

**DICTAMEN DEL INSTITUTO DE DERECHO DE FAMILIA DEL COLEGIO
PÚBLICO DE LA ABOGACÍA DE CAPITAL FEDERAL**

En el marco del EXPTE. S. / N° - Proyecto de Ley - Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley Ómnibus), el Instituto de Derecho de Familia es convocado a fin de analizar y emitir dictamen sobre el mencionado Proyecto de Ley, limitándolo a las cuestiones de estricta competencia de éste Instituto.

INTRODUCCIÓN

Previo a todo el proceso de análisis, este Instituto realiza las siguientes observaciones preliminares. Sin perjuicio del beneficio que provoca que cada Instituto dictamine según su competencia para evitar superposiciones, - tal como correctamente se destaca en la convocatoria-, es particular el caso del Derecho de familia y el sucesorio, por ser este último, un instrumento de la familia, que tiende a su protección y orden para después de la muerte del causante. Esto torna a ambas regulaciones inescindibles por su profundo vínculo. En razón de ello, debemos realizar algunas referencias a las modificaciones proyectadas en materia sucesoria que traen consecuencias en la familia.

Las cuestiones que contiene el proyecto en análisis, son múltiples y de gran impacto en la comunidad. En materia de Derecho de familia dos son las que más se destacan por sus implicancias.

- 1) PRIMERA: El Proyecto en análisis, resalta en su artículo 352, una modificación en cuanto a las causas de disolución del matrimonio.

Incorpora al artículo 435 del CCYCN un cuarto inciso que ordena: " d) comunicación de la voluntad de disolver el vínculo presentada por los cónyuges

en forma conjunta ante el órgano administrativo del último domicilio conyugal, la cual tendrá los mismos efectos que el divorcio.”

- 2) SEGUNDA: En su artículo 360, el Proyecto de Ley en estudio, propone la derogación del último inciso del artículo 1002 que ordenaba la prohibición de contratar en interés propio para: “d) los cónyuges bajo el régimen de comunidad, entre sí.-

CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS

A) RESPECTO DE LA INCORPORACIÓN COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO DE LA SOLICITUD DE DIVORCIO EN SEDE ADMINISTRATIVA (art. 352 Proyecto de Ley).

El dictamen resultará de la respuesta a las siguientes cuestiones jurídicas

PRIMERA ¿Están reguladas eficazmente en la actualidad las acciones que procuran la disolución del vínculo matrimonial?

SEGUNDA ¿Es conveniente la modificación de la normativa vigente?

TERCERA ¿Es la modificación propuesta por el proyecto en análisis capaz de proteger eficazmente el derecho de los involucrados?

CUARTA ¿Es la propuesta en análisis ajustada a derecho?

QUINTA ¿Logrará la propuesta el resultado deseado?

NORMATIVA IMPLICADA

A fin de realizar un análisis adecuado del segmento del Proyecto en estudio, que se refiere a la incorporación de la petición administrativa de divorcio entre las causales de disolución del matrimonio, es correcto analizar la totalidad del ordenamiento jurídico, desde la Constitución hasta los Tratados de Derechos humanos, de los que la República Argentina es parte y tienen rango constitucional para conocer sus derivaciones.

Antecedentes legislativos internacionales

La propuesta no es novedosa en tanto existe actualmente, -aunque en escasas normativas internacionales como se detalla en los fundamentos del proyecto Rusia, Japón, Portugal, México, Costa Rica, República Dominicana, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Lituania y Ucrania España y Francia, Perú, por ley 29.227/2008, el Código Civil para el Distrito Federal de México 2021, el Código de las Familias de Cuba de 2022, algunas de ellas, inclusive vía notarial (España) sin embargo en todas ellas se resalta la presencia del abogado en estos procesos administrativos y además atienden la singularidad de cada comunidad a la que aplica, e incluyen herramientas de protección de los intereses de la familia inexistentes en el proyecto en análisis .

Es necesario, -para establecer la necesidad de modificar la normativa vigente-, tener en cuenta si han existido alarmas, -que pueden partir de la doctrina atenta a las necesidades de los justiciables-, o de fallos sosteniendo la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de algunas normas vigentes para alcanzar una decisión justa para una situación que se reitera sin solución brindada por la normativa vigente.

No ha sucedido esto en la materia que trata el proyecto. No se han encendido las alarmas. Ni la doctrina ni la jurisprudencia han reclamado masivamente un sistema diverso al que está en vigencia actualmente.

Todo el bloque de constitucionalidad se encuentra afectado por la propuesta legislativa, lo que desarrollaremos a continuación.-

LA REFORMA PROPUESTA

No es novedoso el planteo del Proyecto en cuanto al divorcio administrativo. Este Instituto ya se ha manifestado en contra de otras leyes modificatorias de la actual normativa, con propuestas similares a la que hoy se analiza. La posibilidad de un divorcio administrativo se resaltó en trascendentes debates y foros académicos, sin embargo, fueron rechazados entendiendo que la complejidad de los asuntos de familia provocaría inmediatamente acciones judiciales en paralelo, lo que implicaría un sistema de divorcio duplicado en sedes diversas.

Imprecisión respecto del órgano administrativo competente:

En principio, podría entenderse que el órgano administrativo competente es el Registro Civil donde se celebró el acto jurídico matrimonial, pero el texto no lo precisa. Esta indeterminación puede desencadenar que cada jurisdicción establezca un órgano competente diverso.

Inconstitucionalidad en la habilitación de funcionarios administrativos a dictar

Sentencias Se habilita, para el dictado de resoluciones que traen aparejada la disolución del vínculo matrimonial a funcionarios administrativos. Esta facultad, es contraria a las disposiciones de la Constitución Nacional. Una cuestión relevante es que sólo los jueces pueden dictar Sentencias, la habilitación para que un funcionario administrativo pueda hacerlo torna ésta parte del proyecto inconstitucional. El Poder Judicial de la Nación es uno de los tres poderes en la República Argentina. Está regulado en la sección tercera de la segunda parte de la Constitución de la Nación Argentina y es ejercido por la Corte Suprema de Justicia (CSJN) y por los demás tribunales inferiores establecidos por el Congreso en el territorio de la Nación. En efecto, de acuerdo a lo establecido por artículo 116 de la Constitución de la Nación Argentina, corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes nacionales, salvo los casos que corresponden a la justicia provincial o ante el foro federal donde actúa la Corte Suprema de Justicia como tribunal de apelación. El Proyecto en este punto se aleja de lo ordenado por la Constitución Nacional.

Vulneración de Tratados de Derechos Humanos:

Se detecta inicialmente que el proyecto carece de una mirada activa hacia la protección del sujeto más vulnerable de la pareja. No es un dato ignorado, que, a pesar de la evolución de los derechos de la mujer en cuanto a su protección integral, y la atenta perspectiva aplicada por los magistrados que resuelven sobre tales cuestiones, los matrimonios que se han estructurado sobre un sistema de roles por el género provocan la indefensión de aquellas mujeres que no se han preparado para salir a competir a un estrecho mercado laboral, pero actualmente, se nota también idéntica situación, respecto de hombres que frente a una evolución en el trabajo de la mujer, se quedan a cargo del cuidado de la familia y se tornan dependientes y sumisos a las decisiones del más fuerte económica o psicológicamente.

Tanto una mujer como un hombre dominados económica o psicológicamente por su cónyuge podrá, -aun a disgusto-, someterse a la decisión del otro de realizar un divorcio administrativo, sólo para lograr un beneficio económico para el más fuerte o para que sortee el ataque de sus acreedores.

El Proyecto en análisis provocará con la implementación del divorcio administrativo, esta inevitable consecuencia, frente a la ausencia de la observación del juez quien tiene la función de asegurarse del cumplimiento de todas las normas de las que no pueden disponer las partes, y de los abogados que deben peticionar conforme a estas normas de protección.

Consecuencias nocivas de un divorcio administrativo respecto de los derechos de los cónyuges vulnerables y terceros: Debe considerarse que las consecuencias del divorcio no se limitan a la disolución del vínculo matrimonial con la consecuente aptitud nupcial, sino que uno de los efectos que provoca más litigio entre los peticionantes, -y que está ínsita en el divorcio-, es la disolución de la comunidad, tal lo que ordena el art. 475 en su inciso c.

Ésta relevante consecuencia, provoca que deben determinarse con exactitud las circunstancias indicadoras del momento al que debe retrotraerse la disolución de la comunidad.

En efecto, como indica el artículo 480 del CCYCN, la sentencia de divorcio podrá extinguir la comunidad de gananciales, retroactivamente al momento de la separación de hecho, si ésta ha precedido a la petición de divorcio. Inclusive el magistrado podrá modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso de derecho.

Es indudable que en un tipo de proceso administrativo como propone el Proyecto de ley analizado, NO será posible acreditar fehacientemente, frente a un funcionario, el momento exacto de la separación, ni sus circunstancias. Sólo se considerará la manifestación de las partes, que sin asesoramiento de un abogado ni control de un Juez, provocarán, sin dudas, un resultado perjudicial para el más débil de ambos. Conocer el momento exacto de la separación, es esencial para que la división de bienes sea precisa y no perjudique a los peticionantes, o a los terceros (acreedores o deudores de los cónyuges).

Un cónyuge cuyas deudas pueden provocar la pérdida de todo su patrimonio, encontrará útil convencer al otro de divorciarse y acordar la entrega de todos los bienes al que no tiene deudas, para escapar a tales obligaciones en fraude a sus acreedores. El control de un magistrado y la atenta observación de abogados en el proceso, es imprescindible para evitar los desequilibrios y consecuentes perjuicios indicados. Su presencia en el proceso, hace a la certeza del tráfico jurídico y a la protección de los derechos del cónyuge con más vulnerabilidad, y también de los terceros.

Tampoco podrá detectarse el fraude o abuso de derecho, sin un Juez que ejerza el control de legalidad ni abogados que estén atentos a maniobras no deseadas de la contraparte.

El funcionario administrativo, no ha transitado por el complejo y exhaustivo proceso de selección por aptitudes y conocimientos que sí, debe recorrer y superar un magistrado y eso lo deja en desventaja respecto a un juez.

Este segmento del Proyecto analizado defiende a los más fuertes de la relación dejando indefensos a los más vulnerables. Luego de un largo y aun incompleto camino hacia la protección de la violencia en todas sus manifestaciones, provoca un retroceso inadmisibles, habilitando a la parte dominante de la relación, -que generalmente es quien tiene los recursos para obtener asesoramiento y forzar al débil a someterse-, a establecer las reglas de la disolución según sus intereses. Estamos convencidos de que las desigualdades que aún persisten en razón del dominio de un cónyuge sobre otro, precisan indefectiblemente de la intervención de la justicia aplicada al derecho de familia, de los equipos interdisciplinarios y siempre con un abogado que brinde el asesoramiento y patrocinio.

Omisión de las normas de Orden Público en el divorcio administrativo: El matrimonio como institución de orden público, por la delicada protección a los derechos que contiene, debe ser regulado por normas de idéntica área, donde la voluntad de las partes no pueda dejarlas sin efecto. El divorcio especialmente con los efectos que provoca en el contexto familiar no puede moverse en cuanto a su regulación de esa órbita. El proyecto en estudio, aparta, de la órbita y protección de las normas de orden público al divorcio llamado administrativo. Es peligroso alejar las cuestiones que involucra el matrimonio, de las normas de orden público, en razón de la relevancia de los intereses cuya protección es necesaria. Unido a ello, la aplicación de las normas de orden público corresponden a los jueces, quienes ejercen el control de legalidad en los procesos en los que intervienen. En derecho de familia, aun frente a la inclinación del Código unificado, por fortalecer la autonomía de la voluntad de las partes involucradas en cuestiones específicas, siguen siendo el eje del ordenamiento normas imperativas. Así lo establece la doctrina. Alpa explica que "Normalmente se considera que sea imperativa la disposición que persigue una finalidad que trasciende los intereses de las partes, en cuanto persigue intereses generales. Las normas imperativas son por eso inderogables por las

partes.”¹ Córdoba sostiene “Considerando que las normas de orden público atienden intereses generales y que ello no implica intereses universales, se justifica el contenido de las disposiciones de este orden en un derecho que atiende el interés general del grupo denominado familia en el cual el Estado basa la organización social”²

“El orden público familiar receptado en el Código Civil y Comercial es diferente al que existía en el viejo Código Civil; su mutación se debe a la necesidad de adaptarse a los cambios sociales de la familia y a las obligaciones asumidas por el Estado al adherir y constitucionalizar los tratados de derechos humanos.”; “Las limitaciones a la autonomía de la voluntad establecidas por las normas de orden público muchas veces se relacionan con el interés familiar”, por lo tanto es necesario determinar que se entiende por interés familiar. En este sentido hay que tener en cuenta que según la Corte Suprema de Justicia de la Nación el orden público es el interés familiar inserto en los intereses humanos, pero que no son más que la suma de los intereses individuales que se estiman necesarios para la existencia y conservación de la familia sin cuya presencia no se puede concebir la sociedad, porque su fin es la vida misma, teniendo por función la satisfacción de las necesidades primarias de la existencia (C.S.J.N., Fallos315:549).”³

“En el derecho privado argentino han subsistido históricamente dos esferas limítrofes que podríamos denominar individual, por un lado, y social, por el otro. La primera, la de la autonomía de la voluntad —también referida como ámbito contractual—, incluye las cuestiones que pueden ser libremente pactadas por las partes. La segunda, la del orden público, constituye un límite para la anterior, excluyendo ciertas cuestiones del ámbito

¹ ALPA, Guido. *Il. contratto in generale, principi e problemi*, Giuffrè Editore, Milano 2014. Referenciado por CORDOBA, Marcos M. “Orden Público en el Derecho Sucesorio”, *Revista La Ley*, Año LXXIX N° 218, 18 de noviembre de 2015, p. 1 - 4.

² CORDOBA, Marcos M “Orden Público en el Derecho Sucesorio. Ob. cit.

³ MEDINA, Graciela “Orden público en el derecho de familia” AÑO LXXIX N° 212 Tomo La Ley 2015-f BUENOS AIRES, argentina - martes 10 DE noviembre Orden público

contractual, en atención al valor que representan para los individuos y para la sociedad en su conjunto⁴

Ausencia de asesoramiento de abogados en el divorcio administrativo: Vuelve aquí a cobrar relevancia la desprotección del miembro más vulnerable de la pareja. La ausencia de asesoramiento letrado, no será un obstáculo para el más fuerte, desde el punto de vista económico o psicológico, sino sólo para el más vulnerable que aceptará los términos que le impongan, y, una vez que esté todo definido, concurrirán ante el funcionario administrativo, a quien le bastará la sola manifestación de los peticionantes para dictar la resolución.-

El Proyecto en estudio en el segmento que aquí se referencia, también,- como otros proyectados anteriormente-, parte de la equívoca idea de que no judicializar el divorcio es compatible con que ese trámite se realice sin asistencia letrada. Y es éste un tópico que no puede soslayarse.

La cuestión planteada es de una extrema gravedad en razón de que, el eje de la cuestión es el efecto dañino que provocará la falta del consejo del letrado, en cuanto a la información sobre las leyes aplicables y sobre las consecuencias que tal aplicación provocará. Sin la experticia del abogado, los intervinientes en el trámite, están en riesgo de tomar decisiones que los perjudican a ellos y a todo el entorno familiar que involucra, además de los terceros con quienes hayan contratado.-

Aún más, la presencia de un letrado por cada cónyuge, fue ordenada por un antiguo Plenario que terminó con una discusión de la doctrina autoral y jurisprudencial que provocaba incerteza. Muchos abogados se presentaban representando a ambas partes, y algunos juzgados lo admitían mientras que otros ordenaban el patrocinio diferenciado. A pesar de la diversidad de resoluciones judiciales hasta el presente, estamos convencidos

⁴ PUCHETA, Leonardo L. "Nuevo código: ¿nuevo orden público?". El Derecho Familia 55/-22 (2014). Referencia en MEDINA, Graciela "Orden público en el derecho de familia" AÑO LXXIX Nº 212 Tomo La Ley 2015-f BUENOS AIRES, argentina - martes 10 DE noviembre Orden público

de que la necesidad de dos profesionales se debe a que los intereses de los cónyuges son contrapuestos y aunque inicialmente puede parecer que no habrá diferencias, en la mayor parte de los casos esos intereses comunes, viran a una confrontación. Así se entendió que la presentación con un único letrado «resulta contraria a las normas que reglamentan el ejercicio de la profesión de abogado, y también a las de índole constitucional».⁵

Aun cuando se inicie un proceso en sede administrativa es relevante la presencia de letrados que asesoren a los involucrados y el control judicial para la homologación.-

Si la intención de la norma fuere proteger a quienes estén en situación de vulnerabilidad en razón de la falta de recursos económicos, para pagar honorarios de abogados, debemos recalcar que esa circunstancia, es ampliamente atendida por nuestro Colegio de la Abogacía de Capital Federal, y en otras jurisdicciones por los Colegios de Abogados que se esmeran en que se cumplan los principios de accesibilidad a la justicia de quienes no tienen recursos para procurarse un profesional del derecho. Del mismo modo instituciones Universitarias trabajan intensamente a través de sus consultorios y patrocinios gratuitos por lo que, adelantamos la falta de utilidad del Proyecto que se analiza, en razón de que su aprobación no aportará ningún beneficio a los justiciables, y lejos de ello, vulnerará sus derechos fundamentales, propiciará el perjuicio de los más vulnerables e incrementará la tarea administrativa de los Registros pertinentes.

B) RESPECTO A LA DEROGACIÓN DEL INCISO d) DEL ARTÍCULO 1002 DEL CCYCN (artículo 360 del Proyecto de Ley)

El dictamen respecto a esta disposición resultará de la respuesta a las siguientes cuestiones jurídicas

⁵ VELOSO, Sandra F., en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela (directores), «Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado», Ed. La Ley, 2014, t. II, p. 73; en Mizrahi, Mauricio Luis. «El divorcio, sus efectos y el trámite procesal». La Ley, Año LXXXI, N° 148, 7/8/2017. Cita Online: AR/DOC/1754/2017

PRIMERA ¿Están reguladas eficazmente en la actualidad las acciones que procuran la disolución del vínculo matrimonial?

SEGUNDA ¿Es conveniente la modificación de la normativa vigente?

TERCERA ¿Es la modificación propuesta por el proyecto en análisis capaz de proteger eficazmente el derecho de los involucrados?

CUARTA ¿Es la propuesta en análisis ajustada a derecho?

QUINTA ¿Logrará la propuesta el resultado deseado?

NORMATIVA IMPLICADA- ANTECEDENTES

- 1) Para analizar la conveniencia de la modificación, debemos referirnos a las bondades y defectos de la normativa vigente.

Adelantamos que la modificación proyectada pone fin a una dilatada discusión doctrinaria sobre la conveniencia de suprimir el inciso “d” del artículo 1002 hoy vigente. La incorporación al inciso que se pretende derogar, fue una puerta a una diversidad de controversias no deseadas.

Una parte importante de la doctrina, desde la vigencia de la 26.994, ha criticado el inciso “d” del artículo 1002 por su falta de consonancia con otras normas del mismo cuerpo, llegando a argumentarse que no armonizaba siquiera con los principios en los que se inspiraron los redactores. Otros autores, encontraron ciertos beneficios en este inciso, pero hicieron notar el defecto que conllevaba. “La consagración de la inhabilidad de los cónyuges para contratar importa establecer un criterio diferenciador entre el régimen patrimonial de comunidad y el de separación. Desde este punto de vista, que subsista una inhabilidad para contratar entre los cónyuges que mantienen el régimen de comunidad resulta una solución acorde con las particularidades de dicho régimen patrimonial. Sin

embargo, el carácter genérico con que se ha establecido tal inhabilidad impone un esfuerzo hermenéutico⁶ a fin de tomarla compatible con el resto del ordenamiento.”⁶

CODIGO CIVIL

No existía en el Código Civil de Vélez Sarsfield una norma genérica de prohibición como la incorporada en el CCYCN para los cónyuges bajo el régimen de comunidad.

Sin embargo, había prohibiciones específicas «No pueden hacer donaciones: 1º Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación».

La prohibición se repetía en otros contratos, como la compraventa, la cesión, la permuta, etc., se prohibía toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor. El objeto de todas ellas era mantener inalterable el régimen patrimonial de ganancialidad evitando que la transmisión de bienes entre los cónyuges, pudiera alterar la protección de los esposos y de los terceros.

ANTEPROYECTO 2012

La inhabilidad que ordena el inciso d) del artículo 1002 no formó parte de la redacción del Anteproyecto de Código Civil y Comercial. En efecto, el inciso cuya derogación impulsa el Proyecto, fue introducido durante la revisión del proyecto que efectuó la comisión bicameral del Congreso de la Nación, previo a su sanción.

EL CCYC

El inciso “d” del Art. 1002 del CCyCN desde su redacción establece diferencias entre la protección de terceros que contratan con cónyuges sometidos al régimen de comunidad,

⁶ ARIZA, Ariel Código Civil y Comercial de la Nación comentado: Tomo dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti — 12 ed. — Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015 pág.

respecto de los que contratan dentro del régimen de separación de bienes. En el segundo caso tienen menos acciones que en el primero, por lo que se los coloca en una desigualdad incomprensible.

La libertad absoluta y expresa de contratación entre cónyuges en la actual legislación societaria (art. 27), la obligatoriedad de presentar un Convenio Regulador ordenado por el 439, la posibilidad de otorgar mandato entre cónyuges, que regula el 459, o la excepción a la prohibición de hacer pactos sobre herencia futura del 1010 entre otros, no resulta coherente, con la genérica prohibición de contratación entre cónyuges del art. 1002 del Cód. Civ. y Com.

No hay justificación alguna para que los cónyuges sometidos a un régimen de comunidad, no puedan contratar entre sí depósitos, fianzas, mutuos o comodatos y eso es lo que provoca la normativa vigente.

La derogación propugnada por el proyecto, creemos que resulta una solución a las controversias generadas desde la vigencia de la norma.

Podemos concluir que resulta útil la derogación del inciso “d” del art. 1002 del CCYCN ya que su eliminación permitirá que los cónyuges puedan realizar contrataciones entre ellos, en tanto y en cuanto tales contratos no perjudiquen a los propios esposos o a terceros. La discrepancia del inciso en análisis con gran parte de la normativa vigente, ya se hizo notar en las expresiones de la doctrina mayoritaria, que entendió que debía ser interpretado de manera restrictiva.

Por todo lo expuesto en Buenos Aires, a los 3 días de enero de 2024, este Instituto de Derecho de Familia del CPACF dictamina.

CONSIDERANDOS: Siendo que las respuestas a las cuestiones jurídicas planteadas son las siguientes:

A) RESPECTO DE LA INCORPORACIÓN COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO A LA SOLICITUD EN SEDE ADMINISTRATIVA SOLICITADO EN SEDE ADMINISTRATIVA art. 352 Proyecto de Ley.

A LA PRIMERA: Es eficaz la normativa vigente que regula las acciones tendientes a obtener la disolución del vínculo matrimonial a tenor de las faltas de reclamo de la comunidad, alertas de la doctrina o declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad.

A LA SEGUNDA: La modificación no deviene necesaria ni útil para la protección del universo de los sujetos involucrados.

A LA TERCERA: La modificación propuesta por el proyecto en análisis no capaz de proteger eficazmente el derecho de los involucrados, lejos de ello, colocará a los más vulnerables en un riesgo de desprotección.

A LA CUARTA: Hay derechos contenidos en el bloque de constitucionalidad que se encuentran gravemente vulnerados tal como se describiera en el desarrollo del análisis.

A LA QUINTA: La aprobación de la propuesta provocará efectos opuestos a los deseados, provocando la duplicación de un único proceso de divorcio, en dos sedes diversas administrativa y judicial al tratar cuestiones que inexorablemente se deberán resolver, tornándolos más engorrosos en el trámite de acumulación.

Este Instituto de Derecho de familia DICTAMINA:

Que la propuesta de modificación plasmada en el artículo 352 del Proyecto en estudio no será legítimo ni provechoso para la comunidad, ya que, resulta inconstitucional, impone la renuncia a derechos básicos, -por lo que resulta contrario a la normativa vigente-, y carece de la imperiosa mirada y protección hacia la vulnerabilidad provocada por la división de roles o dominio económico y/o psicológico, al excluir a magistrados y abogados, que son los actores naturales de dicha protección para los sujetos involucrados.

B) RESPECTO A LA DEROGACIÓN DEL INCISO d) DEL ARTÍCULO 1002 DEL CCYCN (artículo 360 del Proyecto de Ley)

A LA PRIMERA: No es eficaz la normativa vigente, -tal como se ha desarrollado-, en razón de limitar una facultad entre cónyuges de manera genérica que ha provocado, alertas de la doctrina recalcando la necesidad de una aplicación restrictiva de la norma vigente.

A LA SEGUNDA: La modificación deviene necesaria y útil para la protección y libertad de contratación de los sujetos involucrados.

A LA TERCERA: La modificación propuesta por el proyecto en análisis es capaz de proteger eficazmente el derecho y la libertad de contratar de los cónyuges.

A LA CUARTA: Se ajusta a derecho, en cuanto la libertad de contratar tiene acciones que están disponibles para atacar cualquier abuso de derecho o perjuicio a terceros o a las partes.

A LA QUINTA: La aprobación de la propuesta provocará los efectos deseados, evitando una restricción generalizada a la contratación contraria a una multitud de artículos vigentes en la materia.

En razón de lo expuesto, este Instituto de Derecho de familia DICTAMINA:

Que la propuesta de modificación plasmada en el artículo 360 del Proyecto en estudio será legítimo y provechoso para la comunidad, ya que, termina con una limitación generalizada con pocos efectos útiles.

TRÁMITE SUCESORIO

Finalmente, como adelantáramos, siendo que el derecho sucesorio es un instrumento de la familia, y que para su protección se ha previsto entre otras medidas la reserva porciones de la herencia en procura de un mejor desenvolvimiento futuro para los más cercanos al afecto del causante, realizaremos un breve comentario general sobre las modificaciones previstas que pueden vulnerar seriamente la protección de la familia.

1.- La Declaratoria de Herederos y la Declaración de validez formal del Testamento son Sentencias y los únicos que pueden dictarla son jueces. La habilitación para que un escribano pueda hacerlo torna al proyecto inconstitucional. El Poder Judicial de la Nación es uno de los tres poderes en la República Argentina. De acuerdo a lo establecido por artículo 116 de la Constitución de la Nación Argentina, corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes nacionales, salvo los casos que corresponden a la justicia provincial o ante el foro federal donde actúa la Corte Suprema de Justicia como tribunal de apelación. El Proyecto en este punto se aleja también de lo ordenado por la Constitución Nacional.

2.-En cuanto a la seguridad de una reparación para los justiciables frente a un perjuicio sufrido, no es una cuestión menor que el daño lo provoque un magistrado ,debido a una resolución judicial errada, a que lo provoque una resolución equivocada, realizada por un escribano.

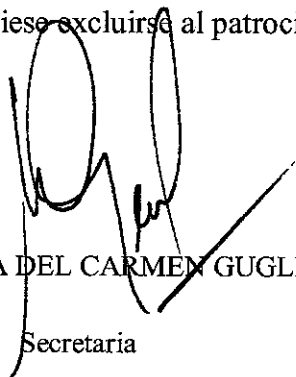
El primer caso, responderá en última instancia el Estado por su responsabilidad objetiva, porque el Juez,-quien responderá de manera subjetiva-, es un funcionario público y su dependiente, en cambio si el daño se produce por la acción de una resolución dictada por un escribano quien responde de manera subjetiva es el mismo notario sin que haya otra instancia de protección del Estado.-

3.- Derechos de terceros: En un proceso sucesorio también intervienen terceros, acreedores o deudores, del causante o de los herederos, que requieren una mirada atenta de un magistrado que pueda asegurar la observancia de las normas de orden público de las que las partes no pueden disponer.

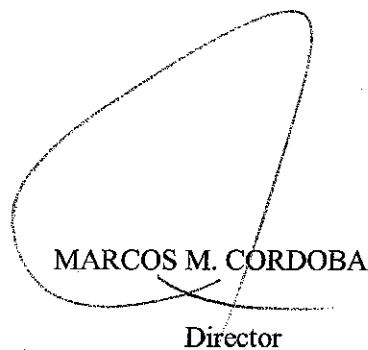
4.- Nivel de experticia del Juez no lo tiene un funcionario público o un notario. Del mismo modo que sucede con el funcionario administrativo, el escribano, tampoco ha transitado

el complejo y exhaustivo proceso de selección por aptitudes y conocimientos que sí, debe recorrer y superar un magistrado y eso lo deja en desventaja respecto a un juez.

Por lo expuesto, consideramos que cualquier intento de excluir a un magistrado del control de legalidad en un proceso sucesorio debe ser absolutamente descartado de igual manera que si pretendiese excluirse al patrocinio letrado.-



ADRIANA DEL CARMEN GUGLIELMINO
Secretaria



MARCOS M. CORDOBA
Director