como son el orden público y la autonomía de la voluntad.

El orden público es concebido como la forma tuitiva de garantizar el ejercicio de los derechos subjetivos que al estado le resultan relevantes. Es decir, al estado le interesa la

regulación del status familiar, dejando librado a la autonomía de la voluntad todo aquello que depende de su génesis o de su disolución.

La mayor ingerencia de uno de estos principios, deja menor margen para el desarrollo del otro. En este orden, las legislaciones comparadas dan mayor o menor injerencia a uno u otro componente, dependiendo de su historia, sus intereses o prospectivas. Así en algunas, el matrimonio y el divorcio, orientan su preceptiva con exclusividad en la jurisdicción administrativa y judicial, respectivamente. En otras, observamos que ambas sedes han sido complementadas con el ejercicio de la función notarial, con clara ventaja para el ciudadano que requiere estos servicios.

En Argentina, a pesar de la vasta doctrina y de algunos proyectos legislativos sobre el tema, todo lo escrito ha quedado en el camino y el cambio aun no se ha producido, considerando que la oportunidad legislativa de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial 2012 no ha avanzado en esta directriz.

Es así, como en nuestro derecho la celebración del matrimonio se realiza en sede estrictamente administrativa, ante un funcionario del registro civil, a quien el estado ha investido de la competencia material necesaria para ello, dependiendo de una estructura burocrática y funcional, inscribiendo el mismo en asientos registrales que practica al efecto, mediante la confección de las actas respectivas, todo ello en sedes administrativas generalmente con deficiente infraestructura y escasos recursos humanos.

El divorcio, en cambio, es estrictamente judicial: Exista o no causa para el mismo, acuerdo o desacuerdo sobre el asunto, descendencia mayor o menor de edad, consenso o discrepancia sobre la liquidación y partición de los bienes o sobre la atribución del hogar familiar; hace que todo requiera de la competencia judicial.

Tan necesaria resulta la intervención judicial que so pretexto de determinar la culpabilidad de los cónyuges, pues así lo impone la norma, es que los cónyuges con la finalidad de agilizar el proceso de divorcio, se atribuyen recíprocamente las causas del mismo con imputación de culpa recíproca, torciendo la realidad para obtener la sentencia en menor tiempo, esfuerzo y costos.

La burocratización de ambos institutos obedece a razones netamente históricas, fundadas en la secularización del matrimonio, en un inicio estrictamente confesional y sacramental, y la adopción por parte del estado de medidas tendientes a garantizar a través de su intervención el control de su población.

El divorcio, luego de su desprendimiento de la cuestión religiosa, relacionada con la indisolubilidad del vínculo matrimonial advino y lo es hasta el presente, estrictamente judicial.

Es evidente que en nuestra legislación no interesa en modo alguno, la autonomía de la voluntad, salvo como un factor generador de la *afectio maritalis*, necesaria para la prestación del consentimiento para la celebración del matrimonio. Fuera de ello, el estado se desentiende de cualquier forma de voluntarismo, despreciando hasta hace muy poco, aun los acuerdos que eventualmente pudieran celebrar los cónyuges necesarios para agilizar el divorcio en aras de transitar caminos menos conflictivos por la salud física y mental de los cónyuges y su prole.

Es así como se expresara, que la Unificación de la Legislación Civil y Comercial del año 2012, actualmente con sanción de ambas Cámaras y fecha de entrada en vigencia para el 1º de enero de 2.016, introduce la posibilidad de la elección del régimen matrimonial patrimonial por parte de los contrayentes y el divorcio sin expresión de causa, suprimiendo el deber de cohabitación y de fidelidad, entre otros. Pero en nada avanza sobre la posibilidad, existente en otros países de Latinoamérica, de optar por la celebración del matrimonio o el divorcio en sede notarial, creemos que quedo a mitad de camino, perdiendo la posibilidad de introducir la sede notarial, sin que resulten vulnerados derechos ni garantías constitucionales al respecto, muy por el contrario daría respuesta a los principios de autonomía de la voluntad y pluralismo en materia de derechos humanos.

Es así, como el matrimonio y el divorcio en sede notarial, resultarán ámbitos propicios y la antesala necesaria para la celebración de convenciones matrimoniales, en el primer caso y acuerdos de disolución, liquidación y partición del régimen patrimonial matrimonial, en el segundo.

Como advertimos jurisdicción y administración, no deben ser excluyentes de la actividad notarial, esta puede coadyuvar a garantizar el ejercicio de los derechos subjetivos de los ciudadanos, en tanto y en cuanto el estado dicte normas que regulen la competencia notarial en asuntos familiares no litigiosos.

Es así como se ha destacado en el 20 Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Cartagena de Indias, Colombia del 27 de abril al 02 de mayo de 1992 cuyo Tema I: “La intervención del Notario en la jurisdicción no contenciosa.” En sus considerandos el Notario Oscar Felix Ruiz, ha dicho:”Argentina, mi país, vive un profundo proceso de transformación estructural que en una lectura superficial puede ser calificado de crisis negativa. Quienes pretendemos no ser optimistas, pero si mirar con mas distancia, creemos

que estamos si frente a una crisis de crecimiento cuya floración sacude los estamentos más profundos de nuestra sociedad. Naturalmente nuestro notariado no es ajeno a ello. Más aun podemos afirmar que dentro del conjunto social somos quienes más directamente hemos sido alcanzados por este proceso de transformación económica y social. Es por ello que a la tradicional conducta de consolidar y defender las esferas de actuación que poseemos, debemos sumar firmemente el propósito de rescatar y aun incorporar, otros campos de ejercicio que legítimamente nos corresponden. Uno de ellos por definición es el de la asunción de funciones que implantadas nominativamente en sede jurisdiccional por equivocada tradición, reviste perfiles y contiene sustancia típicamente notarial.”

Esa crisis de crecimiento, anticipada en el año 1992, ha dado una incipiente floración en la Unificación de la legislación Civil y Comercial ya mencionada. Esto no es suficiente, la sociedad argentina reclama la necesidad de agilizar los procesos judiciales y desburocratizar los administrativos. No se advierten los perjuicios que se derivarían del ejercicio de la función notarial en forma coadyuvante a esos fines.

Eventualmente podría pensarse en una cuestión de defensa de incumbencias o de invasión de barreras jurídicas, con la finalidad de obtener o proteger algún lucro económico. Muy por el contrario, en una comunidad internacional, donde las fronteras políticas mas que dividir unen a los pueblos, debemos asumir una actitud superadora de egoísmos profesionales, donde todas las esferas de poder profesional e institucional interactúen en forma complementaria y de cooperación, en procura del bien del justiciable, del administrado y de los requirentes, en fin de la sociedad toda.

Nuestra realidad nacional, tiene elementos de gran valía institucional para superar estos obstáculos funcionales, que le impiden a sus integrantes la satisfacción de sus intereses en forma inmediata y eficaz, permitiendo que sus requerimientos sean satisfechos a través de los órganos administrativos, judiciales y notariales, con la necesaria participación de todos sus actores, incluidos los letrados, sin desperdiciar la cooperación que en necesaria interacción sumaría a ellos la actividad notarial.

Además en Argentina, enmarcada en el sistema de Notariado Latino, las instituciones colegiales de primer grado y las de segundo grado, como el Consejo Federal del Notariado Argentino, revistan importantes fortalezas que sumadas a la calificación y profesionalismo del notariado en general y de los notarios en singular, garantizan la prestación del servicio fedatario y el ejercicio de su ministerio en las más vastas regiones del país. La utilización de las herramientas tecnológicas, en estos supuestos, sumado a la experiencia de ciertas

inscripciones realizadas a nivel nacional, demuestran que nos encontramos preparados para el desafío de asumir la gestión de estas incumbencias.

En este sentido, es importante que las instituciones señaladas establezcan vínculos formales e informales con representantes de los poderes públicos, a fin de transmitirles que el notariado nacional se encuentra preparado y capacitado para desempeñar este rol social, apoyando al estado en tareas que solo históricamente le son propias, pero cuya demanda creciente atenta contra la calidad de vida de sus ciudadanos, si la necesaria prestación del servicio publico no resulta rápida y eficaz.

III.- RETROSPECTIVA HISTORICA DEL MATRIMONIO EN SEDE NOTARIAL - SU EVOLUCION A TRAVES DEL ANALISIS DE LA LEGISLACION COMPARADA EN LA ACTUALIDAD

En la historia del matrimonio en Occidente es fundamental partir de la situación que se produce como consecuencia del nacimiento y desarrollo del Cristianismo. En la antigüedad la Iglesia aceptó la realidad del matrimonio romano que ya en aquella época era esencialmente consensual. La bendición de los novios apareció en occidente en el siglo XII al desear la Iglesia rodear su celebración de ritos religiosos. En la edad media la regulación del matrimonio pasa a ser fundamentalmente sacramental.

Sin embargo una Decretal del Papa Alejandro III, fechada en 1170 contenida después en el Liber IV, título IV, capítulo II, del Corpus Iuris Canonici, declaró que el matrimonio podría ser contraído válidamente ante Notario.

El matrimonio ante notario, era poco utilizado antiguamente, según resulta del Ars Notariatus de Rolandino del año 1.235. A pesar de su uso infrecuente, el tratado del Notariado, conocido como Aurora, contiene un modelo de sponsalia. Pedro de Botteris que compuso un comentario sobre la Summa Artis Notariae proporciona un modelo para el acta de matrimonio ante notario. Las Partidas -Ley LXXXV, título XVIII, Partida III- contienen un modelo de escritura de matrimonio ante escribano público.

Existen testimonios de matrimonios ante notario en 1.216 en Siena y en 1.511 en Roma; así el notario interrogaba a los novios sobre su consentimiento, proclamando la conocida frase evangélica de que “lo que Dios ha unido no lo separe el hombre”. En Florencia el matrimonio ante notario tenía carácter sacro, que se explicitaba mediante la invocación a la Virgen y a Santa Catalina, protectora de los jóvenes novios.

Los matrimonios de Lucrecia Borja, hija del papa Alejandro VI, se celebraron en la residencia papal del Vaticano y ante el Notario de Roma Camillo Beneimbene, considerado en su momento el más eminente notario romano.

Una prueba más de la realidad del matrimonio ante notario fue la de los propios Reyes Católicos, que siendo Príncipes, se casaron en Valladolid el 19 de octubre de 1.469 en casa de Juan de Vivero, y no obstante la intervención del sacerdote, dan fe de su celebración, no el sacerdote que carecía de fe pública, sino el notario apostólico y dos escribanos de cámara requeridos al efecto.

El Concilio de Trento establece como requisito sustancial para la celebración del matrimonio la presencia del párroco y de dos testigos. Para garantizar la publicidad del matrimonio, se había pensado en el Notario como testigo autorizado. El Concilio de Trento, pudo haber sido el fin de esa actuación, sin embargo, hasta el siglo XIX las minorías religiosas recurrieron en diversas ocasiones al notariado para contraer matrimonio.

Durante la Revolución Francesa la discusión parlamentaria de la Asamblea Nacional de Francia sobre el proyecto de la futura ley del Registro Civil barajó diversas posibilidades acerca del oficial público idóneo ante el que se podía contraer matrimonio civil. Se señala que algunos diputados, propusieron crear unos funcionarios nuevos, llamados Tabelliones, incluyéndose la posibilidad de que fuese el notario o el secretario de la municipalidad.

En Europa, en la actualidad, sólo Noruega, desde 1.845, regula el matrimonio ante notario y casi todos los países del Norte de África así como en Irán lo reconocen.

En el norte de África varios países, mayoritariamente musulmanes admiten el matrimonio ante notario.

En Marruecos, el matrimonio puede tener lugar ante dos notarios religiosos llamados adouls, figura distinta de los notarios de derecho civil. El matrimonio de los judíos puede tener lugar ante el notario rabínico.

En Argelia, el Código de Familia modificado por la Ordenanza del 27 de febrero de 2.005 establece en el artículo 18 la posibilidad de que el matrimonio se celebre ante un notario.

En Túnez, el artículo 31 de la Ley del 01 de agosto de 1.957 permite que tenga lugar el matrimonio ante notario.

En Egipto, igualmente se permite el matrimonio notarial desde 1.947. Existe para el matrimonio un formulario oficial y las cláusulas adicionales se incluyen en documento separado.

Por último en Irán, igualmente cabe el matrimonio ante notario, y también el divorcio en la misma forma, siempre que exista mutuo acuerdo.

Finalmente, las legislaciones matrimoniales de América han recogido desde el Siglo XIX hasta la actualidad una realidad ya existente que tiene una raíz antigua y así el matrimonio ante notario floreció en el mundo americano.

En el Proyecto peruano de matrimonio presentado por Vidaurre, en 1.834, se mezclaba el matrimonio civil y el matrimonio religioso con una intervención notarial. En primer lugar se celebraba el matrimonio ante la autoridad política, dando fe el escribano, lo que era seguido de una ceremonia religiosa ante párroco recibiendo los contrayentes la bendición nupcial.

En Chile, ante la negativa eclesiástica a autorizar el matrimonio el diputado radical José Agustín Palazuelos por considerarlo sacrílego, efectuó su matrimonio con su prima Clorinda Maturana mediante un acta notarial ante el notario de Santiago, Daniel Álvarez el 10 de agosto de 1.871. En el acta declararon los contrayentes “que ante la imposibilidad de celebrar matrimonio conforme a las prácticas habituales su ánimo y voluntad es tenerse toda la vida como marido y mujer como legítimos casados, reconociéndose todos sus derechos ante su conciencia, las autoridades y la sociedad”.

Posiblemente en Colombia, es donde por primera vez se reguló en América del Sur el matrimonio ante notario. El matrimonio civil nace en Colombia el 20 de junio de 1.853 que lo estableció como obligatorio, disponiendo además que si el matrimonio se hubiese celebrado religiosamente, los contrayentes podían comparecer ante notario o juez y reconocerlo. En 1.873 se adoptó para todos los estados de Colombia el Código Civil del Estado de Cundinamarca, cuyo artículo 396 regulaba el matrimonio ante notario. En la actualidad el Decreto 2668/1988 faculta al notario para la celebración del matrimonio.

En Quebec, Canadá, tras la reforma llevada a cabo en el año 2.002 de los artículos 366, 376 y 377 del Código Civil se atribuye la cualidad de celebrantes del matrimonio o de las uniones civiles, en su caso, a los notarios y demás personas designadas por el Ministerio de Justicia, entre ellos, los alcaldes y los consejeros municipales. Los alcaldes, funcionarios y consejeros municipales perciben los derechos fijos establecidos por la legislación local dentro de los límites determinados por el gobierno, mientras que los notarios deben convenir sus honorarios con los contrayentes. En estos casos, el matrimonio puede celebrarse fuera del despacho, pero siempre se debe respetar el carácter solemne de la ceremonia y estar acondicionado a este fin, siendo el horario de nueve de la mañana a veintidós horas, eligiendo los contrayentes el idioma, francés o inglés, en que se debe desarrollar la ceremonia.

En la actualidad rige el matrimonio notarial, entre otros países, en Brasil, Bolivia, Costa Rica y Guatemala, existiendo un proyecto, fechado en 2.011, para Uruguay.

IV.- MATRIMONIO CIVIL, DIVORCIO Y MATRIMONIO IGUALITARIO TRES HITOS EN LA HISTORIA ARGENTINA DESDE LA COLONIA HASTA EL PONTIFICADO DE FRANCISCO I

A) EVOLUCION

Todos los países hispanoamericanos reconocieron como antecedente común la política española de intolerancia religiosa contra moros y judíos. Por ello, se intentaba combatir las minorías convirtiéndolas al cristianismo y a la vez se impedía la mezcla de personas de distinta religión con católicos, a fin de evitar la corrupción de su fe. En este sentido, las Partidas prohibían y declaraban la invalidez del matrimonio contraído por cristiano con judía, mora, hereje o mujer no cristiana y admitían que ese matrimonio podía celebrarse previa conversión de ella al cristianismo.

Al tiempo de la emancipación las Partidas eran ley aplicable en el Río de la Plata. A partir de 1.810 hay una notoria preocupación por la escasez de población, fomentándose la inmigración, sin restricciones de raza o religión y la formación de nuevas familias. En tal sentido, la Asamblea del Año XIII: "... ordena que todas las autoridades civiles y eclesiásticas tengan especial consideración, para las dispensas de matrimonio, la necesidad del aumento de población en que se haya la América". La inmigración creciente produjo una colectividad protestante bastante importante, formada principalmente por ingleses, caracterizada, en su composición, por el predominio masculino. Usualmente contraían matrimonio católico con mujeres criollas. En 1.824 hubo dos intentos frustrados de Rivadavia de secularizar el matrimonio, quien planteaba además que las separaciones fuesen vistas por la autoridad civil.

El antecedente legislativo de la ley 2.393 de matrimonio civil lo encontramos en la provincia de Santa Fe. El gobernador de Santa Fe, Nicasio Oroño, anticipándose al dictado del Código Civil, con base en el artículo 108 de la Constitución Nacional, invocando la necesidad de atraer a la inmigración extranjera, presentó a la legislatura un proyecto de ley en este sentido, que fue sancionado el 25 de septiembre de 1867 y promulgado al día siguiente. Disponía que el matrimonio debía celebrarse ante los Jueces de Primera Instancia en lo Civil o en su ausencia ante los Presidentes de las Municipalidades. Era un matrimonio indisoluble

que se consideraba válido aun sin celebración religiosa. Esta ley conmovió a la sociedad, no solo santafecina, sino a todos los pueblos del interior y a la misma Buenos Aires. Se señaló que el texto de la ley demostraba que no se había inspirado en un principio de libertad sino que había sido librada en odio a la Iglesia Católica. Tras levantamientos y excomuniones, la ley fue derogada en julio de 1.868 y el gobernador, derrocado.

En 1.865, Vélez Sársfield produjo, por encargo del Gobierno Nacional, el Proyecto de Código Civil para la República Argentina, sancionado cuatro años después. Vélez, cauteloso al tratar el tema del matrimonio, dispuso que entre católicos solo pudiese ser celebrado conforme a los cánones de la Iglesia y admitió la celebración para los no católicos de conformidad con las leyes y ritos de la Iglesia a que los contrayentes pertenecieran. Con respecto a los matrimonios entre católico y cristiano no católico, expresamente contempló la necesidad de la autorización previa por la Iglesia Católica y la posterior celebración por ambos cultos. Este régimen legal modificó el preexistente al suprimir la intervención del Estado en la dispensa de los matrimonios mixtos. Al derogar la ley 15, título 2, Partida IV, resultaba innecesaria la dispensa civil que había establecido la ley de marzo de 1.833 y que, en la práctica, se había tornado una mera formalidad. Únicamente subsistía la necesidad de obtener la dispensa ante las autoridades eclesiásticas. Solo un supuesto no fue contemplado por Vélez Sársfield, el de quienes no profesaban religión alguna y esta circunstancia, poco criticada en la época, fue utilizada como justificación años después, para la introducción de la Ley de Matrimonio Civil.

La síntesis de su pensamiento respecto del matrimonio civil la encontramos en su nota al artículo 167 Código Civil: “1. Todas las culturas, sean cristianas, idólatras, que admiten la poligamia o el divorcio dan al matrimonio un carácter religioso. 2. Solo los Códigos de Bélgica, el Ducado de Baden y Cerdeña hacen del matrimonio un simple acto civil, que para su validez no requiere la consagración de la Iglesia. Podemos decir, entonces, que en todas las naciones de Europa y de América, con excepción de tres, el matrimonio civil del Código Francés no ha encontrado imitadores. 3. Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. 4. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas. 5. Para los que no profesan la religión católica, la ley que da al matrimonio carácter religioso no ataca en manera alguna la libertad de cultos, pues ella a nadie obliga a abjurar de sus

creencias. Cada uno puede invocar a Dios en los altares de su culto. 6. El Código de Napoleón no ha hecho sino obligar a católicos y protestantes a contraer dos matrimonios, el civil y el religioso. 7. Solo a los que no profesan religión alguna puede satisfacer el matrimonio civil.”

El Código Civil de Vélez inició su vigencia el 1° de enero de 1.871. Poco antes de ello, encontrándose ya sancionado y promulgado, previa consulta al Procurador General de la Nación, quien consideró derogadas las leyes de Partidas por los artículos 2 y 14 de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo dispuso, por decreto del 30 de junio de 1.870, que no se tramitasen más dispensas civiles.

Vélez Sársfield, no incluyó en el Código Civil disposiciones referidas al registro del estado civil de las personas, por considerar que esa reglamentación correspondía a las provincias. Los registros de nacimientos, bautismos, matrimonios y defunciones eran llevados, en aquel entonces, por la Iglesia, en cumplimiento del derecho canónico, y de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento. Las provincias, a excepción de Córdoba, no tenían legislación al respecto, por ello, para probar el estado civil de las personas, se recurría a los asientos parroquiales. El proyecto de ley de Registro del Estado Civil, remitido por el gobierno de Roca, al Congreso Nacional, fue aprobado el 25 de octubre de 1.884.

Entre los hechos que contribuyen a formar el perfil de la Argentina en los últimos cincuenta años del siglo XIX, tal vez el que más incidió fue la inmigración europea. En pocas décadas se modificaron la estructura económica y hasta la demografía del país, junto con su organización social. La inmigración en su mayor parte por italianos y españoles católicos, fue indudablemente un factor relevante en este tema. La necesidad de fomentar la inmigración fue invocada reiteradamente para obtener la sanción de la ley 2.393 de matrimonio civil.

En 1.887, el Procurador General de la Nación, Eduardo Costa, emitió un dictamen por el cual aconsejaba el dictado de una Ley de Matrimonio Civil. No se trataba de una cuestión meramente política o religiosa, con ella se alteraban las bases de esa época de la constitución de la familia al reemplazar a la religión por la ley y al sacerdote por un funcionario público.

El objetivo era derogar las normas del Código Civil, que receptaban el derecho canónico que había regido la organización de las familias argentinas desde la época de la colonia. Se reducía la intervención religiosa en el matrimonio al simple valor de una convicción personal, que la ley, “en su generosidad”, no impedía, sino que postergaba para luego del matrimonio civil y era, así, el funcionario civil quien casaba o impedía el matrimonio.

La oposición católica no pretendía negar al estado la función que le correspondía en relación a los efectos civiles del matrimonio, como institución de derecho natural, pero no reconocía al estado la potestad de absorber totalmente para sí el matrimonio. Siendo la Constitución Nacional, como se señaló en el debate, un texto político caracterizado por una visión cristiana de la política, y la familia el núcleo fundamental en la conformación de la sociedad civil, el tema en cuestión revestía carácter esencialmente político.

El proyecto de ley de matrimonio civil, desde su recepción en el Senado, en septiembre de 1.887, se hallaba en estudio en la correspondiente Comisión. En su mensaje, al abrir las sesiones del Congreso, el presidente Juárez Celman solicitó que se le prestase atención preferente, considerándolo un notable progreso en la legislación. Por una parte se invocaba que se trataba de un proyecto conciliatorio y a su vez, los liberales apelaban al argumento inmigratorio, si bien a la fecha no existía petición alguna formulada en tal sentido por ninguna comunidad y la mayoría de los extranjeros era de religión católica. En la Cámara de Diputados se agregó al texto el artículo 110, que penaba a los ministros, pastores y sacerdotes de cualquier religión o secta que procedieren a la celebración de un matrimonio religioso sin tener a la vista el acta de la celebración del matrimonio civil y finalmente el 2 de noviembre de 1.888 fueron sancionadas sobre tablas las modificaciones y la ley enviada al Poder Ejecutivo para ser promulgada.

En consecuencia, el tema de los matrimonios entre personas de distinta religión, en particular entre católicos y protestantes, y en menor medida, el de los matrimonios de quienes no profesaban creencia alguna, fue considerado legislativamente en la generalidad de los países latinoamericanos en el transcurso del siglo XIX. Nuestro país, no habría de ser una excepción y la inquietud se planteó desde los primeros tiempos. En esa etapa inicial, las soluciones legales eran claramente la respuesta de las autoridades a una realidad social preexistente que actuaba así como un motor de legislación. Esta relación armónica entre las convicciones religiosas y necesidades de la población y su evaluación por parte de la clase dirigente, se vio conmovida por vez primera con la sanción de la Ley de Matrimonio Civil santafecina de 1867, rápidamente dejada sin efecto. En ese clima, llegó la sanción del Código Civil. El tema no escapó a Vélez, sino que, lo evaluó y tras un serio análisis, brindó una legislación proporcionada a la situación de la sociedad de la época.

La ley 2.393 rompió definitivamente, en ese tópico, con la adecuación entre sociedad y legislación. Si bien no fue el fruto del clamor popular de un país casi uniformemente católico, ni aún de sus minorías; no abrió las puertas a una nueva inmigración, la que continuó siendo

casi exclusivamente italiana y española; ni significó poner en acción una libertad de conciencia que siempre se había respetado, fue simplemente, un paso más en el proceso de secularización.

Este modelo legislativo de matrimonio civil en sede administrativa, previo a la eventual celebración religiosa por el rito de los contrayentes de característica confesional, es el que impera hasta nuestros días.

B) MATRIMONIO IGUALITARIO

Tradicionalmente considerado el matrimonio como la unión de dos personas de diferentes sexos que da origen a un estatuto forzoso de derechos y obligaciones recíprocos con caracteres esenciales de: a) Solemnidad en su celebración. b) Estabilidad pues su disolución se realiza ante autoridad competente; y c) Heterosexualidad, generalmente considerada en la historia de la humanidad y en el derecho comparado.

Nuestro país abandona esta característica esencial tipificante del acto matrimonial a partir del 15 de julio de 2010 fecha de sanción de la ley 26618, que da una nueva fisonomía al matrimonio civil al permitir que accedan a esta institución personas del mismo sexo, de allí la denominación de igualitario o entre iguales.

Se trata, de un cambio sustancial en el orden público interno respecto de la institución matrimonial que presenta ahora una nueva flexibilización en su status jurídico, que se suma a las verificadas en los siglos XIX con la introducción del matrimonio civil y XX con la admisión definitiva del divorcio vincular y, con ello, la recuperación de la aptitud nupcial para los ex cónyuges.

Esto ha sido fruto de un proceso de evolución legislativa en la forma de considerar las relaciones de familia iniciado con la Ley de Matrimonio Civil 2393 de 1888; la ley 11357 de 1927, de los derechos civiles de la mujer; la ley 13252, que en 1948 incorpora a nuestro régimen la figura de la adopción de menores; la ley 17711 de 1968, que instaura el divorcio (no vincular) por mutuo acuerdo; la ley 23264 de 1985, que equipara totalmente la filiación matrimonial con la extramatrimonial y consagra la titularidad de la patria potestad en cabeza de ambos progenitores; la ley 23515 de 1987, que incorpora definitivamente a nuestro medio el divorcio vincular y que hoy culmina con la ya citada ley 26618, que da nueva fisonomía al matrimonio civil al permitir que accedan a esta institución personas del mismo sexo

Como antesala de ese proceso, pueden incluirse además, algunas disposiciones sobre el concubinato y las normas regulatorias de la denominada "unión civil", de órbita local.

El concubinato pese a la ausencia de un título legítimo que provoque en los convivientes el emplazamiento en el estado jurídico de "cónyuges", obtuvo algunas consecuencias que son comunes con aquél, así la sucesión en la relación locativa, presunción e imputación de paternidad, ventajas derivadas del derecho de previsión social, entre otras que mas adelante se detallan.

Sin embargo algunos de los efectos jurídicos se extendieron a los convivientes del mismo sexo. En este sentido, la Resolución de ANSeS 671/2008 dispone que las parejas del mismo sexo quedan incluidas en los alcances del artículo 53 de la ley 24241, como parientes con derecho a pensión por fallecimiento del jubilado, beneficiario del retiro por invalidez o del afiliado en actividad, ello en la medida en que el supérstite pueda acreditar la convivencia que se exige en estas circunstancias.

La unión civil, en cambio, plantea la posibilidad que esa convivencia de hecho se verifique por igual, entre personas de distinto o de igual sexo, y que en ambos casos, ello sea expresamente reconocido por el Estado, facilitándose su prueba. Fue incorporada por algunos municipios, así las ciudades de Carlos Paz, en el año 2007, y Río Cuarto, en el año 2009, ambas en la provincia de Córdoba y en dos jurisdicciones de nuestro país, como son la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la provincia de Río Negro. Con alcances diferentes, puesto que algunas jurisdicciones la identifican con el concubinato, sea entre personas del mismo o de distinto sexo -como sucede en la Ciudad de Buenos Aires en tanto que en otras la reservan para las personas del mismo sexo, como se verifica en la provincia de Río Negro, donde se la designa como "convivencia homosexual" -.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó en el marco de su territorio las uniones civiles por ley 1004, sancionada por la Legislatura porteña el 12/12/2002 y reglamentada por su Poder Ejecutivo por decreto 556 del 13/5/2003 exigiendo que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común, con la obligación de inscribir la unión en el Registro Público de Uniones Civiles.

La concreción de este vínculo no los emplaza en el estado de familia inherente al matrimonio ya que las personas unidas civilmente siguen siendo a efectos del Código Civil "solteras" o permanecen en el estado civil que ostentaban al momento de su contracción, ni de su celebración e inscripción se derivan iguales consecuencias legales que para el matrimonio.

La exigencia de la diversidad de sexo para la celebración del matrimonio determinaba, la imposibilidad jurídica de algunas parejas del mismo sexo de obtener el estado civil de cónyuges, con los derechos y obligaciones inherentes al mismo. Así los interesados en contraer nupcias del mismo sexo iniciaban sus trámites ante los Registros Civiles del país para la celebración del matrimonio, obteniendo un acto administrativo que les denegaba la celebración, contra el que se alzaban interponiendo recursos de amparo en sede judicial alegando la inconstitucionalidad de la norma que les impedía ejercer el derecho a casarse por ser del mismo sexo.

Estos planteos no siempre tuvieron resultados uniformes. Así encontraron acogida favorable en los juzgados de primera instancia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aunque luego fueron desestimados en el fuero civil, tanto en primera como en segunda instancia.

La discusión, llegó a la Corte Suprema de Justicia Nacional, que no llegó a expedirse por verificarse durante la sustanciación de la causa, la sanción de la ley 26618, que puso fin a la discusión.

El artículo 172 nueva versión dispone que: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

De modo que se establece una equivalencia entre los matrimonios heterosexuales y homosexuales consagrada legislativamente en el artículo 42 que dispone: "Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. "Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio formado por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. "Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo, como al formado por dos personas de distinto sexo".

La problemática no se agota con la admisión del matrimonio civil entre iguales, sino que precisamente allí es donde comienza, cuando se proyecta tal solución a la filiación, a la patria potestad, a la adopción, al régimen sucesorio, entre otros tópicos esenciales del derecho

de familia. El debate legislativo que precedió a la sanción de la ley es fecundo en este sentido sobre todo en la conformación de la familia habida de la unión homosexual, siempre vinculada a la problemática de la fecundación asistida y la adopción.

C) PONTIFICADO DE FRANCISCO PRIMERO

El Papa Francisco I dijo que, a nivel educativo, las uniones homosexuales "plantean nuevos desafíos que para nosotros, a veces, son incluso difíciles de comprender". Así lo afirmó en su discurso a los Superiores Generales del 29 de noviembre de 2.013, publicado por Civiltá Cattolica el 4 de enero de 2.014. Casi a la conclusión de la larga conversación con los Superiores Generales de los órdenes religiosos, el Papa se detuvo sobre el tema de la educación, subrayando que ésta debe "ser a la altura de las personas que educa, debe interrogarse sobre como anunciar a Jesucristo a una generación que cambia". Y citó alguna de sus experiencias en Buenos Aires sobre la preparación que se exige para recibir en contextos educativos niños, muchachos y jóvenes que viven situaciones complejas, especialmente en su familia: "recuerdo el caso de una niña muy triste que al final confió a la maestra el motivo de su estado de ánimo, 'la novia de mi madre no me quiere', dijo". "El porcentaje de muchachos que estudian en las escuelas y tienen padre separados es elevadísima", agregó el Pontífice. "Las situaciones que vivimos hoy plantean nuevos desafíos que para nosotros, a veces, son incluso difíciles de comprender. Cómo anunciar a Cristo a una generación que cambia?", se preguntó "Es necesario estar atentos a no suministrar a éstos una vacuna contra la fe", respondió luego.

En una iniciativa definida como "insólita" por los medios italianos, el Vaticano está llevando a cabo a nivel mundial un sondeo entre los católicos sobre la manera con que las parroquias afrontan temas sensibles, tales como el control de los nacimientos, el divorcio y el matrimonio gay. El sondeo fue realizado para ser evaluado a mediados de octubre de 2.014 por la Conferencia Nacional de los Obispos acompañado por un pedido por parte del coordinador de la Santa Sede, Monseñor Lorenzo Badisseri, para "compartir cuanto antes y de la manera más amplia posible el documento" destacando también la importancia de "recibir rápidamente las respuestas". El objetivo es el de tener claras las diferentes respuestas brindadas por los católicos del mundo -alrededor de 1.200 millones de personas- antes del Sínodo de los Obispos Extraordinario sobre la familia que tendrá lugar entre el 5 y el 19 de octubre de 2014. La decisión de lanzar el sondeo confirma una vez más que el Papa quiere alejarse de un enfoque basado en un "Vaticano-céntrico", abriendo la puerta a una toma de

decisiones más amplia, teniendo en cuenta las respuestas que llegan de las realidades locales a través de las congregaciones religiosas.

Entre las preguntas planteadas a los católicos, los sacerdotes y los representantes del clero en el mundo se destacan aquellas relativas al matrimonio de personas del mismo sexo, en el sentido si está reconocido en el país. El sondeo pide precisar de qué manera “la misericordia de Dios es proclamada a las parejas separadas, divorciadas o vueltas a casar”, además de pedir informaciones sobre las atenciones pastorales hacia los hombres y las mujeres que viven juntos pero fuera del matrimonio. En la batería de preguntas hay un apartado dedicado exclusivamente a los matrimonios homosexuales y la visión que los fieles católicos tienen de ellos en sus Diócesis y cómo la Iglesia puede abordar la pastoral ante estas uniones, entre otros temas que antes eran vistos como tabú. “¿Cuál es la actitud de las Iglesias locales hacia el Estado como promotor de uniones civiles entre personas del mismo sexo y ante las personas que las protagonizan? ¿Qué atención pastoral se puede dar a quienes han elegido vivir bajo este tipo de uniones?”, son algunas de las preguntas que son parte del documento que ya circula entre los católicos. El documento enviado a las Conferencias Episcopales pregunta por la cantidad de divorciados y separados en las distintas parroquias católicas y cómo viven aquellos bautizados en esta situación. Es evidente la necesidad que tiene el Pontífice de conocer la realidad de las vivencias familiares y de la práctica de su religión para poder otorgarle un nuevo enfoque a la doctrina de la Iglesia Católica en el mundo.

El domingo 14 de septiembre de 2014 el Papa casó en el Vaticano a 20 parejas, entre las cuales se contaba la unión de una madre soltera que se casaba con un hombre al que el tribunal de la Santa Rotta le había anulado el matrimonio anterior. En igual fecha, en la ciudad de Victoria, Provincia de Entre Ríos, República Argentina, el párroco del lugar, bautizaba a Génesis, la niña nacida de una pareja trans. Evidentemente, estos claros ejemplos de ajustar los cánones de la Iglesia tradicional a la realidad social, demuestran un cambio en la pragmática de la Iglesia, precediendo a futuros y eventuales cambios dogmáticos, que trasuntan el verdadero pensamiento ecuménico del sacerdote Jorge Bergoglio.

V.- PROYECTOS LEGISLATIVOS A NIVEL NACIONAL EN MATERIA DE MATRIMONIO EN SEDE NOTARIAL

Hubo dos intentos concretos con iniciativa parlamentaria en nuestro país de introducir el matrimonio en sede notarial, ambos en forma optativa.

Proyecto de Ley 2294-D-90, presentado por Cámara de Diputados de La Nación. Dalesio de Viola, Adelina I. Incorporación del artículo 8° bis a la ley 23515 (de matrimonio civil - divorcio vincular) conforme al cual podrá efectuarse el casamiento civil por acto otorgado por los contrayentes mediante escritura pública. En: Trámite Parlamentario. Buenos Aires: Congreso de la Nación; 08-Ago-90. Este proyecto presentado por la diputada Adelina D'Alesio de Viola, tomó estado parlamentario el 13 de septiembre de 1.990 proponiendo la incorporación del artículo 8 bis a la ley 23.515 permitiendo el casamiento civil por acto otorgado por los contrayentes en escritura pública.

Proyecto de Ley Ley 4149-D-95, presentado por Cámara de Diputados de la Nación. González, Antonio Erman. Sustitución del primer párrafo del artículo 186 (celebración del matrimonio ante oficial público encargado del Registro del estado civil y capacidad de las personas o ante escribano de registro.) Sustitución del primer párrafo del artículo 188 y agrégase segundo párrafo al artículo 194 (escritura pública). En: Trámite parlamentario. Buenos Aires: Congreso de la Nación; 25/10/1995. Este proyecto fue del diputado Antonio Erman Gonzalez que tomó estado parlamentario el 25 de octubre de 1.995 y que en sus fundamentos expresa “Que los oficiales públicos que puedan celebrar el matrimonio no sean exclusivamente funcionarios del estado, sino que a semejanza de lo que se observa en la legislación comparada también lo celebren los escribanos de registro autorizados para ejercer el notariado. En efecto, creemos que los escribanos de registro, que ejercen el notariado acorde con las regulaciones normativas que lo regulan, puedan celebrar matrimonio dando cumplimiento a idénticos requisitos que los establecidos para aquellos matrimonios celebrados ante el oficial público del registro correspondiente. Con nuestra propuesta, se respetarían las formas necesarias para dar autenticidad a un acto jurídico de enorme trascendencia en el derecho de familia, como lo es la celebración del matrimonio. No podemos olvidar, que los escribanos de registro intervienen en otros aspectos del derecho de familia, como por ejemplo la emancipación, la partición de bienes relictos, estipulaciones preconyugales e incluso tienen facultad para denunciar el nacimiento de los hijos extramatrimoniales que fuesen reconocidos por instrumento publico por ellos labrado. La ampliación de las incumbencias notariales que proponemos, no invaden la de otras profesiones, sino que permite aliviar las funciones que ejercen los oficiales públicos dependientes del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, organismo cuyo

presupuesto no tendrá que incrementarse para prestar un mejor servicio en la materia. Por último, cabe señalar que la posibilidad de otorgar a los escribanos de registro la facultad de celebrar matrimonios, permitirá que los mismos se produzcan en un solo acto con los religiosos, con el consiguiente beneficio para los contrayentes”

En ambos proyectos de ley, la intervención del notario, no excluye ni suprime la intervención del oficial del registro. Ambos sistemas coexisten, siendo opcional para los contrayentes la elección por uno u otro. Dentro de las responsabilidades funcionales del notario, se establece la obligación de solicitar un certificado expedido por el Registro Civil en el que conste que no se han formulado oposiciones a la celebración del matrimonio y el deber de expedir copia a los fines de su inscripción registral, manteniéndose el modo de su celebración y la presencia de los testigos que se responsabilizan por la aptitud nupcial de los contrayentes.

VI.- DE LEGE FERENDA: SE PROYECTA UN MATRIMONIO EN SEDE NOTARIAL

A) ETAPA PREVIA.- ELECCION DEL ESCRIBANO Y REQUERIMIENTO:

Los futuros contrayentes, deberán comparecer ante el Notario del domicilio de cualquiera ellos, a los fines de manifestar la intención de contraer nupcias, acompañando a tal fin la documentación requerida a los efectos de justificar el estado de familia, datos filiatorios y los de los dos testigos del acto.- Es decir es necesaria la rogación expresa y la presentación de la documentación que los legitima.

B) PUBLICIDAD.- OPOSICIONES:

El Notario deberá informar al Registro Civil la voluntad de los requirentes de contraer matrimonio, quien en un plazo que al efecto se fije deberá expedir un certificado de aptitud nupcial en el que conste que no se han deducido oposiciones, o que existiendo se han resuelto favorablemente.-

C) CELEBRACION DEL ACTO:

Expedido el certificado de aptitud nupcial, el acto podrá celebrarse en el domicilio del escribano designado ó a requerimiento de los contrayentes en el domicilio que ellos indicaren

dentro de la jurisdicción y marco jurídico-legal de actuación del escribano y de acuerdo a las solemnidades legalmente establecidas.-

D) REGISTRACION:

El Notario deberá presentar la primera copia de la escritura en el Registro pertinente en un plazo de treinta días de celebrado a los efectos de su publicidad y oponibilidad a terceros, conservando de esta manera el control de legalidad y legitimidad sobre el acto a inscribir. Una vez inscrita deberá ser entregada a los contrayentes.- Resulta relevante la creación de un Registro Nacional en el que se inscriban los distintos estados civiles que surgen a partir de la celebración del primer matrimonio. Es decir, deberían inscribirse en él, los matrimonios celebrados en primeras nupcias, los divorcios vinculares, los estados de viudez, y los ulteriores matrimonios.-

VII.- DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL:

20 Congreso Internacional del Notariado Latino. Conclusiones. Tema I. La intervención del notario en la jurisdicción no contenciosa. Conclusiones: 1º) Que en realidad la "jurisdicción voluntaria o no contenciosa" no es una verdadera y propia jurisdicción, en sentido propio y estricto, porque en ella no está presente el elemento indispensable de la contenciosidad o del conflicto, ni el efecto de la cosa juzgada. 2º) Que existe la preocupación, compartida por todos los representantes, de la necesidad de descongestionar de actividades y casos no jurisdiccionales a las oficinas de los juzgados y tribunales, para lograr uno de los bienes hoy en día más deseados en todos los países, como es la agilización de la justicia. 3º) Que en el curso de los últimos años ha venido sucediendo un acrecentamiento cultural y social de la función y servicio notarial que conduce y coloca al notariado latino a la vanguardia de las distintas categorías profesionales y lo sitúa en un lugar preferente entre ellas, como intérprete de primer grado tanto de la norma, como de los hechos y de la voluntad de los ciudadanos. 4º) Que el notariado latino cuenta con la formación adecuada (profesionales del derecho), se halla investido de fe pública (encargados de una función pública), dispone de los medios técnico - jurídicos necesarios (instrumento público) y desempeña ya en los varios países miembros, algunas funciones que forman parte de la denominada jurisdicción voluntaria o no contenciosa. Por lo tanto, la primera comisión auspicia y recomienda que al notariado le sean encomendadas por los diversos ordenamientos

nacionales las más amplias funciones en el ámbito de la tradicionalmente denominada jurisdicción voluntaria o no contenciosa, respetando la naturaleza de la función notarial, tal y como ha sido definida por los precedentes congresos internacionales del notariado latino. En particular propugna lo siguiente: 1º) Que se restrinja el término "jurisdicción no contenciosa o voluntaria" a la actividad judicial y se acoja para el derecho notarial el término "competencia notarial en asuntos no contenciosos". 2º) Que no se atribuya a los notarios competencias inherentes a la fe pública judicial, ni se invada el ámbito de la potestad jurisdiccional en función juzgadora. 3º) Que el proceso de desjudicialización comprenda no solamente el aspecto relativo a su terminología sino al propio tratamiento procesal de las instituciones, debiendo ser reguladas por la legislación notarial de cada país, de acuerdo con sus peculiaridades socio jurídicas y sus instituciones. 4º) Que se establezca la independencia y autonomía de la actualización y del acto notarial, suprimiendo cualquier tipo de control posterior, como la homologación o calificación, excepción hecha de la impugnación en el procedimiento contencioso respectivo. 5º) Que se tenga en cuenta la posibilidad de extender a los países que aun no cuentan con ello, la reglamentación en sede notarial de los siguientes asuntos: a) Matrimonio, separación de cuerpos y divorcio consensuales. b) Todo el procedimiento de la venta como consecuencia de los procesos concursales y ejecutivos, en lo relativo a la subasta. c) La facultad de ser designado el notario como árbitro, en un tribunal de arbitraje. d) La constitución y cancelación del patrimonio de familia. 6º) La constitución de una comisión integrada por cinco juristas de reconocido prestigio, designados por la Unión Internacional del Notariado Latino, para que elabore un proyecto de ley marco en relación con el presente tema, a cuyo fin los países miembros deberán remitir su legislación propia al organismo competente de la Unión.

38 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires, 31 agosto-2 septiembre 2011. Conclusiones Tema I: LA LEGÍTIMA, CONVENCIONES MATRIMONIALES Y MATRIMONIO CELEBRADO POR INSTRUMENTO NOTARIAL Subtema 1: Matrimonio celebrado con intervención notarial. Derecho proyectado: Se propicia una próxima reforma legislativa que incluya la opción de que el acto matrimonial sea celebrado en escritura pública, brindándose de esta manera a la comunidad una alternativa más rápida y flexible, con la seguridad y solemnidad que el acto requiere, tal como viene siendo aplicado eficientemente en otros países latinoamericanos.

6 Jornada de Derecho Notarial del Norte, Centroamérica y el Caribe. Tegucigalpa, Honduras, 22 al 25 de mayo de 1991. Conclusiones. Tema I. La jurisdicción voluntaria y la actividad notarial. Recomendaciones: 1) Procurar la reforma legal para que se trasladen a la esfera profesional notarial aquellos actos que se caractericen por la falta de conflicto y que impliquen la calificación, la revisión o la autenticación notarial. 2) Se replantee el acercamiento de legislaciones, para lo cual debe haber previo y completo intercambio de información sobre el contenido actual de leyes en vigor en los países del Norte, Centroamérica y el Caribe. 3) Recomendar a los notariados la discusión y el estudio del tema, a fin de profundizar los principios y normativas vigentes e iniciativas a legislar, ampliando las incumbencias y competencias notariales en razón de la materia.-

30 Jornada Notarial Argentina, Mendoza, 29 al 31 de agosto de 2012 Conclusiones Tema III: LA LEGÍTIMA, CONVENCIONES MATRIMONIALES Y MATRIMONIO CELEBRADO POR INSTRUMENTO NOTARIAL La evolución del modelo de familia y el derecho ha llevado al reconocimiento de la mayor vigencia del principio de autonomía de voluntad en materia de derecho de familia y sucesiones, antes, teñidos, principalmente, por principios de orden público. **III. Matrimonio en sede notarial** 1. El matrimonio celebrado por instrumento notarial brindaría flexibilidad y disponibilidad para la elección del lugar, y la posibilidad de formalizarlo en días y horarios inhábiles, con mayor celeridad e inmediatez con los contrayentes. 2. En el mismo acto de celebración del matrimonio, podrían formalizarse convenciones matrimoniales, con la previa elección del régimen de bienes. 3. La instrumentación en sede notarial permitiría la registración del acto con efectos retroactivos para su oponibilidad a terceros. 4. Se recomienda la creación de un centro nacional en el que converjan las registraciones de las respectivas provincias, vinculadas con los matrimonios y convenciones nupciales. 5. Alguna ponencia ha considerado que las provincias, en virtud de las facultades no delegadas al gobierno nacional (artículos 7º, 121, 122 de la Constitución Nacional, estarían facultadas para designar a los notarios de sus respectivas demarcaciones como autoridad competente para la celebración del matrimonio.

37 Jornada Notarial Bonaerense. Junín, Buenos Aires, 2 - 5 noviembre 2011 Despachos aprobados - Tema I: ROL DEL NOTARIO EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA DESPACHO. Visto La trascendencia que representa para la institución notarial en su conjunto el tratamiento pormenorizado de los temas esenciales del derecho de familia; La constante revisión de sus estructuras, principios y paradigmas, motivados esencialmente por la fluctuación de las dinámicas sociales, que intentan ser canalizadas a través de las razones que

ofrece el derecho, la equidad, la jurisprudencia y la costumbre; Y el compromiso irrenunciable en la permanente actualización, que acerca al jurista notario a lograr la excelencia en el desempeño profesional y la permanencia como institución fundamental del estado de derecho, en la inquebrantable búsqueda de los valores que emergen naturalmente de la igualdad, la libertad, y la esperanza; **Considerando** Que desde siempre la ciencia notarial ha contribuido de manera notable a la preservación y la defensa de la institución familiar, interviniendo en la custodia de los derechos adquiridos destinados a ser transmitidos y conservados para la posteridad, la descendencia o el intercambio; Que la preocupación primordial del notario ha sido siempre la de ser un custodio absoluto de la paz jurídica en el ejercicio de una magistratura de honor, por ser éste el primer intérprete de la ley al momento de tener que argumentar la solución acertada, en cumplimiento del requerimiento que se le ha efectuado; Que los deberes de información, asesoramiento, consejo, legalidad y gratitud fueron y seguirán siendo los mismos que inspirarán por siempre a la función fedante en la reafirmación del principio de la seguridad jurídica en su faz preventiva; Que, por lo expuesto, debe asumirse naturalmente que es necesario insistir en la concreción de un derecho notarial justo, que preste especial atención al hombre común y a sus problemas, y que afirme su autonomía a través del asesoramiento, el documento, la función, y la deontología. En consecuencia, la 37 Jornada Notarial Bonaerense **Propone:** 1- Concepto de familia. La existencia de fuentes del derecho autosuficientes, nacionales e internacionales, con o sin jerarquía constitucional, desplaza la necesidad de redefinir el concepto de familia, pues son herramientas suficientes destinadas a ser argumentadas por los intérpretes en cada caso en concreto. (Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención de los Derechos del Niño; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Derecho a la Constitución y a la Protección de la familia; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención Americana sobre Derechos Humanos). 2- El orden público y la autonomía de la voluntad: Ambas instituciones revisten el carácter de principios generales del derecho, que frente al caso particular, deben complementarse, sin excluirse recíprocamente. **Matrimonio en sede notarial:** Propiciamos una reforma legislativa que incluya la intervención notarial al respecto. Se recomienda: la realización de una prospectiva notarial permanente, que esté atenta a los cambios y a las necesidades sociales, para proyectar planificaciones y estrategias que permitan tener un Colegio y un notario acordes al siglo XXI.

38 Jornada Notarial Bonaerense. Bahía Blanca, 12-16 noviembre 2013 Despachos aprobados Tema I: MATRIMONIO Y UNIONES CONVIVENCIALES. MATRIMONIO IGUALITARIO. MATRIMONIO EN SEDE NOTARIAL. RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL EN EL DERECHO PROYECTADO. CONVENCIONES PRENUPCIALES Y ACUERDOS CONVIVENCIALES. REGISTRO DE CONVIVIENTES. EFECTOS ECONÓMICOS. La Comisión del Tema I de la 38 Jornada Notarial Bonaerense abordó el estudio del proyecto de unificación de Código Civil y Comercial con relación a las siguientes materias: Matrimonio y Uniones Convivenciales, Régimen Patrimonial Matrimonial, Convenciones Prenupciales y Acuerdos Convivenciales: elevando en consecuencia a este plenario el siguiente despacho: **1) Consideraciones generales** El aumento de la autonomía de voluntad en el derecho de familia proyectado, entendida en forma amplia, con un núcleo de normas inderogables, fundadas en la solidaridad y responsabilidad familiar, aplicables tanto al matrimonio como a la unión convivencial, tiene como resultado un régimen de equidad en protección de la familia. **7) Matrimonio en sede notarial** El notario como profesional del derecho en ejercicio de una función pública, se encuentra altamente calificado para celebrar el acto matrimonial por escritura pública, como sistema opcional, brindando certeza, celeridad y seguridad al acto.

13 Jornada Notarial Iberoamericana. Asunción, República del Paraguay. 26 al 28 de junio de 2008. Conclusiones. TEMA II Competencia notarial en asuntos no contencioso. Conclusiones: I) La imparcialidad y capacitación científica del notario latino en el desempeño de su función pública han determinado que, progresivamente, la mayoría de las legislaciones hayan ampliado sus competencias en asuntos no contenciosos, incluidos los tradicionalmente comprendidos en la denominada jurisdicción voluntaria. Han influido en este proceso criterios de eficacia y racionalidad económica, puestos de relieve en los trabajos de Congresos y Jornadas de la Unión Internacional del Notariado. II) El notario latino está en condiciones de intervenir en todo asunto no contencioso en el ámbito del derecho privado, para lo que es conveniente que la atribución de tales competencias se realice con carácter general mediante una ley específica. III) El notario latino dispone de los instrumentos adecuados para desempeñar estas funciones, entre los que destaca el acta de notoriedad (que tiene virtualidad para comprobar y fijar hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica), pudiendo legitimarse hechos o situaciones de todo orden. Tales documentos notariales deben tener eficacia plena, sin necesidad de trámite o aprobación posterior, salvo que sean objeto de

impugnación judicial. IV) Con carácter enunciativo, deben entenderse incluidos dentro de esta atribución los asuntos relativos a la sucesión hereditaria, en todas sus etapas hasta la partición inclusive, la celebración del matrimonio, modificación del régimen económico matrimonial, liquidación de la sociedad conyugal, divorcio y separación de mutuo acuerdo, formalización y disolución de uniones de hecho, disposiciones de autoprotección, entre otros. V) El notariado debe propender a una mayor difusión de sus funciones en asuntos no contenciosos, ya que la actuación notarial posibilita descongestionar el trabajo de los tribunales de justicia, con seguridad jurídica, economía, rapidez y eficacia. La intervención del notario en asuntos no contenciosos no implica merma alguna de las competencias de los restantes operadores jurídicos cuya intervención establezcan las leyes. VI) Se propugna la creación de un registro nacional de actos no contenciosos para evitar la duplicidad de asuntos tramitados por diferentes operadores con el mismo objeto, y cuyos datos deben ser facilitados por éstos por medios preferentemente informáticos y telemáticos.

14 Jornada Notarial Iberoamericana. Punta Cana, República Dominicana, 3 al 6 de junio de 2010. Conclusiones. Tema III La competencia notarial en asuntos no contenciosos (Experiencia en América) Conclusiones: 1) El estado cumple la finalidad de brindar y garantizar seguridad jurídica a través del notario, que siendo un profesional del derecho, ejerce una función pública, para lo cual, se le inviste de autoridad. 2) El notario en ejercicio de su función pública sirve a los fines del derecho mediante la prevención de litigios y es además reconocido como colaborador activo de la administración de justicia. 3) La función jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y corresponde en exclusiva al poder judicial de cada estado. 4) La necesidad de descongestionar la tarea de los órganos jurisdiccionales y de acelerar la administración de justicia aconseja extender al notariado competencias en asuntos no contenciosos. 5) En aquellos países en los cuales se ha reconocido la competencia notarial en asuntos no contenciosos, la experiencia ha sido exitosa, especialmente en asuntos patrimoniales, familiares, uniones de hecho, celebración y disolución de matrimonios, sucesiones testadas e intestadas, entre otros. 6) Se recomienda a los estados incorporar, o en su caso ampliar, en sus legislaciones la competencia notarial en asuntos no contenciosos. 7) Por razones históricas y de esencia de la función todas las competencias en materia de sucesión mortis causa, testada o intestada, deben ser extendidas al notariado sin que sea necesaria ninguna otra asistencia jurídica.

15 Jornada Notarial Iberoamericana. Madrid, España, 28 al 31 de mayo de 2012. Tema III, Persona familia y sucesiones. Intervención notarial. Experiencia en Iberoamérica:

A) En las legislaciones iberoamericanas existe similitud en las instituciones que regulan la materia de la persona, la familia y las sucesiones. B) En los últimos años han habido importantes modificaciones en las legislaciones de Iberoamérica relativas a la persona, la familia y las sucesiones, en materias como el registro civil, el matrimonio, la adopción, la tutela, la representación, actos de autoprotección, el testamento y los trámites sucesorios. C) En años recientes, en el derecho de algunos países iberoamericanos, han surgido nuevas figuras como son: el matrimonio de personas del mismo sexo; el reconocimiento jurídico de las uniones o parejas de hecho; reformas a la institución de la adopción que establece parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante; la tutela para la propia incapacidad, por la que un mayor de edad designa a su tutor para el caso de una futura incapacidad; la aparición del documento de voluntad anticipada, para que una persona haga declaraciones para el caso de su propia incapacidad; y, la tramitación de sucesiones testamentarias e intestadas en forma extrajudicial o en sede notarial. D) Hay una clara conciencia social que reconoce los beneficios de la intervención notarial en las instituciones de las personas, la familia y las sucesiones. E) La intervención del notario en las figuras de derecho familiar y sucesorio ha traído como consecuencia mayores obligaciones del notariado para informar a ciertos registros y entidades. Habiéndose debatido sobre: Persona: Directivas anticipadas para la propia incapacidad; poderes preventivos; designación de tutor o curador; disposición sobre la persona y bienes para la hipótesis de incapacidad o incapacitación. Familia: Matrimonio de personas del mismo sexo; reconocimiento jurídico de uniones o parejas de hecho, incluidas las del mismo sexo; competencia del notario para el reconocimiento de hijo; convenciones matrimoniales sobre régimen de bienes y mutabilidad del mismo; y, liquidaciones de sociedad conyugal. Sucesiones: modernización de las formas y solemnidades del testamento; trámites sucesorios en sede notarial. Recomendaciones: La XV Jornada Notarial Iberoamericana recomienda: 1) Que los países de Iberoamérica promuevan en sus respectivas legislaciones disposiciones por las que se dé intervención al notario en asuntos referidos al matrimonio y uniones de hecho; celebración, comprobación y autenticación de hechos; acuerdo sobre el régimen de bienes y sus consecuentes modificaciones; liquidación de la sociedad conyugal o de comunidad de bienes; divorcio y cesación de la convivencia, en cuanto no sean contenciosos. 2) La certeza y la seguridad jurídica que importan la intervención notarial hace recomendable que todo acto concerniente a la autoprotección sea otorgado ante notario. En consonancia con los tratados internacionales, se impone que los ordenamientos jurídicos de cada país reconozcan la vigencia de dichas disposiciones aun sobrevenida la incapacidad o

incapacitación. 3) La dación de fe pública del notario es lo que confiere la integridad al acto. En consecuencia, se recomienda que las respectivas legislaciones supriman la obligatoriedad de testigos instrumentales en los diversos actos que dicho fedatario autorice. 4) Corresponde al notariado, en su función social, promover la conveniencia de otorgar testamentos como expresión de la última voluntad de las personas. 5) Se aconseja que las legislaciones promuevan la creación de registros de actos de última voluntad en los que se pueda publicitar la identidad del otorgante, la forma y el lugar de conservación del testamento; información que solamente podrá ser suministrada a la autoridad competente, una vez acreditado el fallecimiento del testador. Se sugiere la creación de un registro de igual naturaleza a nivel iberoamericano. 6) Se sugiere revisar la función y cuantía de las legítimas hereditarias, privilegiando la libertad del testador y salvaguardando su aspecto asistencial. 7) Que se promueva en las legislaciones de los países de Iberoamérica una mayor intervención del notario en la tramitación de las sucesiones testamentarias e intestadas en las que no haya controversia, como un medio para aliviar a los juzgados y tribunales de aquellos asuntos que no tienen controversia y que el notario puede llevar como actividad propia de su función. 8) La intervención del notario en mediación y arbitraje.

VIII.- LEGISLACION COMPARADA:

En algunos países de América Latina, como Honduras, Guatemala, Cuba y Colombia esta posibilidad se concretó mediante la sanción de diferentes normas y, por ello, el casamiento puede celebrarse ante un notario.

Así el Código de Familia de Honduras en su artículo 23 establece: El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal, el presidente del Concejo Metropolitano del Distrito Central o el concejal que haga sus veces. Los notarios quedan autorizados para celebrar matrimonio en todo el país.

El Código Civil de Guatemala en su artículo 92 dice: El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión. También podrá autorizarlo el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa que corresponde.

El Código de Familia Cubano en su artículo 7 dispone: Los encargados del Registro del Estado Civil y los notarios públicos son los funcionarios facultados para autorizar la formalización de los matrimonios con arreglo a las disposiciones de este Código. Los

cónsules y vicecónsules de la República son los funcionarios facultados para autorizar, en el extranjero, los matrimonios entre cubanos.

En Colombia el Decreto 2668/1988: Artículo 1 dice: Sin perjuicio de la competencia de los jueces municipales, podrá celebrarse ante notario el matrimonio civil, el cual se solemnizará mediante escritura pública con el lleno de todas las formalidades que tal instrumento requiere. El matrimonio se celebrará ante el notario del círculo del domicilio de la mujer.

IX.- EL DIVORCIO EN ARGENTINA.- DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL

A) INTRODUCCION

El divorcio no es solo un proceso judicial, representa una situación de cambio estructural de la vida familiar, entrañando conflictos afectivos y psicológicos además de legales que involucran no solo a los cónyuges y a sus hijos sino a todo el círculo parental y de amistades.

En los pueblos antiguos la forma usual de disolver el matrimonio era el repudio, por la sola voluntad masculina, basada en la inferioridad de la mujer. Es en el derecho romano donde se plantea la pérdida de la afectio maritales como causal de disolución matrimonial. El cristianismo ocasionó la desaparición definitiva del antiguo repudio y del divorcio romano, introduciendo el concepto de la indisolubilidad, aun para el caso de adulterio, criterio que quedó plasmado en el Concilio de Trento, a través de la consagración del matrimonio como sacramento y de la indisolubilidad del mismo como su dogma, hoy en franca revisión, por los modernos canonistas que aceptan laxos criterios de nulidad matrimonial canónica como sucedáneos del divorcio vincular.

La indisolubilidad del vínculo matrimonial postulada en el Código Civil, paradigma de la familia tradicional de otras épocas, en nuestra legislación se vio modificada paulatinamente. Así la ley 2393 introdujo la posibilidad del divorcio a través de causales de culpabilidad subjetivas que probadas judicialmente viabilizaban el dictado de una sentencia que no habilitaba a contraer nuevas nupcias. La ley 17.711 introduce el artículo 67 bis que si bien no resulta disolutivo del vínculo, permite el divorcio por mutuo consentimiento, fundado en sentencia judicial.

Pero es la sanción de la ley 23.515 que regula el divorcio vincular permitiendo la disolución de común acuerdo (artículo 215 del Código Civil) o por el mero transcurso de un plazo de separación de hecho (artículo 214 inciso 2 del Código Civil) sino la posibilidad de contraer nuevas nupcias, conformando nuevas familias, aún ensambladas. Si bien la ley precitada fue fruto de su antecedente el artículo 67 bis de la ley 2393 como se expresara, que permitía el divorcio, pero no habilitaba a contraer nuevas nupcias, asignándole el carácter de familia legítima a la primera exclusivamente, resultando los hijos de uniones posteriores la asignación del calificativo de extramatrimoniales, circunstancia que vino a modificar la ley 23.264 equiparándolos en derechos con los matrimoniales.

Las reformas introducidas en el ámbito del derecho de familia tanto en nuestro país como en la legislación comparada han tenido como marco de referencia el cambio y la evolución de la familia en los últimos años. Estos cambios se refieren a las nuevas formas de constitución de las mismas, así como a las formas de resolver las crisis frente a la ruptura, apuntando principalmente a las consecuencias en lugar de las causas. A partir de este cambio y tomando en consideración los principios constitucionales, se ha puesto en crisis la regulación del divorcio en cuanto obliga a los esposos a someterse a reglas rigurosas. En este sentido se hace evidente la tensión entre la autonomía de la voluntad y el orden público.

Como consecuencia de la variación de los conceptos que tenían su origen en la antigua manera de percibir el vínculo conyugal, la legislación de nuestro país no da aún respuesta satisfactoria a los conflictos matrimoniales actuales, sobre todo en cuanto a la celeridad de la concreción de la ruptura.

La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación ha adecuado el trámite del divorcio a la realidad, con el objetivo importantísimo de brindar una solución pacífica a los conflictos matrimoniales. Su normativa ha receptado los enormes cambios socioculturales producidos en nuestro país desde el dictado de la Ley 23.515, que introdujo el divorcio vincular en la Argentina. Su eje central es el cambio cultural sobre la base de la consagración de los derechos humanos y la incorporación de los instrumentos del derecho internacional, que tienen su destinatario principal en la persona. El interés familiar se va desdibujando hacia el interés de los miembros que componen la familia ya que la misma ha pasado de ser una institución a una entidad libremente elegida por sus miembros y cuya base es el afecto. La perdurabilidad de esta realidad afectiva es la que legitima la relación, por lo que es preferible eliminar las trabas para terminar con el matrimonio cuando el mismo ya no se sostiene en base a ese sentimiento.

En virtud del avance de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia y tomando en cuenta el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia respecto al principio del artículo 19 de la Constitución Nacional, la reforma consagra un sistema de divorcio que respeta la libertad y la intimidad de los esposos, donde la injerencia estatal tiene límites precisos, sin perjuicio de la crítica que más adelante se hará. Su finalidad es lograr un mejor y mayor equilibrio en la tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, específicamente al momento de la ruptura del matrimonio, para que ésta pueda realizarse de modo pacífico.

El derecho de familia actual se enfrenta a nuevos enfoques principalmente por los cambios rotundos que ha tenido el matrimonio.

A nivel mundial, se advierte la tendencia a garantizar la libertad de cada uno de los esposos eliminando las causales subjetivas para acceder al divorcio, a lo que se suma la presencia de nuevas alternativas para la solución de conflictos en materia familiar, con base en el diálogo y el acuerdo.

Cambia el mundo, cambia la familia, se impone el cambio de la legislación. Es amplia la doctrina y la jurisprudencia que ha recogido esta evolución, que no es ni más ni menos que reconocer que las relaciones de familia se sostienen por el afecto y una vez desaparecido este la coerción al cumplimiento de deberes bajo el temor de una sanción no es el mejor camino. Así, se ha puesto en crisis el sistema inculpatario que mantiene el Código Civil y, en este camino, un sector de la jurisprudencia ha aplicado un criterio restrictivo para la admisión de las causas de culpabilidad del divorcio.

Respecto de las causales objetivas y con el fin de adecuar el sistema legal a la realidad de los conflictos matrimoniales, se ha planteado la inconstitucionalidad de los plazos para configurar la separación de hecho que habilita el pedido de separación personal o divorcio vincular, como así también el tiempo mínimo de matrimonio requerido por las normas para el trámite del divorcio-remedio por mutuo consentimiento, previsto en los artículos 215 y 236 del Código Civil. Se ha criticado el trámite de la doble audiencia establecido para este tipo de divorcio, cuestionando el papel del juez en su rol de investigador de las causas y de reconciliador de los esposos. Asimismo, se ha cuestionado la utilidad de seguir manteniendo la doble figura de la separación personal y el divorcio vincular.

La reforma del Código Civil y Comercial año 2012 establece en cuanto al tema del divorcio, modificaciones sustanciales y de gran repercusión en la sociedad. A través de la

derogación de la figura de la separación personal, la supresión de las causales subjetivas de divorcio; la petición del divorcio por uno o ambos cónyuges; la figura de la compensación económica; se introducen modificaciones radicales a la situación jurídica actual.

B) SEPARACION PERSONAL

Uno de los principales cambios que regula la Unificación del Código Civil y Comercial año 2012 es suprimir la figura de la separación personal que implica una ruptura del vínculo matrimonial, decretada por sentencia judicial, sin disolución de vínculo.

En la separación personal se mantiene el vínculo, es decir que no habilita para contraer nuevas nupcias pero se extingue el deber de convivencia. La separación personal tuvo su aparición como una alternativa para quienes por razones confesionales se oponían al divorcio vincular cuando este se incorporó al derecho argentino.

En la práctica se acude a la figura de la separación personal cuando no se ha llegado a cumplir el plazo mínimo desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para solicitar el divorcio de manera unilateral.

El Código Civil actualmente en vigencia, contempla la posibilidad de la separación personal para el caso de no llegar a tres años de matrimonio para poder pedir el divorcio. Los cónyuges en presentación conjunta, pueden manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común debiendo de haber transcurrido 3 años desde la celebración del matrimonio.

Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge. Si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos.

En la Unificación del Código Civil y Comercial año 2012 sólo se contempla la posibilidad de la ruptura del vínculo matrimonial a través del divorcio, suprimiéndose la separación personal.

C) SUPRESION DE LAS CAUSALES SUBJETIVAS DE DIVORCIO

El Código Civil contempla las causales subjetivas de divorcio que consagra el artículo 66 de la ley 2.393 al establecer que ellas son: 1. Adulterio 2. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes ya como autor principal, cómplice o

instigador 3. Instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos. 4. Sevicia. 5. Injurias graves. Para su apreciación, el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse 6. Malos tratos, aunque no sean graves, cuando sean tan frecuentes que hagan intolerable la vida en común 7. Abandono voluntario y malicioso.-

La situación jurídica actual denota una realidad destructiva propia de los divorcios causados de tipo subjetivo, por lo que el reproche sobre el incumplimiento de los deberes matrimoniales provoca en la actualidad relaciones familiares disfuncionales e impacta de manera negativa y dañina en los hijos y en la relación de los cónyuges.

El matrimonio como pacto entre dos personas para abordar un proyecto común, puede fracturarse y terminar en un divorcio. El divorcio es un mal necesario, un remedio para la enfermedad del vínculo conyugal. El derecho a contraer matrimonio tiene el necesario correlato en el derecho de no permanecer casado cuando no existe ya el afecto o la convivencia se torna insoportable o inexistente, resultando imposible el mantenimiento del vínculo exclusivamente por voluntad de uno de ellos. Evidentemente el camino a transitar debe ser el que menor daño económico, social y afectivo cause a todos los actores involucrados en la problemática. Esta necesidad social es lo que debe interpretar el legislador, para responder a la realidad familiar en crisis, en forma eficaz.

Su desjudicialización, la eliminación de las causas inculpatorias y la celeridad de su tramitación son deudas del sistema para con la sociedad. No debe interpretarse como factores que favorezcan la existencia de mayor número de casos de divorcios. Los cónyuges no se divorcian mas, pensando que el proceso es ágil, se divorcian por razones de otra índole que quedan reservadas a su esfera personal y exenta de apreciación jurisdiccional. Las legislaciones en las cuales su normativa asume respecto de este tema una conducta paternalista de otorgar plazos de reflexión, posponiendo la sentencia, o causales subjetivas de atribución de culpabilidades no hace mas que invadir la autonomía de la voluntad. El divorcio debe ser un remedio a la situación de conflicto y no una sanción para atribuir culpabilidades, que en la generalidad de los casos son compartidas por ambos.

Los beneficios de la sede notarial se centran fundamentalmente en la inexistencia de litigio para los casos de común acuerdo, la celeridad que le imprime la selección de esta vía y la garantía de legalidad e imparcialidad característica del notario latino, que unida a la función fedante permite arribar a un acuerdo de divorcio enmarcado en la equidad.

Es así como el divorcio sin expresión de causa, por acuerdo de partes se encuentra instalado en el derecho comparado (Cuba, Suecia, Finlandia y España) resultando mas restringida la variante unilateral (Suecia, España, Nicaragua y en la última reforma del sistema argentino).

Dentro del divorcio sin expresión de causa existe una corriente en el derecho comparado que tiende a desjudicializar el divorcio cuando éste cumple determinados requisitos. Algunas legislaciones prevén sistemas mixtos, es decir, cuando hay conflicto la sede judicial es obligatoria y cuando es consensual los esposos pueden elegir la vía notarial o administrativa. En la generalidad de los casos cuando la solicitud es unilateral, la vía es judicial.

Ahora bien, cuando es consensual como en Colombia, Cuba, Ecuador, Brasil y Perú prevén que el divorcio pueda ser realizado ante Notario y la escritura que plasma el acuerdo y el consentimiento en la disolución del vínculo matrimonial reemplaza a la sentencia. Portugal, México, Costa Rica, República Dominicana, Estonia y Japón establecen que el divorcio puede realizarse en el Registro Civil del último domicilio conyugal, habilitando la vía administrativa. Hay estados en los que el divorcio pronunciado por la autoridad administrativa está admitido: Dinamarca, Estonia, Finlandia y Lituania, siempre en ausencia de litigios sobre los efectos del divorcio, en Rusia así como en Ucrania, en caso de ausencia de hijos y de disputa sobre los efectos del divorcio.

Los países que regularon el divorcio en sede notarial, como Brasil y Ecuador, solo lo admiten cuando no hubiere hijos menores o incapaces. En Brasil esta opción fue habilitada por la ley 11.441 del año 2.007 para tramitar el divorcio consensual en forma extrajudicial y en opinión de la doctrina carioca esta vía supera la problemática de la dificultad de acceso a la justicia y la demora en la prestación del servicio jurisdiccional, incorporándolo en su ley procesal para los supuestos de inexistencia de hijos menores o incapaces y con patrocinio letrado obligatorio común o uno por cada cónyuge.

En Cuba el Decreto Ley 154 del año 1.994 otorgó el conocimiento del divorcio de mutuo acuerdo a la competencia notarial, quedando la vía judicial para los supuestos de inexistencia de acuerdo o aquellos en que deba probarse la causa del mismo. El procedimiento del divorcio notarial cubano se basa en la confección de la rogación del divorcio efectuada por ambos cónyuges, solicitud que se acompaña de las probanzas del vínculo invocado mediante las partidas de estado civil respectivas. El acuerdo de divorcio se redacta por escritura pública y en caso de existir hijo menores de edad, incluirá el ejercicio de la patria potestad, su guarda

o tenencia, el régimen de comunicación o visitas, la pensión alimentaria y la atribución de la vivienda. Y para el caso de existir bienes, el divorcio incluirá además la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, la constitución de la copropiedad por cuotas, que se adjudicará a ambos o a uno de los ex cónyuges, en caso de haberse así resuelto, entrañando además para este último supuesto la cesión de dicha participación a favor del ex cónyuge cesionario o de la donación de la misma a los hijos.

Resulta criticado por la doctrina cubana la posibilidad que otorga este régimen jurídico respecto de la comparecencia de uno solo de los cónyuges, quien para acreditar el consentimiento sobre el divorcio del otro cónyuge presenta una declaración jurada ante Notario, en ese sentido.

Iguales críticas merece la situación de dejar reservada a la facultad discrecional del Notario acerca de la posibilidad de la intervención fiscal, cuando las convenciones celebradas por los cónyuges, a su criterio, violen el principio de legalidad, sobre todo en lo que atañe a los intereses de los menores que pudieren estar en juego. Lo cierto es que al decir del Dr. Leonardo Perez Gallardo, no resulta usual esta práctica, como tampoco lo es la impugnación judicial de escrituras de divorcio acusando la existencia de convenciones inequitativas, poco ponderadas, injustas o lesivas de derechos sustanciales.

En Colombia, con la entrada en vigencia de la ley 962 de 2005, se formalizó la posibilidad de divorciarse de común acuerdo en las notarias. Este sistema fue implementado para descongestionar las "cortes de Familia" y el procedimiento notarial también puede ser utilizado aun existiendo hijos menores o incapaces. En este caso, el notario dará traslado al Defensor de Familia para que en plazo de 15 días lo observe y emita dictamen. Producido el mismo sin objeciones, el notario autorizará la escritura de divorcio y si lo observa los cónyuges deberán producir las modificaciones que se le señalen e incluirlas en el convenio, pues caso contrario se los dará por desistidos del otorgamiento.

Otros países, que han regulado la sede administrativa o notarial también la previeron con las dos limitaciones antes señaladas, que no haya hijos menores de edad o que teniéndolos el régimen de la patria potestad haya sido regulado judicialmente, siempre que haya acuerdo sobre la disolución y cuestiones conexas.

Así México, habilita la vía administrativa para el caso en que no estén en juego intereses de menores. La solicitud se interpone ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, quien consigna el acuerdo en un acta, que será ratificada en 15 días, lo que resulta suficiente para disolver el vínculo. Así el artículo 272 establece que "Cuando ambos consortes

convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentaran personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobaran con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestaran de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse". "El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantara un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarara divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia. Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles".

En Perú, la ley 29.227 del año 2.008 conocida como Ley de divorcio en Municipalidades y Notarías del Perú, establece que los cónyuges deberán acreditar haber estado casados como mínimo dos años, e iniciar el divorcio ante la Municipalidad o el Notario. El Alcalde o el Notario citarán en un plazo no mayor de 15 días a una única audiencia donde los cónyuges deberán ratificar su deseo de separarse y luego se declarará su separación convencional. Transcurridos dos meses cualquiera de ellos podrá solicitar la disolución del vínculo y en un plazo no mayor de 15 días se declarará disuelto el matrimonio.

En el continente europeo, la situación en cuanto al divorcio es la siguiente:

En Alemania se establece como causa la "ruptura irreparable del matrimonio" y se permite la disolución por consentimiento conjunto de ambos esposos incausada y condicionado a la ruptura del matrimonio sin períodos previos mínimos de convivencia.

Así Francia establece como causas el consentimiento, sin necesidad de alegar otra causal con un período mínimo de matrimonio previo de seis meses.

Italia exige la ruptura material y espiritual de la unión de los cónyuges pero resulta necesaria siempre una causal previa.

En Inglaterra y Gales es preciso constatar la ruptura irreparable del matrimonio pero siempre con un período mínimo de matrimonio previo de un año.

Bélgica admite el divorcio por consentimiento de ambos esposos con un período previo de matrimonio de tres años, y establece como causas el mismo consentimiento mutuo, la separación previa, la transformación de la sentencia judicial de separación en divorcio y la enfermedad mental del otro cónyuge.

En Holanda el divorcio por consentimiento mutuo está condicionado a la constatación de la ruptura del matrimonio.

Para Dinamarca la ley señala como causas del divorcio la separación durante dos años, incompatibilidad, adulterio, violencia y bigamia, y no prevé el divorcio por consentimiento.

Finlandia requiere "un período de reflexión de seis meses", un tiempo que deba dar paso a una segunda solicitud pero en el caso de haber estado separados al menos dos años, pueden solicitar el divorcio sin que tengan que transcurrir los seis meses.

Noruega establece que son causas la separación de un año o si no se ha cohabitado durante al menos dos años. En estos dos supuestos, no se necesita consentimiento ni alegar motivos para el divorcio. También si el cónyuge ha sido objeto de tentativa de homicidio por su consorte, maltratos o violencia familiar. No se necesita, en estos casos, período de separación. Se admite el divorcio unilateral, pero con causa.

Escocia sólo prevé la ruptura irreparable del matrimonio, admitiendo el divorcio por consentimiento mutuo condicionado a la ruptura del matrimonio por separación de dos años.

Grecia establece como causas, la ruptura del matrimonio, el consentimiento con un año de matrimonio previo y la ausencia oficialmente declarada.

En Suecia cuando es por mutuo acuerdo, su obtención es inmediata, salvo que haya hijos menores de 16 años, caso en que es obligatorio un período de reflexión de 6 meses. Si lo solicita un solo cónyuge, el período de reflexión de 6 meses es obligatorio, salvo que hayan vivido separados al menos 2 años. No se necesita alegar motivos si el matrimonio se contrajo a pesar de la existencia de absoluto impedimento.

En Suiza la solicitud es de ambos cónyuges, si lo solicita uno solo, después de 4 años de vivir separados, exigencia que se puede reducir si la continuación de la unión matrimonial es irrazonable.

En Estonia el divorcio puede peticionarse en el Registro Civil, para el supuesto de acuerdo de ambos cónyuges, en su defecto se recurre a la vía judicial.

En Portugal, el divorcio puede plantearse en tribunales o ante la Conservaduría del Registro Civil, en este caso se requiere que no tengan hijos menores o incapaces o que teniéndolos, este regulado el tema de la patria potestad. Planteada la solicitud ante la Conservaduría del Registro Civil por los cónyuges o sus procuradores, el Conservador convoca a las partes a una entrevista, en la que se intenta la reconciliación, que en caso de fracasar, decreta el divorcio sin más.

Del análisis derecho comparado, se advierte la diversidad de criterios en cuanto a las formas de viabilizar el divorcio.

En consecuencia, la vía judicial o extrajudicial, y en este último caso, administrativa o notarial, siempre son planteados como regímenes opcionales, ya que ninguno de los países ha suprimido la competencia judicial. De la misma forma que lo hemos propuesto para la celebración del matrimonio lo hacemos extensiva al divorcio. En suma, no ofrece más garantías un juez que otro funcionario, como pudiera ser el Notario a quien el derecho le atribuye una función legalizadora, garante de acuerdos alcanzados con equidad sobre la base del principio de imparcialidad, como deber ético y legal consagrado en todas las legislaciones notariales.

Es evidente que la judicialización del divorcio obedece más a causas históricas que a motivos intrínsecos de la propia institución. Por el contrario su desjudicialización, genera procesos más ágiles, permite la descongestión judicial y supera la dificultad de su acceso.

Consideramos además que para el supuesto de su desjudicialización pueda realizarse con asistencia letrada.

La Unificación del Código Civil y Comercial año 2012 ya comentado mantiene el divorcio como una institución que se logra con el dictado de una sentencia tras atravesar un proceso judicial. La no expresión de causas, calificada con divorcio exprés, no soluciona la problemática de los procesos de divorcio, en este sentido la reforma argentina pierde la

oportunidad de introducir la vía extrajudicial mediante la generación de espacios que permitan el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Se auspicia una futura reforma legislativa que recepte esta insoslayable realidad social, legislando un divorcio vincular por mutuo acuerdo con un trámite sencillo y económico, ante Notario, sin obligar a las partes a iniciar un litigio cuando en realidad sus desavenencias tienen un punto esencial de coincidencia: obtener el divorcio vincular.

D) PROYECTO LEGISLATIVO A NIVEL NACIONAL EN MATERIA DE DIVORCIO EN SEDE ADMINISTRATIVA

En nuestro país el 5 de marzo de 2.008 se presentó un proyecto de ley llevándolo a la sede administrativa a través de la diputada Marta Sylvia Velarde que perdió a la fecha estado parlamentario, proponía la incorporación del artículo 216 bis del Código Civil de la Nación, en el siguiente sentido: “Artículo 216 bis: Cuando los cónyuges mayores de edad y plenamente capaces estuvieren de acuerdo en proceder a su divorcio vincular por mutuo consentimiento, podrán tramitarlo ante el Registro Civil que corresponda al último domicilio conyugal. El acuerdo deberá incluir: 1º). La tenencia y régimen de visitas de los hijos menores; 2º) La atribución del hogar conyugal; 3º). Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización; 4º). Distribución de los bienes gananciales si estos existieren.

El Registro Civil deberá incluir en el acta de divorcio por mutuo consentimiento lo acordado por las partes en relación a todos y cada uno de los aspectos mencionados precedentemente. En el supuesto de no existir acuerdo pleno de los cónyuges sobre la totalidad de los mismos, el acto no podrá otorgarse ni registrarse pudiendo los cónyuges recurrir a la vía judicial correspondiente.

En sus fundamentos se expresa que en cuanto al divorcio, el régimen legal actual posibilita el divorcio vincular mediante una presentación conjunta ante el juez competente, con la simple manifestación de que existen causas graves que hacen imposible la vida en común. Aunque el artículo 236 exige al juez oír a las partes y procurar conciliarlas y otorga un plazo de reflexión, no mayor a tres meses, en la práctica estos recaudos tienen un carácter más bien ritualista que provoca gastos innecesarios a los cónyuges, y congestiona innecesariamente los Tribunales provocando un dispendio jurisdiccional. Los esposos se

presentan en forma conjunta, cada uno con su respectivo abogado y en un mismo escrito, solicitando la separación personal o el divorcio vincular, expresando sólo que se debe a "causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común", sin describirlas. Para poder elegir este trámite se requiere un plazo mínimo de dos o tres años de celebrado el matrimonio, según se solicite la separación personal o el divorcio vincular. Una vez iniciado el proceso, el juez fija una primera audiencia a la que deben asistir personalmente las partes con sus respectivos abogados. En dicha audiencia, el juez conversa informalmente con los esposos para ver si están convencidos de tal decisión. Cuando hay hijos menores de edad, los jueces se preocupan además por su bienestar. Luego de la primera audiencia se fija una segunda, que se celebra entre los dos y tres meses de la primera. Esta segunda audiencia suele ser más breve que la anterior, pues su objetivo es conocer si los esposos mantienen su decisión de separarse. En este caso, pueden no concurrir personalmente y dar un poder especial y específico para que los abogados los representen. En el expediente no queda registrado lo manifestado en las audiencias. Luego de la segunda, el juez dicta sentencia. Siendo los cónyuges mayores de edad y plenamente capaces, cuando llegan a esta instancia de la imposibilidad de convivencia, estos recaudos formales devienen inoficiosos, y en la realidad de los hechos, el divorcio vincular se produce por mutuo consentimiento de las partes. Debemos tener en cuenta que, en el divorcio por mutuo consentimiento el Juez no decide nada, no es al Juez a quien compete la decisión de dar por disuelto el vínculo matrimonial sino a los cónyuges. Por otra parte no existe "juicio" porque no hay contienda legal. Entonces, cualquier "sentencia" es impertinente, si versa sobre un asunto que la ley ha atribuido como facultad específica y exclusiva de los cónyuges, resueltos a divorciarse por mutuo consentimiento. En la relación convencional para la celebración del matrimonio el Juez no tiene competencia ni participación legal de ninguna naturaleza. Y si los contrayentes, en uso de su facultad legal deciden rescindir su convención, sería la misma persona, el mismo sujeto de derecho o la misma autoridad administrativa que solemnizó la relación contractual, en estricto derecho, la única llamada a solemnizar tal "revocación de la voluntad" y dar fe de que así lo expresaron las partes interesadas.

Además, debemos recordar, que en nuestro Código Civil, el artículo 213 establece que el vínculo matrimonial se disuelve: 1° Por la muerte de uno de los esposos; 2° Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento; 3° Por sentencia de divorcio vincular. Por ello, con el presente proyecto de ley, se incluye

dentro de este Artículo, como inciso cuarto, el siguiente: "Por divorcio vincular por mutuo consentimiento conforme al artículo 216, bis".

Por otra parte, y siguiendo el orden del Código, el artículo 216 dispone que: " El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238." A este artículo, en el proyecto se le agrega que: "Como así también, por divorcio vincular por mutuo consentimiento conforme al artículo 216, bis". El artículo 216 bis, es una incorporación que el presente proyecto hace al código Civil, por el cual se establecen, entre otras cosas, el contenido del acuerdo, como así también se deja en claro, que los cónyuges pueden optar también por la vía judicial.

Atento al fundamento básico del acuerdo de voluntades de los cónyuges, se exige que tal acuerdo incluya todos los aspectos vinculados al matrimonio, y no se limite a la disolución del vínculo. No tendría sentido aceptar acuerdos parciales, porque las partes deberían recurrir de todos modos a los jueces para ventilar otras diferencias. Es por ello que se exige un acuerdo integral que abarque: 1º). Tenencia y régimen de visitas de los hijos menores o incapaces; 2º). Atribución del hogar conyugal; 3). Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización; 4º). Distribución de los bienes gananciales, si los hubiere.

El Registro Civil deberá incluir en el acta de divorcio por mutuo consentimiento lo acordado por las partes en relación a todos y cada uno de los aspectos mencionados precedentemente. En el supuesto de no existir acuerdo pleno de los cónyuges sobre la totalidad de los mismos el acto no podrá otorgarse ni registrarse pudiendo los cónyuges recurrir a la vía judicial correspondiente.

E) DE LEGE FERENDA

Nada obsta la atribución de la competencia notarial en esta materia, para los supuestos en que exista acuerdo de ambos cónyuges. En este caso, el acuerdo podrá ser integral y versar sobre los aspectos personales y patrimoniales que entrañan necesariamente la disolución del vínculo matrimonial. En este sentido, podrán resolver sobre la tenencia de los hijos menores de edad o incapaces, el régimen de visitas para aquel de los progenitores que no tenga su guarda, con especial indicación de días, horarios y fijación de calendario anual en caso de

diversos festejos, la asignación de la cuota alimentaria, forma y fechas de pago, la atribución de la vivienda familiar, la liquidación y adjudicación de los bienes que integran la sociedad conyugal y todos aquellos acuerdos que hagan a la futura convivencia familiar.

La necesidad de intervención letrada obligatoria en la etapa de formación de los acuerdos aludidos y en especial para los supuestos de existencia de hijos menores o incapaces, cambiando de este modo el rol que actualmente desempeña el letrado como impulsor de la contienda, pasando a ser defensor de los intereses que corresponden a su cliente en los formación de los acuerdos y garante de su legalidad intrínseca.

Deberá intervenir un notario de la jurisdicción correspondiente al último domicilio conyugal, quien otorgará la escritura de divorcio conteniendo el consentimiento a esos efectos y los acuerdos celebrados, debiendo expedir testimonio para los interesados y registrarse a los fines de su publicidad ante el Registro Civil y los registros inmobiliarios respectivos.

Resulta innecesario el transcurso de un lapso de tiempo entre la celebración del matrimonio y el divorcio. La reglamentación podrá prever el cobro de honorarios y demás aranceles.

Para los supuestos de desavenencias entre los cónyuges será necesaria la formación del respectivo proceso judicial de divorcio. En ese caso se propugna, la adopción de procesos judiciales sumarios, la limitación de la facultad de reconvenir, la imposibilidad de alegación de hechos nuevos, la inapelabilidad de la sentencia de divorcio de común acuerdo si uno de los cónyuges lo propone y en fin todas aquellas medidas procesales que tiendan a acelerar el proceso judicial, minimizando el impacto que de por sí provoca el divorcio.

X.- UNIONES CONVIVENCIALES

A) CONCEPTO Y ALCANCES

La unión de la pareja – sea de igual o diferente sexo - que convive de manera estable como si fuera casada pero no ha contraído matrimonio civil, se denomina “unión convivencial” - antes conocida como “concubinato”. Se consideran convivientes a dos personas que cohabitan de forma pública, estable y permanente, y tienen comportamientos similares al matrimonio. Esta terminología no abarca una única modalidad, sino una pluralidad de manifestaciones con características similares, pero no idénticas. Jóvenes que cohabitan antes de casarse; parejas que han decidido mantenerse al margen del matrimonio en

forma consciente y voluntaria; uniones de sectores sociales excluidos o vulnerables en los que se trata de una práctica generalizada, etc.

En el último censo nacional resultó que el 40% de las uniones familiares son convivenciales, y no maritales, y entre las personas de 25 a 34 años ese porcentual se eleva al 60,74%.-

Los datos que arroja el último censo de población hogar y vivienda son los siguientes:

- a) Del total de población casada y en pareja de 14 años y más (16.222.566) el 61,2% son personas unidas en matrimonio, mientras que el 38,8% conviven sin haber celebrado nupcias.-
- b) En las provincias más pobres, el índice aumenta, incluso se invierte el porcentaje (Formosa), o se iguala (Chaco).-

Pero si evaluamos solo el rango de edades entre 25 y 34 años, el porcentaje de casados disminuye hasta llegar a un 39,26%.- Estos datos evidencian que el matrimonio ha dejado de ser entendido como una institución imprescindible para la subsistencia y formación de una familia.

Este tipo de uniones familiares está protegida por determinadas leyes especiales, a saber:

Derecho a la pensión: Por muerte del afiliado, la pareja sobreviviente puede cobrar la pensión como si fuera esposa o esposo del fallecido o fallecida. Para ello, quien reclame la pensión debe haber convivido con su pareja los cinco últimos años anteriores a la muerte de quien en vida trabajó; o dos años anteriores, si de esa relación de convivencia hubiera nacido algún hijo en común. (Artículo 53 de la ley 24.241)

Derecho a reclamar daños y perjuicios al responsable por la muerte de uno de los convivientes: En aquellos casos que se produjese la muerte de uno de los miembros de la pareja conviviente por responsabilidad de un tercero, el o la sobreviviente tendrá derecho a reclamar todos los daños y perjuicios más los gastos por asistencia médica y sepelio.

Indemnización laboral por la muerte de uno de los convivientes: La ley de contrato de trabajo establece que corresponde al sobreviviente de una pareja conviviente, el derecho a cobrar la indemnización laboral por muerte de su conviviente, si prueba su unión convivencial durante un mínimo de dos años -si la persona fallecida era soltera- o cinco años -si era divorciada o separada-.

Continuidad del alquiler de la vivienda común: Si uno de los dos miembros de la pareja el reviste la calidad de locatario del inmueble, y abandona el hogar o muere, el otro miembro de la unión convivencial puede continuar habitando el inmueble sin ser desalojado

hasta el vencimiento del plazo contractual, y siempre que siga cumpliendo con el pago del alquiler y demás obligaciones.-

Protección contra la violencia familiar: La o el conviviente que sea víctima de violencia familiar, puede pedir el auxilio policial y judicial para la protección de su persona o sus familiares, igual que si se tratara de violencia entre cónyuges.

Paternidad de los hijos: Si el conviviente no reconoce a sus hijos voluntariamente, esa unión convivencial se convierte en una prueba importantísima en el juicio por la reclamación de paternidad, pues si se acredita que a la época de la concepción ya convivían, la ley presume que el hijo/a fue engendrado/a, durante esa unión de hecho.- También se puede presuponer y probar la paternidad del conviviente, acreditando que éste le ha dado públicamente trato de hijo/a a quien es descendiente de su pareja.-

Donación o recepción de órganos; La ley de transplantes de órganos permite que uno de los convivientes -en vida, o para después de su muerte, pueda donar a su pareja sus órganos y ésta ser receptora de estos órganos, tal como sucede entre cónyuges. Para ello, deben haber convivido los tres últimos años inmediatos anteriores a la donación; o dos años, si de esa relación hubieran nacido descendientes. En iguales condiciones, en caso de muerte de uno de los convivientes, su pareja puede autorizar la donación de órganos de su conviviente fallecido a otras personas.

B) DERECHO COMPARADO

El derecho comparado no presenta unidad sobre la palabra adecuada para denominar a las parejas que conviven sin que exista vínculo matrimonial. Se alude al “concubinage” en el derecho francés, la “famiglia di fatto” en el derecho italiano, a las “parejas estables” en el derecho español; a la “unión marital de hecho” en Colombia; las “uniones concubinarias” en el derecho uruguayo; el concubinato, el matrimonio aparente o la unión de hecho, por citar algunos.

La mayoría de los países latinoamericanos regula solo las uniones convivenciales heterosexuales y en ellas el derecho-deber alimentario entre los integrantes de la unión. Entre éstos podemos citar Bolivia, Ecuador, Brasil, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Cuba y Perú. Algunas de las legislaciones latinoamericanas, a su vez asimilan las uniones convivenciales al matrimonio, siempre que éstas reúnan ciertos requisitos establecidos en la ley que las reconoce y regula, esto ocurre en el Código de Familia de la Republica de Panamá, el Código Civil de Guatemala y el Código de Familia de Bolivia. El Código Civil de Méjico

determina que los concubinos se encuentran obligados a darse alimentos, siempre que hubieran convivido durante los últimos cinco años o hayan tenido descendencia en común, supeditando esta obligación a que ambos integrantes de la unión no tengan impedimento de ligamen.

En España, las legislaciones de las autonomías regionales españolas de Navarra, Aragón, Baleares y Cataluña, reconocen el deber derecho alimentario entre convivientes, regulando que para el caso del cese de la convivencia, cualquiera de los miembros de la unión pueda reclamar al otro el pago de una pensión periódica, si la necesita para atender a su sustento, siempre que la convivencia haya disminuido su capacidad de obtener ingreso (en cuyo caso la prestación dura tres años) o si tiene a su cargo hijos o hijas comunes en circunstancias en las que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida (en este caso la pensión alimentaria dura hasta que la atención de los hijos cese por cualquier causa, éstos lleguen a la mayoría de edad o sean emancipados, salvo casos de incapacidad).

Bélgica regula la posibilidad de que un conviviente, en caso de ruptura, peticione alimentos a su favor cuando acredite estado de necesidad. Si la acción prospera, el juez puede ordenar como medida urgente la entrega de alimentos de un conviviente a favor del otro que se encuentra en estado de necesidad por un lapso que no puede exceder de un año.-

En Francia existen tres posibles formas de unión entre dos personas: el matrimonio, la unión convivencial o el pacto civil de solidaridad.- Este último constituye un contrato civil celebrado entre dos personas mayores de edad, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común. Se requiere formalización por escrito, que se presente y se deje constancia de éste por ante el juzgado; surge con su celebración una obligación - para cada una de las personas que lo suscriben - de ayudar al otro en forma material. Se dispone expresamente que los compañeros ligados por un pacto civil de solidaridad se deben ayuda mutua y material, siendo las modalidades de esta fijadas en el propio pacto. En caso de no haberla convenido, corresponderá al juez fijarlas.

En nuestro país como se expresara solo había reconocimientos de derechos a favor de los convivientes dispersos en todo el ordenamiento a través de leyes sobre todo asistenciales y provisionales. Es el nuevo Código Civil y Comercial año 2012, el que las regula y define a las “uniones convivenciales” como la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que comparten un proyecto de vida en común, cualquiera sea su orientación sexual, al que se establece un plazo mínimo de dos años.

La registraci3n no es un requisito para la existencia o configuraci3n de la convivencia, sino para facilitar su prueba y, en alg3n caso, para oponibilidad a los terceros.

Se da prioridad a la autonomía de la voluntad de los integrantes de la pareja expresada en forma escrita pero la libertad no es absoluta; por eso, esos pactos no deben ser contrarios al orden p3blico, ni conculcar el principio de igualdad entre los miembros de la pareja ni afectar derechos fundamentales de cada uno de los integrantes de la misma. Con estas restricciones, y de manera meramente orientativa, se dispone que las partes puedan pactar, entre otras cuestiones, la contribuci3n a las cargas del hogar durante la uni3n, y para el caso de ruptura, la atribuci3n del hogar com3n y la divisi3n de los bienes obtenidos por el esfuerzo com3n. Se permite que los pactos puedan ser modificados y extinguidos en cualquier momento por ambos convivientes, expresándose que el cese de la convivencia trae consigo la extinci3n de pleno derecho del pacto para el futuro.

Como r3gimen legal supletorio, o sea, ante la falta de pacto, cada integrante de la uni3n administra y dispone libremente los bienes de su titularidad, excepto las restricciones expresamente previstas en materia de protecci3n de la vivienda y los muebles indispensables que se encuentran all3.

Tratándose de un derecho b3sico que se deriva del principio de solidaridad familiar, se dispone que los integrantes de la uni3n se deban mutuamente asistencia, la obligaci3n de contribuir a los gastos dom3sticos y la solidaridad por las deudas asumidas por cada uno de los integrantes de la pareja para la atenci3n de los mismos.

Se establece que los convivientes no pueden, sin el asentimiento del otro, disponer de derechos sobre la vivienda familiar ni los muebles indispensables de 3sta. A estos fines, se dispone que la falta de asentimiento faculta a quien no lo prest3 a demandar la nulidad dentro del plazo de caducidad de seis meses de haber conocido el acto de disposici3n y siempre que no se haya producido el cese de la convivencia.

Adem3s, al igual que en el r3gimen patrimonial primario, se prev3 que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas despu3s del inicio de la uni3n convivencial, excepto que dichas deudas hayan sido contraídas por ambos miembros o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Se enumeran diferentes causas de cese de la convivencia: mutuo acuerdo; voluntad unilateral o de uno de ellos debidamente notificado al otro, y cese de la convivencia mantenida durante un lapso m3nimo de un a3o. Tambi3n se enumeran otras causales que no se fundan en la autonomía de la voluntad: fallecimiento de alguno de los integrantes de la pareja;

sentencia de ausencia con presunción de fallecimiento; matrimonio o unión convivencial de uno de sus miembros con un tercero, y matrimonio entre los miembros de la unión.

Se extiende a las parejas convivientes la posibilidad de que el integrante que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación por causa de la convivencia y su ruptura, sea compensado, de modo similar al supuesto del divorcio.

La vivienda se protege de diferente manera. El inmueble que ha sido sede de la familia puede ser atribuido a uno de los convivientes, normalmente, el que se queda a cargo de los hijos. Si el inmueble sede de la unión convivencial fuese alquilado, se autoriza al conviviente no locatario a continuar en la locación hasta su vencimiento. En el caso de fallecimiento de uno de los convivientes, si el supérstite carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que le aseguren el acceso a una vivienda, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por el plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con terceros. Este derecho se extingue si el supérstite conforma una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda habitable o bienes suficientes para acceder a una. De este modo, el conviviente tiene protegida la vivienda, pero su derecho es más débil que el derecho real de habitación gratuito reconocido al cónyuge supérstite, distinción que encuentra su justificación en la ya mencionada necesidad de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar.

En suma y a modo de colofón las uniones matrimoniales o convivenciales se basan en el principio de autonomía de la voluntad de ello se colige que a falta de ese consentimiento adviene la ruptura del vínculo. Como se expresara la sociedad argentina reclama la necesidad de agilizar los procesos judiciales y desburocratizar los administrativos, no advirtiéndose los perjuicios que se derivarían del ejercicio de la función notarial en forma coadyuvante a esos fines.

NOTA EXTENDIDA:

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 por Ley 26.994 el 01/10/2014 y que entrará a regir el 01/01/2016.-

BIBLIOGRAFIA

I) Doctrina

Culaciati, Martín Miguel. Reinterpretación del divorcio. En: La Ley, Tomo 2013-D, pág. 995-1004.

Di Leo Recalde, Marisa Lorena; Lamber, Néstor Daniel; Mezzini, Carla y Posteraro Sánchez, Leandro Nicolás. Autonomía de voluntad en el derecho de familia y en el Proyecto de Código Unico. Matrimonio en sede notarial p. 71-89 En: Cuaderno [del] Centro de Estudios Notariales (CEN). Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Delegación Lomas de Zamora. CEN, diciembre 2012, n° 9.

López del Carril, Luis M. El derecho de familia y la sociedad contemporánea. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2007. Capítulo VI. Divorcio notarial.

López Obando, Homero. Jurisdicción voluntaria en sede notarial. En: Lucero Eserverri, Roberto A. y Pérez Gallardo, Leonardo B. Panorama actual del derecho notarial en Hispanoamérica: Homenaje a Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez. Buenos Aires: Júpiter, Librería Jurídico-notarial, 2011. pág. 289-314.

Maas, Noel y Danielian, Miguel. Celebración notarial del matrimonio. En: La Ley, Tomo 1992-D, p. 1216-1218

Marino, Rut Etel. El proyecto sobre casamiento por escritura pública p. 622-628 En: Revista del Notariado. Buenos Aires, Colegio de escribanos de la Capital Federal, julio-septiembre 1990, n° 822

Olivé, Rodolfo Emilio y García Coni, Raúl Rodolfo. Casamiento por escritura pública p. 1281-1284. En: Revista del Notariado. Buenos Aires, Colegio de escribanos de la Capital Federal, octubre-diciembre 1988, n° 815

Pérez Gallardo, Leonardo B. Un fantasma recorre latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. En: Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. N° 42, Buenos Aires: Abeledo Perrot, mar-abr 2009. pág. 243-280.

II) Derecho comparado

Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo. Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España p. 20-80 En: Derecho de Familia y de las Personas. La Ley S.A., agosto 2012, año 4, n° 7

Mesa Castillo, Olga. La formalización del matrimonio ante notario y registrador del Estado Civil: El notario y el derecho de familia. En: Pérez Gallardo, Leonardo B. y Lora Tamayo Rodríguez, Isidoro. Derecho notarial Tomo III. La Habana: Editorial Félix Varela, 2006/08. pág. 189-232.

Pérez Gallardo, Leonardo B. El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: mitos y tabúes. En: Pérez Gallardo, Leonardo B. y Lora Tamayo Rodríguez, Isidoro. Derecho notarial. La Habana: Editorial Félix Varela, 2008. Tomo III. Pág. 233-288.

Riveros Gil, Gloria Mariele. Competencia notarial en asuntos no contenciosos. En: Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo, A.E.U. ene-dic 2008. Tomo 94.

Salazar Puente de la Vega, Mercedes. Divorcio en sede notarial. En: Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo, A.E.U. ene-dic 2008, Tomo 94

Santos Balandro, Rubén. La reforma del Estado y el matrimonio, el divorcio y la declaración de concubinato en sede notarial: su eficacia internacional. En: Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo, A.E.U. ene-jun 2011, tomo 97.

Saucedo, Ricardo J. El derecho notarial frente al Régimen del Matrimonio Civil igualitario instaurado por la ley 26618. Publicado 15/6/2011 en SJA 15/06/2011 Abeledo Perrot 003/015454/56

Torres Vilá, Héctor. Tramitación de asuntos no contenciosos en Puerto Rico. En: Revista Notarial n° 969, sep-dic 2011, pág. 991-1003

III) Jornadas, Congresos, Encuentros

Congreso Internacional del Notariado Latino, 20. Conclusiones. Tema I. La intervención del notario en la jurisdicción no contenciosa. Ponencia de la Delegación Argentina. En: Revista Notarial n° 912, may-ago 1992, pág. 443-464

Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 38. Buenos Aires, 31 agosto-2 septiembre 2011. (Conclusiones- Tema I) p. 1075-1079. EN: Revista Notarial. La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 969, septiembre-diciembre 2011.

Jornada de Derecho Notarial del Norte, Centroamérica y el Caribe, 6. Tegucigalpa, Honduras, 22 al 25 de mayo de 1991. Conclusiones. Tema I. La jurisdicción voluntaria y la actividad notarial. En: Revista Notarial 909, may-ago 1991, pág. 1037-1044.

Jornada Notarial Argentina, 30. Mendoza, 29 al 31 de agosto de 2012 [Conclusiones] p. 915-928. (Tema III) En: Revista Notarial. La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 972, septiembre-diciembre 2012.

Jornada Notarial Bonaerense, 37. Junín, Buenos Aires, 2 - 5 noviembre 2011 (Despachos aprobados- Tema I) p. 287-301. En: Revista Notarial. La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 970, enero-abril 2012.

Jornada Notarial Bonaerense, 38. Bahía Blanca, 12-16 noviembre 2013 Despachos aprobados (Tema I) p. 14-27. En: Boletín Informativo. La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 6 diciembre 2013, n° 1431 y En: Revista Notarial n° 973, ene-abr 2013, pág. 299-319.

Jornada Notarial Iberoamericana, 13. Asunción, República del Paraguay. 26 al 28 de junio de 2008. Conclusiones. En: Revista Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino, n° 32, julio 2008, p. 32-35. Tema II. Competencia notarial en asuntos no contenciosos. También en Revista Notarial n° 959 pág. 639-643.

Jornada Notarial Iberoamericana, 14. Punta Cana, República Dominicana, 3 al 6 de junio de 2010. Conclusiones. En: Revista Notarial n° 965 may-ago 2010, pág. 601-613, Tema III La competencia notarial en asuntos no contenciosos (Experiencia en América)

Jornada Notarial Iberoamericana, 15. Madrid, España, 28 al 31 de mayo de 2012. Tema III, Persona familia y sucesiones. (Intervención notarial) En: Revista Notarial. La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 971, may-ago 2012, pág. 611-619.

IV) Trabajos presentados en Jornadas, Congresos, Encuentros

Cernielo, Romina I. y Larroudé, Cecilia M. Intervención notarial en la celebración del matrimonio. En: Revista del Notariado n° 908, pág. 61-69..

Falbo, Santiago. Antecedentes y sistema del régimen patrimonial matrimonial en el Proyecto de Código Civil. En la 38 Jornada Notarial Bonaerense, Bahía Blanca, 12 al 16 de noviembre de 2013.

Lozano, Marcelo A. Celebración del matrimonio en sede notarial p. 131-136 EN: Revista del Notariado. CABA, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, enero-marzo 2012, año 115, n° 907.

Bresso, Laura Isabela y Crego, Paula. La regulación de la autonomía de la voluntad: Uniones Convivenciales En la 38 Jornada Notarial Bonaerense, Bahía Blanca, 12 al 16 de noviembre de 2013

Arana, Marina Gabriela, Cappelli, Alicia Elsa; Galeazzi, Ana Clara; Mendez, María Carolina; Merlín, Carla Las relaciones de familia a la luz de los principios de igualdad, libertad y solidaridad en el código civil y comercial proyectado. incidencia de la reforma en la actividad notarial. En la 38 Jornada Notarial Bonaerense, Bahía Blanca, 12 al 16 de noviembre de 2013

Adler, Paula y Pagni, Carlos Martín Matrimonio en sede notarial En la 38 Jornada Notarial Bonaerense, Bahía Blanca, 12 al 16 de noviembre de 2013