

Proyecto de Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos

El contenido del presente anexo, ha sido elaborado por abogadas y abogados especialistas, integrantes de las Comisiones de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, del Instituto de Estudios Legislativos y de los Colegios y Asociaciones federados de todo el país

DIVORCIO ADMINISTRATIVO

Reparos y objeciones constitucionales del art. 352 del Proyecto de ley Ómnibus remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación el 27/12/2023

El proyecto de ley ómnibus propone modificar el art. 435 del CCCN, agregando una causal de disolución del matrimonio en el inc. “d”, mediante el cual se posibilita a los conyugues disolver el vínculo con una simple “comunicación” sin asistencia letrada, ante un órgano administrativo (determinado mediante decreto reglamentario), la voluntad de concluir con el vínculo, en forma conjunta, *“el cual tendrá los mismos efectos que el divorcio”*.

Es decir que la reforma propone que el divorcio sea decretado por un funcionario/a del Registro Civil o de otra repartición pública a determinar reglamentariamente, pero siempre dependiente del Poder Ejecutivo; lo que prima facie atenta contra el **sistema división de poderes** que establece nuestra Constitución Nacional, permitiendo que el Poder Ejecutivo se arroje facultades o funciones judiciales (art. 109 CN)

Con ello se otorgaría al Ejecutivo la facultad de extralimitarse en sus funciones, otorgándole la función de ejercer atribuciones que solo le competen al Poder Judicial,

invadiendo una zona de poder no atribuida al Ejecutivo por nuestra Constitución, violentando los principios del sistema Republicano, como es la división de poderes (art. 1 CN)

Esto por un lado, por otro el proyecto **atenta contra el orden público y principios del proceso de familia**, ya que el art. 706 del CCCN al establecer los principios generales de los procesos de familia, determina que en esta materia se debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

Estas normas que rigen el procedimiento de divorcio deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. Esto implica que los jueces ante los cuales se tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.

Como se puede ver ninguno de estos principios pueden garantizarse en un procedimiento administrativo, ya que implicaría sustraer del fuero especial del familia y sus reglas de procedimiento los divorcios, vulnerando el principio de progresividad, de prohibición de regresividad o de retroceso, establecido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Por otro lado el proyecto **altera las reglas de competencia** ya que el art. 717 del CCCN y la mayoría de los códigos procesales provinciales, establecen que en las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia; es competente el juez del último domicilio conyugal (en esto se mantiene), dando la opción de hacerlo también ante el **domicilio de cualquiera de los cónyuges**, situación que resultaría más fácil de comprobar dado que el Registro Civil cuenta con esos datos, lo que no sucede respecto del último domicilio conyugal, que dependerá de la simple declaración jurada que de ello hagan los

peticionantes.

Ahora bien, una vez decretado el divorcio en sede administrativa, nos preguntamos cuál será el Juez/a que deberá entender luego en las causas conexas al mismo? Hablamos de reclamos alimentarios, compensación económica, régimen de comunicación y cuidado respecto de los hijos/as, liquidación de la sociedad conyugal o comunidad de bienes, etc.

También nos preguntamos, en vista al art. 480 del CCN, que establece: “*si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación*”; qué fecha se tomará como de disolución de la comunidad de bienes? Esto último si se tiene en

cuenta que existió una separación de hecho en forma preliminar a la petición de divorcio en sede administrativa.

Pero lo más grave de la reforma en análisis, radica en **no exigir asistencia o patrocinio letrado obligatorio para tramitar el divorcio**, como si lo hace el Proyecto Ómnibus para los procesos sucesorios notariales; desconociendo que el Estado debe ser garante de la defensa en juicio de los derechos..

En este orden de ideas puede sostenerse que el proyecto es inconstitucional, ya que atenta contra el derecho de Defensa en Juicio y Debido Proceso (art. 18 CN y art. 8 CADHH)

En efecto, al establecer nuestros constituyentes que: “*Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*”(art. 18 CN), la inteligencia de la cláusula demanda que toda persona tiene derecho a ejercer una defensa adecuada de sus intereses en cualquier tipo de proceso, ya sea civil, laboral o administrativo.

Entendemos que la asistencia letrada obligatoria evita renunciaciones de derechos

anticipadas por desconocimiento o falta de asesoramiento, procesos inútiles y, de este modo, ayuda a descomprimir el sistema judicial: iguala a los ciudadanos y, en definitiva, ante la ley.

Por ello el patrocinio técnico – jurídico se debe considerar indispensable y necesario en tanto la complejidad de la materia jurídica y el formalismo de los ritos procesales han hecho que el abogado/a, como profesional universitario que es, se convierta en una asistencia irremplazable para la parte y en un colaborador técnico para el mejor auxilio a la administración y desenvolvimiento de la justicia.

Es decir que la obligatoriedad del patrocinio letrado resulta de carácter irremplazable cuando la parte, inexperta y carente de conocimientos específicos del Derecho, debe afrontar una convocatoria judicial, ya sea para reclamar o bien para resistir un reclamo, más cuando el proyecto propicia renunciar a derechos.

Así se ha dicho que el/la abogado/a tiene una función bifronte que constituye una categoría jurídico – procesal desde el momento en que se observa una doble relación entre el abogado con su cliente y con la jurisdicción. Es decir que, en esta doble función, el abogado simultáneamente debe responder al interés privado de la parte, y por otro, a un interés público.¹

La tarea extrajudicial que cumple el profesional de la abogacía de escuchar la narración de los hechos de su cliente, que no tiene la aptitud técnica de distinguir lo imprescindible de lo prescindible, resulta fundamental. El cliente, desconocedor de la técnica y estrategias jurídicas, impedido de exponer con claridad sus pretensiones, inexperto e impulsivo, hace que el abogado/a sea el encargado de extraer la pretensión y darle un encuadre jurídico que propenda a su satisfacción.

Este asesoramiento a la parte, mediante consultas y dictámenes, suple la

¹ Fenochietto “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos procesales”. Tomo 1. Editorial Astrea 1999. Pags. 240-249)

imposibilidad del cliente de postularse directamente ante los tribunales de justicia. Es decir, que el patrocinio letrado es un instrumento esencial e irremplazable para asegurar la plenitud del ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Respecto de la función pública, siendo el abogado quien ejecuta el derecho constitucional de defensa en juicio de su cliente, utilizando a tal efecto todo su conocimiento técnico jurídico, ante el tribunal, la función de interés público hace a la agilización y el recto funcionamiento de la justicia, de primordial relevancia social. En otras palabras, difícil sería el proceso judicial sin la habilidad profesional y cultura jurídica del letrado. Surge así la necesidad de este patrocinio como herramienta técnica auxiliar del juez coadyuvante en la recta administración de justicia.

La cuestión no es menor si tenemos en cuenta que a partir de la extinción del vínculo matrimonial empiezan a correr los plazos para petitionar la compensación económica (art. 525 del CCCN de seis meses), solicitar la declaración de nulidad por fraude o simulación (art. 473 y 2543 del CCCN de dos años) o cesa la obligación alimentaria entre los esposos (art. 432 del CCCN).

En el caso de los actos jurídicos que son inoponibles al otro cónyuge con el propósito de defraudarlo, el curso de prescripción para solicitar la nulidad se suspende entre cónyuges durante el matrimonio, es decir que la acción nace después del divorcio y prescribe luego de dos años (art. 2543 CCCN).

Por lo manifestado es dable sostener que la falta de exigencia de patrocinio obligatorio, no solo viola las normas antes citadas que hacen al ejercicio profesional, sino que deja desprotegido al ciudadano/a que decide obtener la disolución de un vínculo matrimonial, con todas las implicancias que ello genera.

Vinculado con la garantía de Debido Proceso, nos planteamos la situación en que alguno de los cónyuges, por algún motivo pretenda **recurrir o pedir la revisión del acta administrativa** que declara el divorcio. Deberá instar la revisión mediante



FEDERACIÓN ARGENTINA
DE COLEGIOS DE ABOGADOS



En defensa de la profesión,
por el mejoramiento de la Justicia
y la vigencia de la República

recurso administrativo? o podrá recurrir a través de un recurso directo ante la justicia? Sea cual fuera la vía recursiva, se advierte que la tutela judicial efectiva, como un mandato enunciado en los tratados de DDHH, queda en un enunciado teórico ya que se retacea o recorta el acceso a la justicia del ciudadano, y el derecho del doble conforme que implica la garantía que un Tribunal fiscalice la legalidad de los actos. En tal sentido la Corte IDH, considera que el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal.²

Por último, y desde una **perspectiva de los DDHH de las mujeres**, cabe preguntarse qué sucedería si uno de los conyugues padece situaciones de violencia de género, o violencia doméstica; y ante la falta de asesoramiento letrado es sometido a “comunicar” al funcionario administrativo su decisión de disolver de tal modo y por, esa vía el vínculo matrimonial.

Sin dudas ante un contexto de violencia, donde una de las partes –como habitualmente ocurre - se encontrara en una situación de desigualdad, inferioridad sometimiento respecto de la otra, que de tal modo se sintiera obligada a expresarse ante el funcionario administrativo sin ninguna asistencia de un abogado/a de su confianza, desprovista de todo asesoramiento sobre las consecuencias del acto a realizar configuraría un acto de desprotección legal y una omisión del estado en cuanto al deber de asegurar a esa persona el derecho humano de acceder a la justicia y a través de ella –con el adecuado asesoramiento profesional - asegurar la tutela judicial efectiva y oportuna de sus derechos.-

En el contexto del proceso judicial de naturaleza preventiva como el estructurado por el CCCN estas eventualidades se encuentran previstas toda vez que el art. 438 requiere: “*Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición*”) obligando a las partes –ya sea presentados de manera unilateral o conjunta, a abocarse a dar temprana solución a las cuestiones atinentes al cuidado de los hijos/as, atribución del hogar, disposición de bienes, prestación alimentaria,

² Corte IDH: “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, párrafo 158, 2004



FEDERACIÓN ARGENTINA
DE COLEGIOS DE ABOGADOS



En defensa de la profesión,
por el mejoramiento de la Justicia
y la vigencia de la República

compensación económica etc., *Ello, con la garantía suficiente que “...En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspenderá el dictado de la sentencia de divorcio”.*-

En suma el divorcio administrativo rompe inútilmente una estructura preventiva y sistémica del CCCN, en lo que refiere al divorcio, entendido éste en un sentido más amplio que la mera disolución del vínculo matrimonial, procurando evitar futuros conflictos con el adecuado asesoramiento letrado de las partes y la tutela judicial de sus derechos por parte del juez, la intervención en su caso del Ministerio Público y el apoyo de equipos interdisciplinarios con que cuenta el Poder Judicial.

Por las razones expuestas, se estima que el divorcio administrativo debe ser rechazado, en la medida que no contribuye en nada a acelerar los trámites, ni a abaratar costos –que podría ser muy caros en un futuro inmediato en función a las imprevisiones que contiene – sumando por el contrario mayor inseguridad jurídica entre las partes y los riesgos de una conflictividad futura que conlleve a uno o ambos a sufrir daños irreparables con el transcurso del tiempo.

El proceso de divorcio judicial, simple y expeditivo que prevee el CCCN debe ser preservado. Desde su sanción ha dado adecuada respuesta sin merecer objeciones ya sea de la magistratura, de la propia abogacía y fundamentalmente de los justiciables. Razones de orden público e interés de la ciudadanía así lo ameritan.

 www.faca.org.ar

 +54 11 4331 8008/8009/6134

 Avenida de Mayo 651, 2° piso (1084)
CABA | Argentina.

TEMA:

SUCESIONES NOTARIALES

El dictado de la Declaratoria de Herederos o el Auto Probatorio del Testamento, es un acto jurisdiccional, y por ello no puede ser delegado a un notario.

El Proyecto de Ley de “Bases y Punto de Partida para la Libertad de los Argentinos” propone, en su ANEXO IV, una nueva ley de procesos sucesorios no contenciosos, contemplando en el Capítulo I el proceso sucesorio notarial.

La legislación propuesta permite por opción el trámite de la sucesión ante escribano/a “en los casos en que no exista controversia alguna entre ellos” (se refiere a los sucesores y el cónyuge) “y sean todos capaces” (art. 1). Se parte de la idea de que los conflictos sucesorios -como todo conflicto social- serían tan básicos como la existencia o no de controversias. Sin embargo, hay situaciones en las que en un primer momento se puede considerar que no las hay y que ellas se advierten o producen con posterioridad al inicio del proceso.. Por lo tanto, adoptar un sistema “opcional” a partir de una “falta de controversia” que podría desaparecer rápidamente, no resulta argumento atendible para fundar una vía distinta por fuera del proceso judicial en la medida que éste garantiza a través de la intervención del juez natural, la seguridad jurídica y la certeza necesaria para las personas involucradas.

Corresponde decir en primer lugar que el proceso sucesorio que pretende implementarse violenta fuertemente principios derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional y tratados internacionales de igual jerarquía (arts. 1, 16, 18, 75 inc.12, 108,116 y 121 y concordantes de la C.N.-

Estas afirmaciones antecedentes están en línea con las conclusiones surgidas de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en septiembre de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en las cuales ha participado también el notariado. En la Comisión dedicada a la materia Sucesiones, el primer tema



FEDERACIÓN ARGENTINA
DE COLEGIOS DE ABOGADOS



En defensa de la profesión,
por el mejoramiento de la Justicia
y la vigencia de la República

a tratar fue, justamente, si resultaba admisible la sucesión extrajudicial no contenciosa. Las conclusiones fueron: a) La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces; b) El proceso sucesorio extrajudicial está vedado por normas de la Constitución Nacional (arts. 1, 18, 75 inc 12 y cc.); c) Resulta inconstitucional el sistema de la sucesión extrajudicial por violar claramente las disposiciones del Código Civil; d) La jurisdicción voluntaria es una actividad ineludible de los jueces.

Calamandrei ha enseñado que ***“la jurisdicción es la potestad soberana del Estado de administrar justicia a través de los órganos judiciales y se administra justicia no sólo resolviendo contiendas, dirimiendo conflictos entre las partes, sino también dictando actos de la llamada jurisdicción voluntaria, mediante los cuales se otorga certeza a un derecho, se atribuye legalidad a una situación de hecho, se integran, reconocen, constituyen estados o relaciones jurídicas, o se les otorga eficacia”*** (Calamandrei, “Instituciones de Derecho procesal”, conf. Claria Olmedo JA, 1975, pag.309, Fassi-Yañes CPCyCN comentado T.I,art,1 parag.23,etc.). En suma: la jurisdicción excede los límites de lo contencioso para extenderse a la zona de la jurisdicción voluntaria, en cuyo caso, bien el juez no dirime una litis (porque no la hay), ejerce una actividad de control jurídico, la cual no deja de ser jurisdiccional, pues se trata de la actuación del derecho objetivo y de hacer observar sus preceptos concretos.

Por ello, en el iter procesal sucesorio se llega al dictado de una sentencia judicial declaratoria de herederos o de aprobación de un testamento, con la previa intervención del Ministerio Público (Agente Fiscal y, en los casos correspondientes, Asesor de Incapaces).- Es el juez de la causa quien lo hace, único investido de facultades jurisdiccionales para reconocer la calidad de heredera de una persona, o para investirla en ese carácter. Lo mismo ocurre cuando debe resolverse acerca de la validez formal de un testamento.. Dichos pronunciamientos son sentencias declarativas que más allá de dictarse en el marco de un proceso voluntario, no pierden esa naturaleza ni tampoco la exigencia de ser emitidas en el marco de un proceso

 www.faca.org.ar

 +54 11 4331 8008/8009/6134

 Avenida de Mayo 651, 2° piso (1084)
CABA | Argentina.

judicial; única vía por cierto para el justiciable de acceder a la tutela judicial de sus derechos y la búsqueda de la seguridad jurídica que el estado a través del poder judicial también debe proveerle.

El proyecto de ley en análisis propone aminorar y aún eliminar estas garantías consagradas en la Constitución Nacional y tratados internacionales de igual jerarquía. No obstante reconocer la necesidad de la asistencia letrada se pretende trasladar a la órbita administrativa o privada una actividad jurisdiccional, propia del magistrado judicial para ser ejercidas por un escriban, atribuyendo a éste último facultades propias del primero. Ello, en abierta confrontación con el sistema de división de poderes., violentando la garantía de la defensa en juicio, el debido proceso, la vigencia del principio del juez natural y el derecho humano de acceso a la justicia, protegidos por las normas antes señaladas.

La creación contra natura de una fantasiosa “jurisdicción notarial”, amén de requerir una previa reforma constitucional, afecta también el objetivo constitucional de “afianzar la justicia”. Nos recuerda Goyena Copello a propósito de estas construcciones que **“Si hay algo que afianza la justicia y traduce el verdadero imperium de un juez es el reconocimiento o desconocimiento que hace de alguien como heredero o sucesor de una persona fallecida, disponiendo la entrega de bienes o la inscripción del dominio a aquellos a quien la ley o el propio magistrado han declarado con derecho a serlo”**(LL 8-5-2019)

Igualmente inadmisibles e inaceptables resultan que al escribano que resultare interviniente en este pretendido proceso de sucesión notarial se le reconozcan –tal cual se propone - facultades para requerir y evaluar pruebas aportadas por terceros presentantes y reconocer o desconocer sin más, los derechos allí pretendidos. Cuestión ésta por demás ilustrativa en lo que concierne al intento de transferir potestades claramente jurisdiccionales hacia afuera del propio poder judicial y depositarlas en manos de quien el estado le reconoce facultades estrictamente fedatarias con expresa prohibición de ejercer incumbencias reconocidas por la ley a

otras categorías de profesionales universitarios.

Debería sumarse a los numerosos cuestionamientos que merece el proyecto en tratamiento la previsión del artículo 121 de la Constitución Nacional, el cual establece que las provincias reservan para sí la institución de “habilitación profesional” o poder de policía profesional, en función de la cual ningún diplomado de ninguna universidad puede ejercer su profesión universitaria -con las competencias que su diploma certifica o acredita- sin la previa autorización provincial. De ahí que la “invitación” que pudiere hacerse a las provincias para adherirse eventualmente,- en el caso de que el proyecto fuese aprobado como ley-, tampoco sería posible llevarlo a la práctica sin modificación de las leyes provinciales que respectivamente rigen el ejercicio profesional, como así las cuestiones rituales contenidas en los respectivos Códigos procesales).-

No escapa tampoco al análisis los falaces y repetidos argumentos sobre los cuales se pretende desde hace ya más de sesenta años instaurar el proceso de sucesiones notariales.

Desde hace décadas el gastado y tantas veces reiterada excusa de proveer al “congestionamiento judicial”, ha sido desmentido una y otra vez desde el punto de vista estadístico, la voz del propio sector de la magistratura y de cada uno de los operadores del derecho.- El trámite judicial sucesorio, con la incorporación de distintas plataformas informáticas, la paulatina preparación del personal judicial, no ocupa mayoritariamente el tiempo de la gestión judicial ni distrae la atención del magistrado en el tratamiento de cuestiones controversiales.

Tampoco esta opción de la sucesión notarial aportaría valor alguno a la aceleración del trámite sucesorio. Por el contrario obligará al justiciable a transitar por escribanías y tribunales detrás en una suerte de sucesión a primera vista no controversial pero – como lo indica la experiencia -, inmediatamente judicializadas ante la menor diferencia entre los sucesores o la necesidad de atender judicialmente y resolver numerosas cuestiones propias de un juicio de carácter universal como lo es una sucesión.-.Es un

dato cierto y perfectamente demostrado que una sucesión sin controversias mediante (tal como las que únicamente admitiría la vía notarial) es de rápido trámite no existiendo trabas para su conclusión en plazos normalmente aceptable.

Mucho menos resulta válida la usada excusa de propiciar un “abaratamiento” de los costos. La confección de un acta de notoriedad de declaratoria de herederos instrumentada por escritura pública, como así el pago de honorarios, aportes previsionales del escribano interviniente y “aranceles sociales” que se anticipan, a los que deberán sumarse los honorarios del letrado patrocinante, constituyen una palmaria demostración del injustificado encarecimiento del proceso sucesorio que contrariamente a lo que se sostiene, deberían afrontar los sucesores.

Párrafo final para expresar también el rechazo contundente al intento de modificar el Código Civil y Comercial de la Nación, a través de una “ley omnibus” de las características de la enviada por el Poder Ejecutivo Nacional, en un periodo de sesiones extraordinarias del Congreso de la Nación y en el acotado plazo de treinta días, lo que supone un acto supremo de irrazonabilidad y menosprecio al encomiable esfuerzo desplegado por tantos académicos y estudiosos de las ciencias jurídicas y sociales para alumbrar un cuerpo normativo moderno e incuestionado que ha dado adecuada respuesta a las necesidades de la sociedad contemporánea.

Es deseable en todo caso que la siempre posibilidad de una reforma futura que adapte su texto a nuevas realidades y tiempos por venir, se justifique en requerimientos del todo alejados de minúsculos intereses sectoriales y obedezca por el contrario a objetivos superiores guiados por el bien común y el bienestar general de todos.