

MAURICIO LUIS MIZRAHI

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones  
en lo Civil. Profesor de Derecho de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Buenos Aires.

398

# *Familia, matrimonio y divorcio*

Divorcios causados e incausados. Daños y perjuicios  
Autonomía conyugal. Acuerdos. Liquidación de bienes  
Derechos del niño. Comunicación paterno-filial  
Guarda monoparental y compartida. Jurisprudencia  
Aspectos procesales. Tratados internacionales

*2ª edición actualizada y ampliada*



EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA  
CIUDAD DE BUENOS AIRES  
2006

## ÍNDICE GENERAL

<i>Prefacio a la segunda edición</i> .....	XI
<i>Prólogo a la primera edición</i> .....	XV

### CAPÍTULO PRIMERO

#### FAMILIA, PARENTESCO Y MATRIMONIO

##### A) FAMILIA Y PARENTESCO

§ 1. La familia. Su caracterización .....	1
§ 2. Conceptos de familia y parentesco .....	5

##### B) ESTRUCTURAS DEL PARENTESCO

§ 3. La interpenetración .....	6
§ 4. El parentesco como fenómeno estructural .....	7
§ 5. Reglas matrimoniales y las estructuras elementales del parentesco .....	7
§ 6. Estructuras complejas del parentesco .....	7

##### C) INTERCAMBIO MATRIMONIAL

§ 7. El matrimonio como intercambio .....	8
§ 8. Modalidades .....	9
§ 9. El intercambio generalizado y su naturaleza implícita .....	10
§ 10. La sociedad moderna y la articulación del intercambio generalizado .....	11

**D) LA SOCIEDAD ARCAICA**

§ 11.	La familia en la sociedad arcaica y las teorías evolucionistas .....	12
	a) Críticas de la antropología estructural .....	13
	b) Monogamia .....	13
	c) La supuesta promiscuidad sexual .....	15
	d) El mundo arcaico y la filiación .....	17
§ 12.	La mujer y las teorías evolucionistas .....	18
	a) Críticas de la concepción estructuralista .....	20
	b) El feminismo y la distorsión de la tesis estructural .....	21
§ 13.	El matrimonio en la sociedad indígena .....	23

**E) LA PROHIBICIÓN DEL INCESTO**

§ 14.	El matrimonio y el enigma de la prohibición del incesto .....	25
§ 15.	Los argumentos tradicionales. Sus críticas .....	26
§ 16.	Tesis estructuralista .....	29

**CAPÍTULO II****FAMILIA Y MATRIMONIO ROMANOS****A) LA PRIMITIVA FAMILIA ROMANA**

§ 17.	Importancia del estudio de la constitución de la familia romana .....	33
§ 18.	Estructuración de la antigua familia romana .....	34
	a) Aislamiento de tumbas y viviendas .....	36
	b) La religión doméstica .....	37
	c) El sentido de la muerte y la religión .....	37
§ 19.	El nacimiento del derecho privado y la religión .....	37
§ 20.	La familia-"gens" romana y el "pater" .....	39
	a) Prerrogativas y funciones del "pater" .....	39
	b) El derecho de propiedad, la primogenitura y el derecho de testar .....	40
§ 21.	La mujer en la antigua Roma .....	41
	a) La herencia .....	41
	b) Su dignidad .....	42

§ 22.	El matrimonio primitivo y la descendencia .....	42
	a) La condena al celibato .....	43
	b) El matrimonio y su disolución .....	44
§ 23.	La adopción y la emancipación .....	44
§ 24.	La carencia de derechos individuales .....	45

**B) TRANSFORMACIÓN DE LA FAMILIA ROMANA**

§ 25.	Mutación del derecho romano primitivo .....	46
	a) El reparto del patrimonio y la desmembración de la "gens" .....	46
	b) El debilitamiento de los poderes del "pater" .....	47
§ 26.	Los cambios en materia de religión y parentesco .....	47
§ 27.	El derecho pretoriano y la Ley de las XII Tablas .....	48
	a) Nueva concepción del matrimonio .....	49
	b) El deterioro de la institución matrimonial en Roma. Sus proyecciones .....	51

**CAPÍTULO III**

**FAMILIA Y MATRIMONIO  
CONTEMPORÁNEOS**

**A) FAMILIA MODERNA**

§ 28.	Evolución operada .....	53
§ 29.	Modernidad. La Revolución Industrial .....	54
	a) Modernidad y sociedad disciplinaria .....	55
	b) La familia en la sociedad disciplinaria .....	56
§ 30.	La familia conyugal .....	59
	a) La división sexual del trabajo. El vínculo de auto- ridad conyugal .....	61
	b) La estructura familiar y la legislación .....	61
	c) El matrimonio como asunto de dos familias .....	62

**B) POSMODERNIDAD, GLOBALIZACIÓN Y FAMILIA**

§ 31.	La posmodernidad .....	62
§ 32.	La globalización y los derechos humanos .....	66

§ 33.	La fase del imperio y las amenazas a la subjetividad ...	70
§ 34.	La familia en la posmodernidad jurídica .....	74
§ 35.	La privacidad del fenómeno familiar .....	79
§ 36.	Desacralización de la familia. El dinamismo de los conceptos de privacidad y orden público .....	81
§ 37.	Familia y orden público .....	81
§ 38.	Extensión y rango constitucional del derecho a la pri- vacidad .....	84
§ 39.	Función del derecho de familia: autonomía personal y solidaridad .....	88
§ 40.	La función judicial en nuestra era .....	89
§ 41.	El matrimonio en la era posmoderna. La sexualidad. Configuración del intercambio .....	91

### **C) SITUACIÓN DE LA MUJER CASADA**

#### **1) EL PROCESO DE CAMBIO Y EL RETARDO LEGISLATIVO**

§ 42.	Introducción .....	95
§ 43.	Transformación jurídica .....	97
§ 44.	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pac- to de San José de Costa Rica) .....	99
§ 45.	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer .....	100
§ 46.	La ley 23.515. Igualdad y autodeterminación conyu- gal .....	101
§ 47.	Derogación del delito penal de adulterio .....	102
§ 48.	Gestión de los bienes de origen dudoso .....	103
§ 49.	La sanción de la ley 25.781. Alcance del segundo pá- rrafo del artículo 1276 del Código Civil .....	107

#### **2) DISCRIMINACIONES QUE AÚN AFECTAN LA IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES**

§ 50.	Introducción .....	109
§ 51.	Donaciones prematrimoniales entre futuros cónyuges ..	110
§ 52.	El derecho sucesorio y la nuera viuda sin hijos .....	111
§ 53.	Exclusión de la mujer de la acción de impugnación de la paternidad del marido .....	112

**3) IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER**

§ 54.	El principio .....	115
§ 55.	Límites .....	116

**D) OPERATIVIDAD DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES**

§ 56.	Jerarquía constitucional de las convenciones y operatividad de sus normas .....	120
§ 57.	La Corte Suprema y las convenciones sin jerarquía constitucional .....	123
§ 58.	Alineamiento de la Corte Suprema en la concepción monista .....	125

**E) EL INTERÉS FAMILIAR**

§ 59.	Preliminar .....	125
§ 60.	El interés familiar y la personalización de la familia ..	127
§ 61.	Tesis de la familia como organismo jurídico .....	127
	a) Revisión de la teoría que considera a la familia como organismo jurídico .....	128
	b) Cuestionamiento del vínculo jurídico orgánico familiar .....	129
§ 62.	Tesis del interés familiar como idea abstracta .....	130
§ 63.	Alcance del interés familiar .....	132

**CAPÍTULO IV**

**LA FAMILIA Y LOS HIJOS**

**A) EL NIÑO EN LA EDAD MEDIA**

§ 64.	Antecedentes .....	139
§ 65.	El niño sin registro ni inscripción .....	140
§ 66.	Carencia de un sentimiento de la infancia .....	141
§ 67.	El aprendizaje .....	141
§ 68.	El niño en la Grecia antigua .....	143
§ 69.	La familia medieval y el derecho de primogenitura ....	143

**B) LA FAMILIA Y EL NIÑO EN LA SOCIEDAD MODERNA**

§ 70.	El nuevo espacio del niño y la familia .....	144
§ 71.	La escuela .....	145
§ 72.	Surgimiento y desarrollo del sentimiento de familia y de la infancia .....	146
§ 73.	Familia moderna y sociedad. El fin del derecho de primogenitura .....	147
§ 74.	Discurso moderno sobre el niño .....	148
§ 75.	Problemática del niño en la modernidad .....	150
§ 76.	La sobreprotección familiar y la dependencia del niño .....	152

**C) SITUACIÓN DEL NIÑO EN LA POSMODERNIDAD**

§ 77.	Los derechos del niño. Las convenciones internacionales y la Constitución nacional .....	153
§ 78.	La ley de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. ....	157
§ 79.	La Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 y los "derechos" de los padres sobre los hijos ....	167
§ 80.	Atribuciones de los padres y autonomía de los niños ..	169
§ 81.	La nueva exégesis de la legislación civil. La acción de la sociedad y la función parental. Remisiones ....	172
§ 82.	Situación jurídica y social del niño en la posmodernidad. El maltrato infantil .....	173
§ 83.	El modelo adulto en la sociedad posmoderna y globalizada .....	180
§ 84.	La autonomía del niño como objetivo .....	181

**D) LOS PODERES PARENTALES Y LA TERMINOLOGÍA**

§ 85.	Limitación a los poderes parentales .....	182
§ 86.	La palabra "menor" .....	183
§ 87.	La expresión "patria potestad" .....	184
§ 88.	La locución "autoridad de los padres" .....	185

**E) REINTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNO**

§ 89.	Operatividad de los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Exégesis de la legislación interna .....	186
-------	--	-----

§ 90.	El Código Civil y la reinterpretación de sus textos ..	188
	a) Antecedente .....	189
	b) Normas afectadas del Código Civil .....	190
§ 91.	Inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las normas pertinentes del régimen penal de la minoridad .....	216
§ 92.	Inconstitucionalidad o inaplicabilidad de las normas pertinentes del Código Procesal Penal de la Nación .....	222
§ 93.	Normativas provinciales .....	224
§ 94.	El menoscabo del derecho de defensa en juicio. El fin de la era seudotutelar .....	225

**F) REFORMA DEL DERECHO INTERNO**

§ 95.	Planteo de reforma de nuestra legislación .....	226
§ 96.	Reducción del límite para alcanzar la mayoría de edad .....	227
§ 97.	Necesidad de penalizar el incesto .....	231
§ 98.	Reformas en materia de filiación .....	236
§ 99.	Algunos comentarios adicionales en relación con la ley 26.061 .....	237
	a) La palabra “protección” .....	237
	b) La denominación .....	238
	c) La expresión “adolescente” .....	238
	d) La operatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño .....	239
	e) La prioridad de los intereses del niño .....	239
	f) La efectividad de los derechos del niño .....	240
§ 100.	Algunos lineamientos de la futura ley sobre responsabilidad penal juvenil .....	242
§ 101.	La acción social y la vocación de servicio .....	246

**G) EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO  
Y EL DESMEMBRAMIENTO DE LA GUARDA**

§ 102.	El denominado “interés superior del niño” y su convergencia con el interés familiar .....	248
§ 103.	Desmembramiento de la guarda. Intervención del niño y del órgano jurisdiccional. Interdisciplina y proceso judicial. Remisión .....	252

**CAPÍTULO V****MATRIMONIO Y DIVORCIO****A) LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL**

§ 104.	Introducción. Antecedentes .....	255
§ 105.	El matrimonio y el derecho canónico .....	257
	a) Relatividad del principio de indisolubilidad .....	257
	b) Reforma del Código Canónico de 1983 .....	258
§ 106.	El matrimonio con espíritu de perpetuidad .....	259
§ 107.	La Revolución Francesa y el Código Napoleón .....	260

**B) EL DIVORCIO EN LA POSMODERNIDAD**

§ 108.	Liberalización del divorcio .....	260
§ 109.	Democratización de la familia nuclear .....	261
§ 110.	Interpenetración entre las ciencias sociales .....	263
§ 111.	Limitaciones a la libertad de elección del cónyuge ...	264
§ 112.	La valoración de los afectos y sus limitaciones .....	265
§ 113.	Recepción legislativa de los nuevos conceptos .....	265
§ 114.	El matrimonio y las modalidades del divorcio .....	266
§ 115.	Críticas a la liberalización del divorcio .....	267
§ 116.	Réplicas. Convergencia entre el interés individual, el familiar y el social .....	267
§ 117.	Errónea concepción del sacrificio y el renunciamiento parental .....	269
§ 118.	Las modalidades del divorcio y los hijos .....	269

**C) LA “CLÁUSULA DE DUREZA”**

§ 119.	Legislaciones europeas .....	271
§ 120.	Críticas a la regulación de la cláusula de dureza .....	272
§ 121.	Interpretación .....	273
§ 122.	La inclusión de la cláusula de dureza en el Proyecto de Código Civil de 1998 .....	274

**D) DIGNIFICACIÓN Y AUTONOMÍA EN EL MATRIMONIO**

§ 123.	La dignificación posmoderna del vínculo matrimonial	275
§ 124.	Pluralismo y autonomía de la voluntad en el derecho matrimonial .....	276
§ 125.	Inaplicabilidad del principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones de los padres con los hijos que están a su cuidado .....	278

**E) LÍMITES AL DERECHO MATRIMONIAL FLEXIBLE**

§ 126.	El pluralismo matrimonial y sus límites .....	283
§ 127.	Rol del derecho matrimonial .....	284
§ 128.	El supuesto desinterés por el matrimonio. Las uniones de hecho y la descendencia .....	285
§ 129.	Función docente de la ley y orden público matrimonial	287
§ 130.	Protección de los derechos e intereses de terceros ..	288
§ 131.	Defensa de la dignidad humana y la libertad de la persona .....	290
§ 132.	La protección de la libertad de la persona y el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia .....	290
§ 133.	La cultura y los márgenes de asentimiento colectivo ..	294

**F) DERECHO DE FAMILIA,  
HOMOSEXUALIDAD Y TRANSEXUALISMO**

§ 134.	Homosexualidad y familia .....	295
§ 135.	La homosexualidad, el matrimonio, la adopción y la procreación asistida .....	298
§ 136.	Relatividad de las construcciones abstractas .....	306
§ 137.	La transexualidad, el matrimonio, la adopción y la procreación asistida. Remisión .....	309

**CAPÍTULO VI**

**TIPOS DE DIVORCIO: DOCTRINA  
Y DERECHO COMPARADO**

**A) DIVORCIOS CAUSADOS Y DIVORCIOS INCAUSADOS**

§ 138.	Clasificación .....	313
--------	---------------------	-----

§ 139.	Divorcio causado inculpatario (divorcio-sanción) .....	315
	a) El catálogo causal .....	316
	b) Formulación causal inculpatoria de tipo genérico ..	317

### **B) CRÍTICA AL SISTEMA DE LA INculpACIÓN**

§ 140.	Probable arbitrariedad de la sentencia .....	318
§ 141.	Falsedad de la tesis del “único culpable en el divorcio”, a la luz de los estudios interdisciplinarios .....	319
§ 142.	La inculpación y el daño al grupo familiar .....	322
§ 143.	El divorcio “maligno”, la función docente de la ley y los límites al pluralismo .....	323
§ 144.	El divorcio maligno y la dignidad humana .....	324
§ 145.	El protagonismo de la culpa en el Proyecto de Código Civil de 1998 .....	325
	a) La culpa en la estructura del Proyecto .....	326
	b) Omisión de considerar la crisis y debilidad del concepto de culpa .....	328
	c) Otras consideraciones .....	329

### **C) DIVORCIO-REMEDI0**

§ 146.	Caracterización .....	330
§ 147.	El desquicio del matrimonio y la transgresión a los deberes conyugales .....	333
§ 148.	El divorcio-remedio bajo un sistema cerrado .....	336
§ 149.	El divorcio-remedio bajo un sistema abierto. ....	336

### **D) TÉCNICAS LEGISLATIVAS**

§ 150.	Límites del divorcio-remedio .....	337
§ 151.	La reforma alemana de 1976 .....	338
§ 152.	Inglaterra y Gales: el “Family Law Act” de 1996 .....	341
§ 153.	La ley francesa de 2004 .....	342
§ 154.	La derogada reforma española de 1981 .....	345
§ 155.	El divorcio en el Código Civil japonés .....	346
§ 156.	La nueva ley chilena de divorcio .....	348

### **E) DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA**

§ 157.	Caracterización .....	350
--------	-----------------------	-----

§ 158.	Divorcio incausado bilateral .....	350
	a) Derecho francés .....	350
	b) Derecho cubano .....	352
	c) Ley española de 1981 .....	352
	d) Ley española de 2005 .....	353
	e) Derecho sueco .....	353
	f) El divorcio incausado y notarial en Colombia .....	354
	g) El divorcio administrativo en Japón. Remisión ..	354
§ 159.	Divorcio sin expresión de causa por voluntad unilate- ral en los derechos sueco y español .....	354
	a) Derecho sueco .....	354
	b) Derecho español .....	356
§ 160.	Examen valorativo del divorcio incausado por volun- tad unilateral .....	357

## CAPÍTULO VII

### DERECHO ARGENTINO

#### A) ANTECEDENTES Y LINEAMIENTOS DE LA LEY 23.515

§ 161.	El divorcio-sanción, el Código Civil argentino y la ley 2393 .....	363
§ 162.	Causales subjetivas de divorcio en la ley 23.515. Re- misión .....	364
§ 163.	La admisión del divorcio vincular en la Argentina. Ju- risprudencia de la Corte Suprema .....	365
§ 164.	La ley 23.515 como ley de transacción .....	366

#### B) ANTECEDENTES DE LA SEPARACIÓN PERSONAL CONJUNTA

§ 165.	Proyecto de la Comisión reformadora de 1967 .....	368
§ 166.	La frustración del proyecto .....	370
§ 167.	El artículo 67 "bis" introducido por la ley 17.711 .....	370

#### C) SANCIÓN DE LA LEY 23.515

§ 168.	El divorcio por presentación conjunta .....	371
§ 169.	Paralelismo con el derecho francés .....	374

§ 170.	La obligatoriedad de invocar las causas graves y la posible transgresión constitucional .....	375
§ 171.	La presentación conjunta en el Código Civil argentino .....	375

#### **D) LAS CAUSAS GRAVES Y LAS AUDIENCIAS**

§ 172.	Las causas y motivos "graves" aducidos .....	377
§ 173.	Audiencias .....	380
	a) Primera audiencia .....	380
	b) Segunda audiencia .....	381

#### **E) LA SENTENCIA Y LOS TÉRMINOS**

§ 174.	Atribuciones del juez .....	384
§ 175.	La cosa juzgada. Apelabilidad de la sentencia .....	385
§ 176.	El plazo mínimo de matrimonio .....	388
§ 177.	Oportunidad en la que se debe tener por cumplido el plazo legal. Remisiones .....	389
§ 178.	Demoras en la celebración de la segunda audiencia .....	391

#### **F) INTERVENCIÓN LETRADA**

§ 179.	Obligatoriedad del patrocinio letrado. Patrocinio único .....	392
§ 180.	Intervención letrada en las audiencias .....	396

#### **G) ALTERNATIVAS PROCESALES**

§ 181.	Sustitución del juez durante el trámite procesal .....	398
§ 182.	Conversión del proceso contradictorio en otro de presentación conjunta .....	400
§ 183.	Prosecución del proceso contradictorio desistido .....	401
	a) Retracción del desistimiento del proceso .....	401
	b) Desistimiento condicional de las partes .....	402
§ 184.	Desistimiento unilateral del divorcio por presentación conjunta. Límites .....	402
§ 185.	Desistimiento conjunto del divorcio por presentación conjunta .....	405

§ 186.	Incomparecencia injustificada de un cónyuge a la segunda audiencia .....	406
--------	--	-----

**H) EFECTOS DE LA SENTENCIA Y LA INculpACIÓN**

§ 187.	Efectos de la sentencia que decreta el divorcio .....	407
§ 188.	La culpa. Debate sobre su atribución durante la vigencia de la ley 2393 .....	409
§ 189.	La atribución consensual de la culpa y la ley 23.515 .....	411

**I) EL DIVORCIO Y LOS ALIMENTOS DE LOS CÓNyUGES**

§ 190.	Alimentos convenidos en la presentación conjunta. Su naturaleza jurídica .....	414
§ 191.	El pacto alimentario en el régimen de la ley 23.515 ..	418
§ 192.	El régimen de alimentos para cónyuges divorciados. Los antecedentes y la ley 23.515 .....	419
§ 193.	Régimen legal supletorio aplicable a los alimentos acordados .....	424

**J) CARÁCTER DE LOS CONVENIOS  
Y OTRAS CUESTIONES CONEXAS**

§ 194.	Naturaleza facultativa de los convenios. Oportunidad de su celebración y presentación. Remisión .....	427
§ 195.	Los acuerdos de los cónyuges y la función jurisdiccional. Remisiones .....	430

**K) LOS BIENES MATRIMONIALES**

§ 196.	Convenios sobre bienes matrimoniales. La ley 23.515 y sus antecedentes .....	432
	a) Antes de la ley 17.711 .....	432
	b) Durante la ley 17.711 .....	433
	c) A partir de la ley 23.515 .....	434
§ 197.	Oportunidad de celebración y presentación de los convenios de bienes .....	435
§ 198.	Separación de hecho previa y liquidación de la sociedad conyugal. Remisión .....	437

**L) INTERVENCIÓN DE LOS MINISTERIOS PÚBLICOS**

§ 199.	Intervención del Ministerio Público Fiscal .....	437
§ 200.	Intervención del Ministerio de Menores .....	440

**M) PROPUESTAS DE REFORMA**

§ 201.	El Proyecto de Código Civil de 1998 .....	440
§ 202.	Nuestra propuesta de divorcio consensual incausado .....	443

**CAPÍTULO VIII****EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO  
EN LA LEY ARGENTINA****A) CARACTERIZACIÓN Y ALCANCE DE LA CAUSAL**

§ 203.	Sanción de la ley 23.515 .....	445
§ 204.	Recepción del divorcio-remedio bajo un sistema cerrado .....	446
§ 205.	Alcance de la separación de hecho como causal objetiva de divorcio .....	446
§ 206.	Causal vinculante para el juzgador .....	453

**B) LA VOLUNTAD DE SEPARACIÓN  
Y LOS ELEMENTOS DE LA CAUSAL**

§ 207.	Falta de voluntad de unión .....	453
§ 208.	El sentido de la expresión legal .....	455
§ 209.	La falta de voluntad de unión y la cuestión de la prueba .....	455
§ 210.	La resistencia del cónyuge a aceptar el divorcio por separación de hecho tras la invocación de la objeción de conciencia .....	456
§ 211.	Elementos constitutivos de la causal .....	458
§ 212.	Elemento objetivo o material .....	458
§ 213.	Elemento psicológico o intencional. Remisión .....	463

§ 214.	Elemento temporal .....	463
§ 215.	Controversia entre las partes acerca del transcurso del plazo. Remisión .....	466
§ 216.	Demandado ausente y la acreditación del transcurso del plazo. Remisiones .....	467
§ 217.	Relaciones sexuales entre cónyuges separados de hecho .....	469
§ 218.	El plazo legal de separación de hecho y la cuestión constitucional .....	470

**C) DISPONIBILIDAD DE LA RELACIÓN JURÍDICA MATRIMONIAL**

§ 219.	Reconocimiento de los hechos. Incontestación de la demanda .....	472
§ 220.	Alcance del artículo 232 del Código Civil .....	475
§ 221.	Doctrina interpretativa finalista del artículo 232 del Código Civil .....	479

**D) INVOCACIÓN DE NO HABER DADO CAUSA A LA SEPARACIÓN**

§ 222.	Alegación y prueba .....	482
§ 223.	Distintas interpretaciones del artículo 204 "in fine" del Código Civil .....	482
	a) Demostración de la propia inocencia .....	482
	b) Culpa en la separación de hecho .....	484
	c) Introducción de la causal subjetiva .....	484
	d) Nuestra opinión .....	485
§ 224.	Alcance temporal de la culpa. Posiciones al respecto .....	489
§ 225.	Legitimación para alegar la culpa o la inocencia. Intervención del defensor oficial .....	491

**E) LA SEPARACIÓN DE HECHO Y LOS DEBERES MATRIMONIALES**

§ 226.	Derecho y realidad. La doctrina tradicional y la ley 23.515 .....	495
§ 227.	Período anterior a la ley 23.515 .....	498

§ 228.	La sanción de la ley 23.515 .....	499
§ 229.	La construcción de una renovadora jurisprudencia y doctrina .....	500
§ 230.	Nuestras conclusiones: el cese de los deberes matrimoniales tras la separación de hecho .....	503
§ 231.	Jornadas de derecho .....	509

### **F) LA RECONVENCIÓN Y LA “RECONVENTIO RECONVENTIONIS”**

§ 232.	Reconvencción .....	510
	a) Necesidad de reconvenir según las causales imputadas .....	511
	b) Obligación de reconvenir .....	511
	c) Nuestra opinión .....	512
§ 233.	Reconvencción implícita .....	512
§ 234.	“Reconventio reconventionis” (reconvencción de la reconvencción) .....	513
§ 235.	El plenario de la Cámara Civil y la “reconventio reconventionis” .....	517

### **G) OTRAS ALTERNATIVAS PROCESALES**

§ 236.	Divorcio por separación de hecho mediante presentación conjunta .....	520
	a) Obligatoriedad del patrocinio letrado .....	522
	b) Patrocinio único. Remisión .....	522
§ 237.	Desistimiento unilateral del divorcio por separación de hecho .....	522
	a) Divorcio por separación de hecho en presentación conjunta y desistimiento del proceso .....	523
	b) Conversión del proceso inculpatario en otro por la causal objetiva. Reanudación del proceso inicial. Remisión .....	525
§ 238.	Desistimiento bilateral del divorcio por separación de hecho .....	525
§ 239.	Acreditación de la separación de hecho en juicios promovidos exclusivamente por causales subjetivas .....	527
§ 240.	Intervención del Ministerio Público Fiscal. Remisión .....	531

**H) LOS ACUERDOS DE LOS CÓNYUGES  
Y LAS AUDIENCIAS**

§ 241.	Acuerdos de los cónyuges y función judicial .....	532
§ 242.	Audiencias .....	533

**I) LA CUESTIÓN DE LOS BIENES**

§ 243.	Divorcio por separación de hecho y liquidación de la sociedad conyugal .....	534
§ 244.	Discriminación entre la culpa en el divorcio y la culpa en la separación de hecho .....	538
§ 245.	Irreversibilidad de los efectos de la sentencia .....	539
§ 246.	La culpabilidad sucesiva .....	541
§ 247.	Situación de los bienes en los divorcios en que se acredita la inocencia o culpa de un cónyuge .....	543
§ 248.	Divorcio por culpa de ambos cónyuges .....	544
§ 249.	Situación de los bienes en los divorcios decretados por la causal objetiva .....	546
§ 250.	El plenario de la Cámara Civil y la situación de los bienes .....	550
§ 251.	Separación de hecho y sociedad conyugal. Valoración y antecedentes y propuestas de reforma .....	553

**J) CONVENIOS DE BIENES PREVIOS  
A LA SENTENCIA DE DIVORCIO**

§ 252.	Liquidación y partición de la sociedad conyugal .....	557
§ 253.	Convenios de liquidación de bienes en los juicios inculpatorios o con la invocación de inocencia .....	559
§ 254.	Los convenios de liquidación de bienes y los eventos científicos .....	561

**K) SEPARACIÓN DE HECHO Y ENFERMEDAD  
DEL CÓNYUGE**

§ 255.	Demanda de divorcio vincular por separación de hecho contra el cónyuge enfermo .....	561
§ 256.	Enfermedad sobreviniente a la separación de hecho .....	562

§ 257.	Separación de hecho a raíz de la enfermedad del cónyuge .....	565
§ 258.	Invocación por el cónyuge sano de la enfermedad del otro .....	567
§ 259.	Demanda contra el cónyuge enfermo. Enfoque "de lege ferenda" .....	569

### **L) EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO Y LAS PROPUESTAS DE REFORMA**

§ 260.	Reflexión crítica acerca de la causal de divorcio por separación de hecho. Nuestra propuesta .....	571
§ 261.	El Proyecto de Código Civil de 1998 .....	573
	a) Análisis crítico del Proyecto .....	573
	b) Conclusiones .....	579

## **CAPÍTULO IX**

### **EL DIVORCIO Y LOS HIJOS**

#### **A) DESMEMBRAMIENTO DE LA GUARDA, ROLES PARENTALES Y TERMINOLOGÍA**

§ 262.	El desmembramiento de la guarda y los roles parentales .....	585
§ 263.	Algunas objeciones a la terminología empleada .....	587
	a) "Tenencia" .....	587
	b) "Derecho de visitas" .....	588
	c) "Madrastra" y "padrastro" .....	590

#### **B) CRITERIOS PARA LA ASIGNACIÓN DE LA GUARDA**

§ 264.	Hijos menores de cinco años .....	590
§ 265.	Propuestas de eliminación de la preferencia materna. Remisiones .....	594
§ 266.	Hijos mayores de cinco años .....	596
§ 267.	El niño y la relación triangular .....	600
§ 268.	Residencia del niño .....	604
§ 269.	Principio de unidad filial .....	604
§ 270.	Principio de estabilidad o continuidad .....	608

§ 271.	Asignación de la guarda y participación del niño. Remisión .....	613
§ 272.	Idoneidad para la guarda y enfermedad del progenitor .....	613
§ 273.	Orientación sexual del progenitor e idoneidad para la guarda. Remisión .....	615
§ 274.	El incumplimiento alimentario como eventual impedimento para la obtención de la guarda .....	616
§ 275.	Idoneidad para la guarda y la pertenencia a sectas religiosas .....	617
§ 276.	La determinación de la guarda de los hijos y la relatividad de los efectos procesales .....	622
§ 277.	Alcance de las atribuciones conferidas a los progenitores respecto del hijo común .....	623

**C) GUARDA ALTERNADA Y EJERCICIO COMPARTIDO DE LA PATRIA POTESTAD**

§ 278.	Guarda alternada o compartida: precisión de los conceptos y alcances de las expresiones .....	627
§ 279.	Factibilidad de la tenencia alternada en el derecho positivo .....	629
§ 280.	Cuándo se configura la tenencia alternada o compartida .....	630
§ 281.	Conveniencia o inconveniencia de la guarda alternada .....	631
§ 282.	La guarda compartida en el derecho comparado .....	634
§ 283.	Evolución de nuestro derecho hacia la admisión de la tenencia compartida .....	637
§ 284.	Los acuerdos de tenencia compartida y la autonomía de la voluntad. Remisión .....	639
§ 285.	La guarda compartida impuesta judicialmente sin mediar acuerdo entre los padres .....	640
§ 286.	La guarda alternada determinada judicialmente y el principio de congruencia. Remisión .....	645
§ 287.	La participación del niño. Remisión .....	646
§ 288.	Ejercicio compartido de la patria potestad .....	646

**D) RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO**

§ 289.	Caracterización general .....	652
--------	-------------------------------	-----

§ 290.	Resguardo jurisdiccional de la comunicación padre-hijo	653
§ 291.	Lugar de cumplimiento del régimen de comunicación .....	656
§ 292.	Modalidades de la comunicación paterno-filial .....	657
§ 293.	Suspensión del régimen de comunicación paterno-filial .....	658
§ 294.	Suspensión por la oposición filial a la comunicación con el progenitor .....	659
§ 295.	Invocación de efectos perjudiciales de las visitas .....	662
§ 296.	Obligación alimentaria y suspensión de las visitas .....	662
§ 297.	Suspensión de las visitas por resistencia al tratamiento psicoterapéutico .....	665
§ 298.	Régimen de comunicación y participación del niño. Remisión .....	665
§ 299.	Pareja del padre no custodio. Remisión .....	666
§ 300.	Enfermedad del padre no custodio. Remisión .....	666
§ 301.	Orientación sexual del padre no custodio. Remisión	667

#### **E) COMUNICACIÓN DEL NIÑO CON OTROS PARIENTES**

§ 302.	Parientes vinculados por intereses alimentarios recíprocos .....	667
§ 303.	Configuración del régimen y distinciones .....	668
§ 304.	Comunicación del niño con otros parientes o terceros .....	671

#### **F) MEDIDAS PARA LA EFECTIVIDAD DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN**

§ 305.	Complejidad del problema. Sanciones directas para hacer efectivas las visitas .....	675
§ 306.	Terapia bajo mandato .....	680
§ 307.	La designación de un tutor especial .....	683
§ 308.	Sanciones penales. Reflexiones .....	685

#### **G) LOS HIJOS EN LA FAMILIA ENSAMBLADA**

§ 309.	Caracterización .....	689
§ 310.	La convivencia del hijo en la familia ensamblada .....	689

## **H) CONVERGENCIA DE INCUMBENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LA FAMILIA**

§ 311.	La privacidad de los asuntos familiares y la convergencia de incumbencias .....	694
§ 312.	Nuestra crítica a la abstención judicial .....	699
§ 313.	El exceso jurisdiccional .....	705

## **I) PROCESO DE FAMILIA E INTERDISCIPLINA**

§ 314.	Caracterización. Proceso y juez de familia .....	707
§ 315.	Congresos y jornadas en relación con el proceso de familia .....	713
§ 316.	El proceso de familia en la provincia de Buenos Aires .....	715
§ 317.	Alcance de la interdisciplina .....	717

## **J) EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO Y SU INTERVENCIÓN EN EL PROCESO**

§ 318.	Hablar a los niños .....	720
§ 319.	Derecho del niño a ser oído: textos normativos, tendencia contemporánea y la ley de los derechos del niño .....	721
	a) Derecho extranjero .....	721
	b) Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma ...	722
	c) Adopción y Código Civil .....	723
	d) La ley de los derechos del niño y adolescente ....	723
§ 320.	La audición del niño y la doctrina y jurisprudencia vernácula .....	724
§ 321.	La audición del niño y la operatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño. Remisión .....	726
§ 322.	El derecho del niño a tomar conocimiento del proceso sin límites de edades. Fundamentos .....	727
§ 323.	Niños de corta edad .....	729
§ 324.	Niños que han alcanzado el dominio del lenguaje oral	730
§ 325.	El contacto del juez con los niños .....	733
§ 326.	Intervención activa del niño en el proceso y su derecho a contar con un abogado que lo asista .....	736
§ 327.	Participación del niño dentro del proceso judicial ....	742

§ 328.	Propuestas reglamentarias .....	742
§ 329.	Criterios adversos. Su réplica .....	742

## CAPÍTULO X

### DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL DIVORCIO

#### A) EVOLUCIÓN

§ 330.	Introducción. Dinámica de las posiciones .....	745
§ 331.	Primitiva doctrina denegatoria .....	746
§ 332.	Evolución de la jurisprudencia .....	747
	a) Admisión del agravio moral como daño reparable patrimonialmente .....	747
	b) Denegación del resarcimiento por daño moral .....	748
	c) Otros fallos denegatorios y la doctrina mayoritaria .....	749

#### B) AFIRMACIÓN DE LA DOCTRINA AMPLIA PERMISIVA

§ 333.	Punto de partida para su consolidación judicial .....	750
§ 334.	Recomendaciones de jornadas jurídicas .....	752
§ 335.	Postulados de la doctrina amplia permisiva .....	753

#### C) TESIS RESTRINGIDA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

§ 336.	Criterios de la doctrina que limita los daños y perjuicios emergentes del divorcio .....	757
§ 337.	Un voto con proyecciones insospechadas .....	761

#### D) DOCTRINA DENEGATORIA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

§ 338.	Sus postulados .....	763
--------	----------------------	-----

#### E) DOCTRINA PLENARIA DE LA CÁMARA CIVIL

§ 339.	El fallo de 1994 .....	765
§ 340.	Su alcance .....	765

**F) CRÍTICA A LA DOCTRINA AMPLIA PERMISIVA**

§ 341.	Interpretación del silencio del legislador .....	767
§ 342.	La "ratio legis" de la discriminación legislativa .....	770
§ 343.	Crisis del concepto de culpa en el divorcio .....	771
§ 344.	El derecho positivo argentino y la limitación de los efectos de la culpa en la regulación del divorcio .....	773
§ 345.	Los daños y perjuicios en el divorcio y el deber de no dañar .....	775
§ 346.	Daños emergentes de los hechos causantes del divorcio y del divorcio en sí. Relatividad de la distinción .....	776
§ 347.	La equivocación en la elección del cónyuge y los daños y perjuicios .....	778
§ 348.	Interpretación pretoriana. El interés familiar .....	778
§ 349.	Erróneo enfoque de la doctrina amplia permisiva .....	781
§ 350.	Señalamiento en el plenario de las peligrosas proyecciones de la doctrina amplia .....	782

**G) CRÍTICA A LA DOCTRINA RESTRINGIDA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS**

§ 351.	Advertencia preliminar. Virtud y defecto de la tesis .....	783
§ 352.	El adulterio y las otras causales de divorcio .....	784
§ 353.	Daños muy graves y daños menos graves .....	786
§ 354.	Contradicciones de la doctrina restringida permisiva .....	787

**H) NUESTRA ADHESIÓN A LA DOCTRINA DENEGATORIA**

§ 355.	Fundamentos .....	789
§ 356.	Límites .....	790

**I) LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

§ 357.	Los daños y perjuicios y la responsabilidad objetiva ..	791
§ 358.	Fundamentos. Necesidad de reforma legislativa .....	791

**J) LOS DAÑOS EMERGENTES DEL DIVORCIO  
Y EL PROYECTO DE 1998**

§ 359. Lineamientos del Proyecto de Código Civil de 1998 ..	792
§ 360. Reflexiones .....	795
<i>Bibliografía</i> .....	797
<i>Índice alfabético</i> .....	825