

Basset, Úrsula C.

Matrimonio

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Basset, U. C. (2012). *Matrimonio* [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/matrimonio-ursula-basset.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

MATRIMONIO

ÚRSULA C. BASSET

En cuanto a la regulación del matrimonio, existen innumerables novedades, sumadas al giro rotundo que ha implicado la controvertida incorporación de las parejas de personas del mismo sexo a la institución a través de la sanción de la ley 26.618 (2010). Para el derecho argentino, incorporar una revolución jurídica tras otra es algo naturalmente negativo. Conspira contra la posibilidad de inculturación de las normas jurídicas, contradice la máxima que pretende la armonía entre derecho y costumbres, genera desorientación e incertidumbre jurídica puesto que el derecho inestable y ajeno a las costumbres sociales no es conocido por el ciudadano quien en consecuencia no sabe qué expectativas tiene el legislador de su conducta.

a) Problemas derivados de la información pública en torno a los contenidos de la reforma

A ello se suma que los mensajes de comunicación social en torno a los segmentos más controvertidos de la reforma, han procurado obtener la aceptación social sobre la base de algunos eufemismos o presentaciones que no transmiten la verdadera esencia de los institutos introducidos. Todo lo cual conduce a que el “hombre común” crecientemente elabore una expectativa distorsionada respecto de los contenidos de la ley.

b) Problemas de estructura dentro del libro de matrimonio

Es necesario censurar que en este título aparezca la carencia de efectos de los esponsales (Art. 401 de la versión de que disponemos, recibida el 12.4.2012 por la Comisión de Reformas). Debe agradecerse que finalmente se hayan introducido –en una revisión posterior y gracias a una oportuna advertencia–, la carencia de efectos de los esponsales. Esta cuestión había sido omitida en las primeras versiones que circularon, comprometiendo gravemente el derecho reconocido en los Tratados internacionales que asegura la libertad de casarse.

Sin embargo, la introducción dentro del título de los principios es desafortunada. Los principios son de naturaleza generalísima. No parece bien introducir la regla de la carencia de efectos de los esponsales a futuro (cuestión eminentemente concreta), dentro de los principios generales.

c) Cuestiones de redacción (que implican cuestiones de fondo)

La supresión de la redundancia en los verbos del Art. 402, facilitaría la lectura. El segundo artículo de este título se refiere a la interpretación y aplicación de las normas, que no puede ser hecha

“limitando, restringiendo, excluyendo o suprimiendo la igualdad de derechos” de las personas que integran un matrimonio.

La norma en sí misma es superflua y surge de la costumbre legislativa relativamente reciente de incorporar textos de naturaleza declarativa y abierta en el texto de la legislación de derecho privado. Se desvirtúa de esta forma la misión regulatoria del derecho privado, para convertir el Código Civil y las leyes en una reformulación de los textos contenidos en Tratados Internacionales o en la Constitución.

Esta solución no es meramente una cuestión de estilo. Al contrario, la introducción de normas abiertas en el derecho civil es de mala técnica legislativa pues genera tropiezos sin límites a la hora de aplicarla. Las normas declamativas deben reservarse a la Carta Magna. El derecho civil debe regular instituciones, no declamar principios.

d) Principio de libertad e igualdad

El libro se abre con un título sobre principios de libertad e igualdad.

Se plantea alguna duda respecto del *concepto de igualdad* al que se refiere el legislador. La ambivalencia surge precisamente por el tenor abierto de la norma. El principio de igualdad es de naturaleza constitucional, no hacía falta reiterarlo aquí. Aparece en tratados internacionales específicamente referido al matrimonio o a los niños¹. El Código Civil no parece el lugar apropiado para su reiteración. En todo caso, hubiera sido preferible una opción por concretizar el contenido general de la igualdad presente en los Tratados Internacionales en enunciados más específicos. Remitimos a lo dicho en la sección anterior.

Respecto del problema relativo al *concepto de igualdad*, la ambigüedad o incluso equivocidad deriva, decíamos, de la textura abierta de la norma. La igualdad es el componente formal del derecho. No obstante, esta igualdad se expresa tanto en un tratamiento igual de los iguales (prohibiendo la discriminación injusta), como estableciendo estatutos especiales favorables a un segmento social débil (como en el derecho de los consumidores).

Algunas tendencias en el derecho de familia, recepcionan con énfasis único la igualación abstracta sin advertir diferencias de hecho en las situaciones a igualar. Paradójicamente, los beneficiarios de la igualdad abstracta suelen ser los fuertes, y no los débiles, cuyas debilidades no son objeto de consideración puesto que integran el conjunto de cualidades concretas y fácticas que no son visibles por medio de la abstracción ideológica. En este sentido, extraen como consecuencia de la igualdad la equiparación de potestades de mujeres y varones, el apellido, la potestad de gestión y administración, etc.². En la misma línea, la igualación entre heterosexualismo y homosexualismo, o entre identidad femenina, masculina y transexualismo; todos ellos parten de categorías abstractas previas (preconceptos), sin que la ley distinga las peculiares divergentes que hay entre los fenómenos legislados. Al contrario, considerar las divergencias es considerado irrazonable y discriminatorio. En última instancia, considerar un concepto abstracto de igualdad puede reputar ventajas reales o aparentes a personas relativamente autónomas y capaces; en cambio, la igualdad abstracta genera menguas inevitables en sujetos jurídicos vulnerables. La ceguera autoimpuesta a las diferencias, implica invariablemente la imposibilidad de la corrección en favor de la cualidad peculiar que genera la diferencia.

1. Convención para Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, Art. 16 y Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 18.1; Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 16.4.

2. Es el caso, por ejemplo, de LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, 2008, p. 109-113 y pp. 339-406. Una perspectiva semejante, aunque con matizaciones, se advierte en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, T. I, pp. 358-506, en donde, sin embargo se encara el asunto de la “perspectiva de género”, que podría habilitar una corrección de la desigualdad. Sin embargo, el acento está puesto sustancialmente en la “igualación”, más que en la corrección en virtud de la debilidad. Los enfoques son correctos, pero requerirían adicionar el problema de la persistente debilidad de la mujer en las relaciones heterosexuales.

Otra manera de entender la igualdad es considerar a la par de la igualdad en abstracto, la igualdad en concreto. Esta segunda forma de igualdad supone un progreso en el derecho, que permite pasar de la igualdad abstracta válida para sujetos jurídicos fuertes, a la igualdad concreta que permite la protección del débil³ o el status debole, en palabras de Guido Alpa⁴. Hay determinados grupos vulnerables a los que el derecho debe responder con una regulación protectoria. Es el caso notablemente actual de las *mujeres, los ancianos y los niños*. El problema de la enunciación genérica sin elucidación concreta deja en ascuas sobre un aspecto urticante: *la protección concreta del débil*. Si se toma el concepto de igualdad como equiparación exclusivamente, así como ha predominado su hermenéutica en las últimas reformas legislativas, la protección del distinto quedará marginada.

Las mujeres, pese a todos los avances del siglo XX, siguen estando en situación de desigualdad. Son las que emplean su cuerpo en el embarazo y por lo tanto se ven sustraídas de la fuerza laboral. Son las que espontáneamente, con más frecuencia, distraen tiempo de su profesión para amamantar y cuidar a los hijos. Son las que siguen realizando con enorme frecuencia las tareas domésticas en forma preferencial. En sí mismo, nada de ello es negativo. Al contrario, es conforme al bien común que las madres tengan la chance de criar a sus hijos. Está demostrado que la crianza del niño por su madre favorece en mucho su desarrollo psicológico. En consecuencia, es necesario posibilitar esta ausencia, asegurando a la mujer mecanismos a través de los cuales pueda obtener compensaciones personales y económicas por su inversión en la crianza de los hijos y el sostenimiento del hogar. La derogación del deber de cohabitación y del de fidelidad (como propone el Código), no ayudan. La mujer, y sobre todo la mujer de más edad y la que tiene hijos pequeños, suelen estar ancladas al hogar. Permitir que el hombre vaya y venga, sin establecer ninguna herramienta sancionatoria para la mujer cuando es defraudada en su buena fe de invertir en el hogar familiar, es subvertir la protección del débil. El hecho de que no se contemple la especial constitución de la relación intersexual que se da entre varón y mujer, por eliminar toda referencia a la sexo femenino es, como se ha dicho en alguna intervención, borrar a la mujer del Código Civil con sus notas peculiarísimas. Consideramos que la protección de la mujer en las relaciones heterosexuales es un imperativo derivado de la constitucionalización del derecho civil. Por otro lado, la reforma incorpora normas claramente lesivas de la dignidad de la mujer. La maternidad por alquiler de vientres supone una afrenta a la dignidad de la mujer, que se transforma en un objeto de mercado (aunque sea a título gratuito antes de la autorización judicial). En síntesis, que pese a que parecería que hay una tónica tendiente a proteger los derechos de las mujeres, el balance es que la aplicación de un concepto abstracto e incluso neutral de género (y en algunos casos, homonormativo), termina por liquidar una idea protectoria que parece esbozarse en materia asistencial.

Propiciamos además la *incorporación del principio de protección del interés del niño* en el acápite de disposiciones generales del Título, como una exigencia de la constitucionalización del derecho de familia⁵. Nos parece hartamente notable que se enuncie el principio de igualdad y no el de protección de la niñez. Si se van a enunciar principios, no se entiende por qué el desequilibrio a favor de los derechos de los adultos.

Los niños no solo requieren estructuras de protección directas, sino también indirectas. El derecho tiene que ser paidocéntrico, porque los niños son el futuro de la humanidad (además del mandato

3. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 214 y ss.

4. Guido ALPA propone, por ejemplo, interpretar el derecho privado a la luz de una fragmentación de la idea de status, que tenga en cuenta, por ejemplo, el status del débil. En su *Status e capacità. La costruzione giuridiche delle differenze individuali* (Roma-Bari, 1993) había sostenido: “gli status di un tempo sono sostituiti dagli status di oggi: il consumatore di prodotti, il risparmiatore, l’utente di servizi, il cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione, [dunque] non si assiste ad una riviscenza degli status tradizionali ma si assiste ad una riproposizione de llo status in formule differenziate che colgono aspetti diversi delle personalità”. En particular subraya el “status deboli”, (p. 34 y 38). La misma idea desarrolla en ALPA, Guido, *Compendio del nuovo diritto privato italiano*, Turín, 2000², UTET, p. 357 y ss.

5. Hemos coincidido en propiciar la incorporación de este principio en el área patrimonial con Néstor E. Solari, en una publicación casi simultánea sobre el tema (la de él en La Ley, la nuestra en Jurisprudencia Argentina en el año 2010).

constitucional que así nos obliga). Los niños tienen derecho a una familia. No se reiterará suficientemente la cita de Philippe Malaurie: “*La aparente dulzura muelle de estas tendencias abiertas respecto de la familia, tienen en realidad una dureza inflexible. La “libre competencia de las familias” es inmisericorde con los niños, con los débiles, con los que no tienen acceso a la educación, con los que se equivocan, con los que sufren y con aquellos a los que ni el origen social ni la suerte les ha sonreído. [...] Toda civilización forma un todo: Cada vez que retrocede el derecho, la ética desaparece.*”⁶

En síntesis, consideramos que sería preferible que el Código Civil contuviera enunciados concretos, al modelo del brasileño. También consideramos que la igualdad debe enunciar también (como de hecho se regula en algunos aspectos del proyecto), la corrección del que se encuentra en una posición más débil. Sigue diferenciándose la posición de la mujer en la relación heterosexual, respecto de la posición de los demás actores en los demás tipos de relaciones. Por último, nos hubiera gustado que se hubiera enunciado en concreto la protección del interés del niño como un principio vertebral del derecho de familia.

e) Regulación del matrimonio

Nos referiremos tan solo a algunos aspectos.

1) Deberes y derechos de los cónyuges

El Proyecto, en los artículos respectivos a los derechos y deberes de los cónyuges consigna exclusivamente el deber de asistencia (Art. 431). Ese deber de asistencia, a estarse a la letra del articulado, se ciñe exclusivamente a los alimentos (Art. 432 y 434) y las pautas de su fijación (Art. 433). En una última variación del Proyecto, la Comisión de Reformas parece haber decidido incorporar además un “deber moral de fidelidad” (aparece en la versión del 12.4.2012).

Aquí hay tres problemas a analizar: **a)** la supresión del deber de fidelidad y sus derivaciones; **b)** la supresión del deber de cohabitación y sus derivaciones; **c)** la reducción del deber de asistencia a las obligaciones de contenido económico y sus derivaciones.

Pactos de “libertad” y la autonomía de la voluntad de los cónyuges

Alguna doctrina había considerado ya que los deberes entre cónyuges eran materia de privacidad, salvo en lo que respecta al derecho-deber alimentario, que se consideró de orden público⁷. Consideran que tanto el derecho de cohabitación como el deber de fidelidad integran el marco del Art. 19 de la Constitución Nacional.

No obstante, el derecho nunca vedó los pactos implícitos que los cónyuges realizaban entre sí. Como dice Carbonnier, los cónyuges no viven Código en mano, de modo que sus costumbres privadas no ingresan en la órbita jurídica. Julien Oudot y Charles Demangeat, en obra publicada en 1867 al comentar el Código Civil de Napoleón (conservador si los hay en materia de familia) sostenían:

6. MALAURIE, Philippe, FULCHIRON, Hugues, *La famille*, París, 2006, Défrenois, p. 29: “*Ce ‘désengagement’ a, sous sa molle douceur apparente, une dureté inflexible. La ‘libre concurrence des familles’ est impitoyable aux petits, aux faibles, aux mal éduqués, à ceux qui se trompent, à ceux qui souffrent et à ceux auxquels ni l’origine sociale ni la chance n’ont souri [...] Tout civilisation forme un tout: chaque fois que le droit recule, la morale (l’etique) s’efface*”.

7. GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ, HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia...*, cit, T. I, p. 29. Nótese que la posición de LLOVERAS y SALOMÓN en *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, nada dice de suprimir los deberes de cohabitación o fidelidad, sino que sólo sugiere que se permita su dispensa entre los cónyuges de común acuerdo (p. 287, op. cit), para que la ley civil condiga “con los preceptos libertarios” de la Carta Magna que permiten elegir un proyecto de vida. Advuértase al respecto, que como decimos en el cuerpo, nada impide que los cónyuges privadamente elijan su proyecto de vida de común acuerdo en la legislación actual.

“La ley no evita que el marido y la esposa tengan residencias separadas, si ese género de vida es el resultado de un acuerdo mutuo.”⁸

Igualmente, sostenían que el matrimonio no entraña tampoco necesariamente el deber de “cohabitación íntima”, ambos esposos de común acuerdo, pueden suspenderla⁹. El filósofo jurídico de Lille, Xavier Labbé, señala que los “pactos de libertad” están abiertos al matrimonio, pero el asunto se plantea en la ocasión del divorcio¹⁰.

Entonces, la primera consideración general que se plantea es que la autonomía de la voluntad de los esposos y el derecho a la privacidad ya no está en juego. Los esposos son libres de pactar ad intra de sus relaciones conyugales con el derecho actualmente vigente, cualquier tipo de modalidad relacional. Si están de acuerdo, no hay un delito de acción pública que pueda inhibir el ejercicio de la libertad relacional de los cónyuges. Atención: decimos con el derecho vigente, porque el Código proyectado, contradictoriamente prohíbe todo pacto entre cónyuges...

Con la legislación vigente, este tipo de conductas estaban convalidadas. Y de hecho es así. En el derecho francés la jurisprudencia ha recogido con frecuencia el caso de convivencia: vale decir cuando ambos cónyuges participan de un tipo de relación semejante, la sanción jurídica a la conducta no se aplica (Por ej. en el caso de los “swingers”, “open marriage”, o cualquier otro modelo relacional –nótese que no es casualidad que la denominación se mantenga casi siempre en la lengua inglesa, y es que no es más que modelos de conducta que hemos importado y hecho propios y que generalmente son bastante frecuentes en un determinado contexto económico y social–). En la Argentina, generalmente se aplicaba la regla de culpa concurrente.

Quiere decir que *el problema se plantea exclusivamente en el caso de que un cónyuge quiera tener relaciones extraconyugales y el otro no*. Es decir, cuando hay una víctima. Y para esa víctima, el derecho proyectado no prevé respuesta alguna. O en el caso de que un cónyuge quiera abandonar el hogar conyugal y el otro quiera permanecer. Es decir, no en el caso del común acuerdo (ya comprendido en la legislación vigente), sino en el caso de la asimetría: cuando un cónyuge es víctima de abandono o infidelidad.

En el caso del derecho de cohabitación, la reflexión doctrinal sobre la separación de hecho fue preclara, en el sentido de inculpar también al que demuestra desinterés o falta de voluntad de unirse, aunque sea con posterioridad. El cónyuge separado de hecho por abandono de uno de los cónyuges, si no realiza acción alguna para retomar la convivencia o él mismo realiza acciones que indican su falta de voluntad de unirse, no puede invocar a su favor los beneficios de la inocencia. Se advierte que esto no fue suficientemente comprendido en alguno de los textos doctrinales que sustentan la derogación de la cohabitación, que hemos tenido oportunidad de consultar. No es que el derecho convalide con el Código actual el derecho a no cohabitar. El derecho no ingresa dónde los cónyuges no lo quieren hacer ingresar. Ahora bien, si se evidencia que ambos faltaron al deber de cohabitación, el derecho niega beneficios a ambos por igual¹¹. Más aún, la costumbre tantas veces censurada como nula, de firmar pactos de separación de hecho; invariablemente produjo el efecto de dar por consentida la separación (doctrina de los propios actos) y en consecuencia invalidar el reclamo posterior

8. OUDOT, Julien, DEMANGEAT, Charles, *Du Droit de Famille*, Marescq Ainé, París, 1867, p. 58 : “La loi ne défend pas au mari et à la femme d’avoir résidences séparées, si ce genre de vie exceptionnel est le résultat de leur accord mutuel”.

9. *Ibíd.*: “Le mariage n’entraîne pas nécessairement l’obligation de la cohabitation intime...”.

10. LABBÉE, Xavier, *Les rapports juridiques dans le couple, sont-ils contractuels?* Septentrion, Villeneuve d’Ascq, 1996, p. 76.

11. La cuestión de los efectos de la separación de hecho ha sido definitivamente abordada en la obra de KEMELMAJER de CARLUCCI, *Separación de hecho entre cónyuges*, Astrea, Buenos Aires, 1976. Ver especialmente los capítulos II y VI, para los efectos personales y patrimoniales. Sigue siendo una obra referencial. Recientemente, ha sido vuelta a tratar por una de las autoras del texto que aquí se analiza en una notable producción: CHECHILE, Ana María, *La separación de hecho entre cónyuges en el derecho civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, publicada precisamente a los 30 años de su antecedente. En 1961 consta el antecedente de la obra de MORELLO, que quedó desactualizada por la incidencia de la reforma de 1968.

del que quisiera invocar la inocencia. Vale decir: el derecho no desvela lo que los cónyuges quieren guardar en su intimidad; pero si alguno de ellos o la las circunstancias lo exponen, trata a ambos como responsables de la ruptura. Lo cual es, ni más ni menos que la verdad, pero dejando a salvo los derechos de la víctima (es decir, de quién no consintió).

El caso de la fidelidad también ha sido tratado en el derecho como un supuesto en el cual *si había acuerdo entre ambos cónyuges la sanción recaía sobre ambos por igual*. En tanto, si la conducta no resulta desvelada al momento de la querrela de divorcio, carece de relevancia jurídica. En el derecho francés, algunos fallos han negado la acción de infidelidad al cónyuge culpable de la misma acción. Se desarrolló la doctrina de la “connivencia” que excluye la acción sobre el tema. En cambio, cuando uno de los cónyuges es víctima de la infidelidad del otro, o se ha obligado a ejercer la prostitución o la infidelidad con alguna forma de coacción, la doctrina de la connivencia no se aplica y es posible demandar al cónyuge culpable. Vale decir que la libertad y autonomía privada de los cónyuges queda incólume sin derogar el deber de fidelidad: en cambio, se deja a salvo a la víctima. En el derecho argentino hubo un precedente apasionante en que ambos cónyuges habían mantenido relaciones swingers con terceros¹². Uno de ellos intentó acusar al otro de infidelidad. Si bien el fallo termina girando hacia la culpabilidad de ambos por injurias graves, lo cierto es que hay una elocuente referencia:

[La actora] “...admite haber aceptado la práctica ‘swinger’, la que ‘consintió’ solo ‘a fin de reconstruir’ su matrimonio ‘y hacerlo feliz’ [n. b. a su esposo]. Nadie ‘consiente’ adoptar conductas de esa laya durante trece años, máxime cuando se tienen dos hijas y hasta una nieta con la que se convive y se tiene bajo su cuidado, solo para ‘reconstruir un matrimonio’ y menos aún, para ‘hacer feliz’ al cónyuge, si no lo hace por placer, por gusto, por satisfacción o por lo que fuere”.

Adviértase la relevancia que confiere en este caso la Cámara al “consentimiento” de la esposa. Demuestra un giro semejante al de la doctrina francesa: la connivencia priva de acción.

De modo que:

- Si los esposos pactan privadamente y no emerge a la luz tal pacto, al derecho no le interesa indagarlo (Art. 18 C. N.);
- Si surge a la luz, y ambos han actuado el proyecto de vida común, el derecho lo considera igualmente irrelevante (Art. 18 C. N.);
- El único caso en que el derecho no lo considera irrelevante es cuando uno de los cónyuges tenía una expectativa y fue defraudado, o cuando fue forzado a una práctica que no compare (piénsese sobre todo en el caso de las mujeres o peor aún: de la trata).

En ese último caso, la ley al suprimir el deber de fidelidad o cohabitación convalida la conducta del abandonante o del adúltero, dejando sin acción a la víctima.

Decimos sin acción, porque pudiera parecer que las acciones del derecho civil subsisten y la víctima podría ver resarcido el sufrimiento padecido con alguna acción de daño moral o incluso físico (si devinieran somatizaciones por el trauma, por ejemplo). Pues *esto ya no será viable, puesto que la acción carecería de causa: no se configuraría la ilicitud que es requisito de la acción de reparación*.

Insólitamente, y después de los trabajos brillantes inaugurados por Salvatore Patti en Italia, se reincorporaría en la familia por vía oblicua, la doctrina de la inmunidad.

Deber de cohabitación

En segundo lugar, respecto del deber de cohabitación debe tenerse presente que el derecho se ha elaborado durante siglos, y por lo tanto cada instituto tiene su razón de ser. Al derribarlo, caen lógicamente todos los institutos dependientes de él. Con el deber de cohabitación sucede lo propio.

12. Caso “R. E. c/ C. M. A. s/ Divorcio”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 12/07/2010.

Algunas consideraciones al respecto. No parece razonable exigir la cohabitación después de haber recuperado la salud en el caso de las *nulidades*: si la cohabitación no se exige en el matrimonio, porqué sería exigible en ese caso (Art. 424). De la misma forma, si a los cónyuges no se les exige la convivencia, no se explica por qué es relevante que cohabiten 30 días para extinguir la acción de nulidad. Debe buscarse otra causal de extinción, toda vez que la vida conyugal plena se lleva a cabo sin que haya necesariamente cohabitación (Art. 425).

El deber de cohabitación fijaba el *domicilio conyugal* (Art. 717)¹³. El domicilio conyugal dice relación con el derecho privado (deudas de los cónyuges, domicilio del hijo menor, entre otras cuestiones), como con el derecho internacional privado (es un punto de conexión). ¿Cómo se determina el domicilio conyugal si no hay deber de cohabitar?

El deber de cohabitación hace nacer la protección especial a la *vivienda conyugal*. Si cesa la cohabitación, ¿cómo se establece la vivienda conyugal? La inejecutabilidad del hogar conyugal, carece de sentido (Art. 456). El Código no ofrece pautas al respecto, y sin embargo hay una protección de la vivienda familiar intensa, que dispone incluso considerarla como bien fuera del comercio e inatacable para los acreedores. Se presta al fraude.

No resulta claro *qué debe entenderse por convivencia y separación de hecho*. Derogado el deber de cohabitar, tal vez debería definirse que es convivir y cuando se está separado de hecho. Convivir, según el DRAE es vivir en compañía de otros. Una palabra no debería usarse contra su sentido semántico usual, salvo que se le atribuya explícitamente un nuevo denotado. Tal vez sería preferible sustituir la palabra, toda vez que podría ser confusa: se puede vivir sin la compañía del cónyuge que podría vivir en Canadá (como en el precedente francés, que era en realidad regla para el caso concreto). En cuanto a la separación de hecho, resulta igualmente irrelevante. Si los cónyuges no están obligados a cohabitar, no se explica por qué sería relevante que no tengan voluntad de unirse. Sin embargo, estos términos son utilizados una veintena de veces en el Código Civil proyectado. Véase por ejemplo, la proyección de esta ambigüedad en materia de ejercicio de la responsabilidad parental, en el cual la convivencia y la separación de hecho causan efectos diferenciados. Sin embargo, no se advierte cuál es la solución en el caso de que no haya cohabitación pero sí voluntad de unirse (¿se rige por la convivencia o por el caso de separación? ¿qué sucede si los padres viven en países diferentes?). Si cabe la separación de hecho durante la plena vigencia del matrimonio (no implica ninguna merma a los deberes conyugales) no se entiende por qué hay una regulación separada de efectos en torno a la responsabilidad parental. En fin, que tal vez sería conveniente despejar estas ambigüedades a fin de evitar el aumento de litigios por falta de claridad del texto legislativo.

Para ser coherente, *deberían eliminarse todas las consecuencias de la separación de hecho*. Si la cohabitación no es relevante, no existe causa para regular en función de la convivencia o separación de los cónyuges. No hay obligación de unirse que surja del matrimonio, dado que esta surgía del deber de cohabitación, que traía implícitos los fines unitivos del matrimonio; que, con la nueva redacción, fueron derogados. Así, la retroactividad de los efectos de la sentencia de divorcio a la separación de hecho sin voluntad de unirse, carece de causa jurídica (Art. 480). Si los cónyuges tienen obligación jurídica de unirse ni de cohabitar, no hay causa para anclar los efectos a la separación de hecho sin voluntad de unirse: no hay ilicitud, porque no hay deber roto. El estado de cosas de estar separado de hecho sin voluntad de unirse pasa a ser parte de una vida marital plena, puesto que los cónyuges pueden convenir estar separados de hecho sin voluntad de unirse (viviendo en el Canadá, como dijimos, uno; y en Francia, el otro) sin alterar en nada la esencia del matrimonio.

La cohabitación está íntimamente vinculada al deber de fidelidad, y como tal, a las *presunciones de filiación derivadas*. De hecho, tampoco cabría en teoría hacer cesar la presunción por separación de hecho (como en el Art. 566). En realidad, las presunciones, para ser coherentes, deben desaparecer, porque se fundan en la unión de los cónyuges que estaba implícita en el deber de cohabitación. Tal vez no resultó del todo evidente, pero el deber de cohabitación implicó siempre el de la donación

13. Tomo esta sugerencia de una conversación con el Dr. Néstor Solari.

íntima de los cónyuges. Suprimido el deber de cohabitar, se suprime también esa nota del matrimonio, en consecuencia (sumado a la supresión del deber de fidelidad), parecería más razonable para preservar armónicamente el derecho a la identidad, la supresión de las presunciones y la realización de un ADN en cada caso, a fin de evitar sustituciones de identidad.

No puede utilizarse como *criterio “el hogar”* si no hay hogar desde el punto de vista jurídico, toda vez que la cohabitación pasa a ser jurídicamente irrelevante. Adviértase que los alimentos pueden fijarse “durante la convivencia” en el artículo 433. Pero si la convivencia carece de relevancia jurídica, no cabe otorgársela al hogar (por lógica consecuencia). Por la misma razón, el “deber de contribución al hogar” (Art. 455), carece de fundamento óntico. La responsabilidad solidaria para responder a las necesidades ordinarias del hogar conyugal, debería suprimirse (Art. 461). La referencia a las cosas muebles del hogar conyugal del Art. 462, debería correr la misma suerte. Lo mismo, respecto de los gastos comunes del hogar, que son a cargo de ambos progenitores, en el Art. 666.

Del mismo modo, deberían revisarse todas las ocasiones en las que se regula la *vivienda familiar* o términos homólogos. En cada caso, no existe quicio jurídico para hablar de vivienda familiar, toda vez que no se exige el deber de cohabitar. Como tampoco se define cuál es la nota que constituye una vivienda en “familiar” si se quita la cohabitación, las regulaciones que se apoyan en la noción de “vivienda familiar” carecen de causa jurídica.

Es necesario revisar el asunto de las cargas (Art. 489). No hay hogar conyugal sin convivencia, ergo no tiene sentido incluir dentro de las *cargas, las derivadas de su mantenimiento*.

Por último, durante la vigencia del matrimonio, *se expondría al niño al régimen de contacto propio de una pareja divorciada*, solamente que sin “plan de parentalidad”, como sí hay en el caso de divorcio. ¿A dónde enviará el colegio las notificaciones escolares? ¿Deberán hacer constar los padres sus diversos domicilios? ¿Cómo se establece cuál es el domicilio del hijo menor? ¿Deberá haber un acuerdo judicial o constar en algún registro quién convive con el menor? En cuanto a las cargas del matrimonio: ¿se extenderán a ambos domicilios? Apenas algunas de las preguntas que suscita la regulación.

Deber de fidelidad

En **tercer lugar, respecto del deber de fidelidad**. El Código proyectado suprime el deber de fidelidad. En una última versión, incorpora un deber de naturaleza moral. Si es moral no es jurídico, por lo cual subsisten todas las consideraciones que siguen. Desde el punto de vista estrictamente lógico jurídico, cabe señalar lo siguiente:

En el Código proyectado, *la fidelidad no puede pactarse (por imperio del Art. 466), en cambio sí cabría la infidelidad*. El deber de fidelidad puede ser de derecho público o privado. Como ha dicho el profesor de la Universidad de Verona, Antonio Zaccaria, en ocasión de la exposición de este punto: el derecho argentino consagra así un derecho humano inviolable a la infidelidad matrimonial.

Es verdad: el nuevo Código Civil no tiene por objeto la regulación de la fidelidad, sino la regulación de la infidelidad.

En el derecho privado tradicional, la fidelidad surgía del imperio de la ley (coincidente con el consenso social). La historia del derecho incluso conoció un deber de fidelidad emergente del derecho público, sancionado como delito penal.

En el caso del deber de fidelidad de derecho privado impuesto por ley (caso del Código actual), nada impide que las parejas tengan prácticas que difieran del mandato imperativo. Ahora bien, si uno de los miembros de la pareja no está de acuerdo, tiene acción para alegar el “breach of duty” (incumplimiento del deber). El “breach of duty” puede implicar sanciones propias (especiales) del derecho de familia o sanciones generales, provenientes del derecho civil general (daños y perjuicios) en virtud del principio de personalización del derecho de familia, que es armónico con la constitucionalización del derecho civil.

Es posible pensar que para potenciar la autonomía de la voluntad, el legislador borrara el deber de fidelidad del catálogo de obligaciones *ex legem*. Un legislador que considerara que la fidelidad forma parte de un proyecto de vida que el Estado debe garantizar en los términos del Art. 19 C.

N., podría considerar que las partes pueden provocar el deber de fidelidad con una suerte de fuente contractual o convencional¹⁴. Una regulación convencional del matrimonio, bien que desinstitucionalizante, protege el principio de autonomía de la voluntad permitiendo cualquier proyecto de vida siempre y cuando surja del consenso de los integrantes de la pareja.

Eso no es lo que sucede en el Proyecto. Si bien se afirma como principios la igualdad de derecho y la autonomía de la voluntad, la autonomía solo vale para garantizar el derecho a la infidelidad sin sanción alguna y la víctima de infidelidad no tiene acción.

En cuanto a la igualdad, parecería que se trata otra vez la aplicación de la igualación en abstracto, tan bien descrita en el tango de Enrique Santos Discépolo. Pero, aquí no se trata propiamente de igualdad, sino de desigualdad. El que quiere ser fiel, no tiene los mismos derechos que el que tiene como proyecto de vida un matrimonio abierto, toda vez que la fidelidad no puede pactarse. Vale la infidelidad, pero las parejas no podrían pactar la fidelidad y protegerse por la infracción y el agravio subsecuente. Por lo tanto, se advierte inmediatamente una segunda desigualdad. La mujer que elige ser infiel (o el hombre que elige) tiene sus derechos plenamente satisfechos. En cambio, la víctima de infidelidad, carece de acción por el daño que tiene adecuado nexo de causalidad en la infracción del deber de fidelidad. Digamos así que las injurias por la deshonra producida. Una mujer tendría que aceptar sin ocasión de obtener resarcimiento alguno, que su esposo la visite a su ámbito laboral con su pareja en presencia de sus compañeros de trabajo, sin sanción económica o jurídica alguna. No queda más remedio que constatar la incoherencia entre el principio de igualdad enunciado en el preámbulo de la regulación del matrimonio (aun entendido como igualdad abstracta) y la desigualdad provocada por la manera en que se ha legislado, dando más derechos a un grupo de personas privilegiado por la ley (aquellos que optan por un matrimonio abierto), por sobre aquellos que optan por un matrimonio exclusivo.

En cuanto a la autonomía de la voluntad, el razonamiento es análogo. Solo tienen plena autonomía de la voluntad para realizar su proyecto de vida aquellos sujetos que se adecuan al modelo de matrimonio que provee el Código proyectado. Según se anticipó más arriba, le marco regulatorio del Código solo permite autonomía para ser infiel, no para ser fiel; ya que su objeto regulatorio es la infidelidad y no la fidelidad. La fidelidad egresa del ámbito jurídico (ni tiene sanción, ni puede ser pactada). En tanto, la infidelidad ingresa como una alternativa posible. El infiel, en el Proyecto, adquiere derechos; en tanto que el fiel los pierde.

La supresión del deber de fidelidad como exclusividad, es *incoherente con la regulación sobre las uniones convivenciales*. Para acceder al régimen de uniones convivenciales, se exige a las parejas singularidad y permanencia. Con lo cual se daría el resultado incoherente de que las parejas de hecho de menos de dos años de relación, tendrían más carga de deberes que el matrimonio o las uniones convivenciales de más de dos años de duración.

La supresión del deber de fidelidad perjudica la estabilidad del estado de familia¹⁵ e incrementará la litigiosidad en torno al emplazamiento de estado. La obligación de fidelidad fue históricamente impuesta especialmente a las mujeres, para garantizar la correspondencia entre la realidad biológica y la identidad social del niño¹⁶. Al carecer de fundamento la presunción de paternidad, es razonable pensar que más niños y adolescentes duden del emplazamiento paterno. La incidencia de pleitos en materia de acciones de emplazamiento podría multiplicarse.

La supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño. Podría haber discordancias entre la realidad biológica y el emplazamiento presuntivo, que no se resolvieran, quedando en consecuencia los niños emplazados en un estado en el cual se suprime su identidad biológica, como en las apropiaciones.

14. Así, el Covenant Marriage.

15. Ha sido Marcos Córdoba quién ha observado este punto con agudeza en una conversación mantenida con él.

16. CASTELLI, Mireille D. y GOUBAU, Dominique, *Le Droit de Famille au Québec*, Presses Universitaires de Laval, Laval, 2005, p. 186.

Si se suprime el deber de fidelidad no se entiende por qué no resulta también admisible la poligamia. Si la multiplicidad de parejas es legítima, también debería serlo el reconocimiento de esa multiplicidad ante la ley. Louise Ch. A. Allemand decía: “El deber de fidelidad es una consecuencia de la prohibición de la poligamia”¹⁷. Es razonable que si no interesa el deber de fidelidad, no haya obstáculos a la realización de un proyecto de vida poligámico.

La solución en torno al deber de fidelidad es incoherente con otros sistemas normativos. En el derecho laboral la infidelidad del empleado se sanciona con el despido. En el derecho de familia, la infidelidad del esposo, no tiene sanción alguna.

Respecto de los fundamentos de la propuesta, hemos advertido que probablemente subyazcan algunos malentendidos en la comprensión de la extensión y los fundamentos del deber de fidelidad. Entre los textos de la literatura nacional, hemos procurado encontrar los fundamentos de tal supresión. Así, en una destacada obra doctrinal, se señala que el deber de fidelidad ha sido una creación doctrinal y jurisprudencial, que, para sus sostenedores, tendría su génesis en el derecho natural y en valores ético-morales que definen por sí mismos a la institución matrimonial como régimen monogámico. Los autores sostienen que este estado del arte no puede sustentarse, dado que hay una ausencia evidente de un código universalmente aceptado que reúna dichas reglas morales sobre las que los autores pretenderían apoyar la moralidad matrimonial¹⁸. Por otra parte, otros autores han sostenido que el deber de fidelidad no es exigible¹⁹. Otros han sostenido que su quicio es el sistema del divorcio sanción y desaparecido este, no se justifica su mantenimiento²⁰.

En líneas generales, estamos de acuerdo con la primera de las afirmaciones precedentes. En un sentido descriptivo, las costumbres morales son variadas y el pluralismo es un criterio en auge. No obstante, la realidad sociológica en la Argentina posiblemente no sea tan plural como la sociedad canadiense o las sociedades europeas, en las que el choque de culturas es más manifiesto. Cabe sospechar que la mayoría de los habitantes del país entienden que la fidelidad implica exclusividad y no una relación abierta. Con lo cual la supresión del deber de fidelidad probablemente no sea concorde con el sentir de los habitantes de la Argentina, a quienes está dirigido el Código. Y, como el Código es para el “hombre común” como decía Reale, podría suceder que se desenfoque la regulación respecto de sus destinatarios, por mantener una línea de principios libertarios. Decía la sabiduría medieval: No tensar tanto el arco, que al final se rompa. O, en palabras de Díez Picazo: El derecho debe marcar el paso, pero no distanciarse radicalmente de la sociedad.

Se podría objetar, que dado que el Código será para todos, su sistema valorativo tiene que servir para las prácticas sexuales de las grandes urbes, así como para todos los demás habitantes del país, y ello se logra suprimiendo los deberes conyugales. Sin embargo, esto tampoco es exacto, como dijimos más arriba, el derecho no ingresa hoy, con la ley 23.515, en la privacidad de los cónyuges. Lo expresan los mismos autores citados: “Si los cónyuges deciden adecuar sus relaciones personales a sus referencias individuales, aunque estas no co-incidan con aquello que la ley [...] ha entendido como propias de la relación matrimonial: ¿es posible impedirlo?”

Se dice que la derogación tiene relación con la autonomía de la voluntad y la libertad de intimidad. Sin embargo, no hay ley más invasiva que la propuesta. La ley vigente no ingresaba dónde los cónyuges no la dejaban ingresar. La ley actual ingresa a la privacidad, alterando la ecuación de los cónyuges que sí quieren deberse fidelidad (no pueden pactarla siquiera, porque la ley se los prohíbe en el Art. 447, conforme desarrollamos en los números precedentes).

17. ALLEMAND, Louis Charles Antoine, *Traité du Mariage et de ses effets*, Thorel y Leboyer, París, 1847, p. 342.

18. GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ, HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia...*, cit., p. 255-256, pero en general todo el capítulo, especialmente su colofón y la definición de fidelidad como regla de lealtad traducida en sinceridad, pero no de exclusividad (p. 271).

19. En la doctrina nacional, es la postura de Eduardo Zannoni. Es el contenido de la ponencia presentada por María Victoria Famá y Moira Revsin en las XIX Jornadas Nacionales de Rosario (2003), que no fue seguida por la votación general.

20. Ponencia presentada por María Victoria Pellegrini en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Rosario (2003), que no fue acompañada por la votación mayoritaria.

Cabe señalar también que hay un malentendido respecto de la naturaleza del deber de fidelidad. Se ha entendido que es un deber de naturaleza moral. Sin embargo, desde siempre se ha sabido que sobre el deber de fidelidad se estructura un complejo edificio de presunciones y deberes y derechos dependientes del matrimonio. Desde el Código Napoleón, el deber de fidelidad fue considerado como estrictamente jurídico y no moral²¹.

Que se derogue el divorcio sanción, no obsta a conservar el deber de fidelidad, porque el cónyuge que no consintió siempre podría reclamar una indemnización económica reparadora, cosa que aboliendo el deber de fidelidad, queda excluida. La víctima de infidelidad queda sin remedio jurídico.

Por último cabe preguntarse si lo que hace la juridicidad es que exista una acción para reclamar, o si no es más bien a la inversa: la acción para reclamar existe porque hay un derecho objetivo preexistente (que como contracara da lugar a un derecho subjetivo reconocido por el legislador). En este caso, el legislador ha querido abrogar ambos. Es curioso, empero, que la argumentación sea invertida: como no hay acción no hay derecho (lo razonable es inverso: como no hay derecho no hay acción). En todo caso, se desconoce (porque existe, sea o no exiliada por el legislador) una dimensión de juridicidad constitutiva del matrimonio, coherente con numerosas reverberaciones en la ordenación de la familia.

Deber de asistencia

En cuarto lugar, el deber de asistencia, en una primera redacción daba para pensar que se refería solo a lo que los franceses llaman *devoir de secours* (deber de provisión económica).

El deber de asistencia se refirió desde siempre tanto a las necesidades “del alma y del corazón” como también aquellas “del cuerpo”²². Porque los esposos se donaban recíprocamente el alma y el cuerpo²³. En la doctrina nacional, el criterio de que el deber de asistencia incorpora los cuidados materiales (alimentarios), sino también los espirituales y morales²⁴.

En la versión del 12.04.2012 del Proyecto, se ha corregido dicha redacción. El nuevo art. 431 dice: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca.”

Así redactado, parecería que el deber de cooperación es jurídico (porque no se aclara lo contrario), en tanto que el deber de fidelidad es moral. La situación es harto ambigua. En realidad el deber de cooperación es tan poco exigible o sancionable como el deber de fidelidad (no tiene acción para reclamarlo).

Puede imaginarse que la fundamentación para exiliar al deber de asistencia del campo propio de la juridicidad del matrimonio es probablemente análoga a la que se aplica al deber de fidelidad. (Que no puede coaccionarse el amor o la atención, que el deber no es exigible porque se suprimen las causales de divorcio). Las mismas observaciones relativas al deber de fidelidad se aplican también a este caso.

Tratándose de deberes morales, se despojaría al matrimonio-institución-jurídica de deberes tales como el cuidado en la enfermedad, o la asistencia en situaciones traumáticas o dolorosas. Si bien esto es consistente con la supresión del deber de cohabitación (que, de no llevarse a cabo puede despojar de la cotidianidad condividida); y el deber de fidelidad (que, de no ejecutarse puede llevar a algún

21. MOURLON, Frédéric, *Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoleon*, Marescq Ainé, París, 1857, Vol I, p. 376.

22. OUDOT, DEMANGEAT, *Du droit de famille...*, cit. p. 58 : “Mais ils établissent dans les époux, l'aloï de se prêter assistance dans les besoins de l'aâme et du cœur, comme dans ceux du corps, d'avoir la patience que tolère, la bienveillance qui prévient, la sympathie que console”.

23. ALLEMAND, *Traité du mariage et de ses effets...*, cit., p. 342.

24. BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, Abeledo, Buenos Aires, 2011, p. 360, párr. 192. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Astrea, Buenos Aires, 2006, T. 1, p. 443 y p. 445 párr. 335. MAZZINGHI, Jorge A. *Tratado de Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 253 y ss. Entre otros.

extrañamiento entre los cónyuges); impacta en un deber que ha sido indiscutidamente considerado como constitutivo de la vida conyugal: a saber, la solidaridad familiar²⁵.

De nuestra parte, creemos que el deber de asistencia hace a la esencia del matrimonio-institución-jurídica, y que borrarlo en tanto que deber jurídico desdibuja a la institución.

f) *Divorcio*

Hasta aquí hemos desarrollado los problemas derivados de la regulación del matrimonio. A continuación analizamos los referidos a su disolución.

En el capítulo 8 de Disolución del matrimonio, aparecen las siguientes novedades, que consideramos requieren análisis:

1. La eliminación de la separación personal
2. La supresión de los denominados “plazos de espera” para divorciarse
3. La supresión del divorcio causado, subsistiendo como única vía el divorcio unilateral o bilateral judicial.

Sobre estos tres puntos concentraremos nuestro análisis. En los tres casos, se trata de elecciones de política familiar y judicial, de modo que involucran sistemas de valores y creencias de los redactores que no pueden someterse a análisis jurídico, sino que quedan relegados al ámbito político. El análisis que sigue será tan solo bajo la formalidad jurídica.

Supresión de la separación personal

Este asunto simplifica los procesos y la redacción del Código Civil, concentrando en una sola vía los caminos de separación de los cónyuges. Sin embargo, por ese mismo motivo cercena libertades fundamentales.

Se violenta el principio constitucional de protección de la familia, contenido en los Tratados internacionales. En dichos tratados, se asegura el derecho del niño a una familia, se postula el bien jurídico del matrimonio y los Estados partes asumen la obligación de proteger la familia. Proteger la familia es una obligación de medios –como se sostuvo en un fallo reciente– y consiste en que aquellos que deseen tener una familia, tengan los medios como para tenerla. Trasladado al matrimonio, parece contrario a la Constitución Nacional, que, aquellos que quieran seguir casados, aunque se vean constreñidos a estar separados, tengan obligatoriamente que divorciarse, sin poder recurrir a una separación legal que conservaría el vínculo.

No parece coherente que las partes tengan la libertad de no convivir durante el matrimonio, y en cambio carezcan de la libertad de no divorciarse, si quieren separarse legalmente sin disolver el vínculo. Contradice el principio de autonomía de la voluntad que preside este capítulo.

El principio de libertad religiosa y de pluralismo que se postula como fundante de la Codificación propuesta, también se ve agraviado. Hay libertad de ser swinger, llevar adelante un matrimonio abierto, no respetar la fe mutua de los cónyuges, no convivir; pero no hay libertad de ser fiel al voto moralmente más exigente de perdurabilidad del vínculo matrimonial, que beneficia a la sociedad. Vale decir, hay libertad para la laxitud moral, pero no hay libertad para las opciones morales exigentes. Esto podría aparecer como un nuevo sistema moral único, que no tolera otras opciones ni les da cabida en la sociedad.

25. Para MÉNDEZ COSTA (op. cit.) es uno de los principios que rigen las relaciones de familia.

Divorcio sin causa, consideraciones generales

Respecto del divorcio sin causa, como opción política, sus fundamentos históricamente fueron valorativos, de coherencia con la regulación restante y por una cuestión de eficiencia de la jurisdicción (disminuir la litigiosidad). Respecto de los argumentos valorativos, algunos autores han señalado que es conveniente eliminar la culpa, porque la confrontación en la ruptura dañaría a las partes. Desde el punto de vista valorativo se ha dicho que basta que uno no quiera para que dos no puedan: no pueden ponerse límites a la persona que opta por la ruptura. Si uno de los dos cónyuges desea romper el vínculo, el matrimonio carece de sentido. La voluntad de uno es el fundamento suficiente de la ruptura. En segundo lugar, se ha argumentado desde la coherencia, en el sentido de potenciar la idea desinteresada por el Estado respecto del perfil del matrimonio, en el sentido de que los cónyuges son autónomos para llevar su vida como deseen y que instaurar un divorcio causado sería brindar un espacio de indagación que es incoherente con la retirada del orden público del matrimonio. Finalmente, se ha dicho que de instaurar este sistema, se reduciría la litigiosidad.

Divorcio sin causa y argumentos valorativos respecto del análisis de la culpa

Considerar que el examen de la culpa dañaría a las partes como un argumento para eliminarla del terreno de la jurisdicción supone dos vertientes. De una parte, se argumenta que daña a los cónyuges. De otra, que los divorcios de aquellos que podríamos llamar “sanguinarios” –por su alto grado de conflictividad– causan daño a los niños.

En primer lugar, decir que se quita el análisis de la culpabilidad porque daña a los cónyuges es un argumento paternalista. Si los cónyuges desean establecer quién es inocente y quién es culpable, negarles ese derecho es invadir una esfera de autonomía.

Lo cierto es que lo que daña no es el examen de la culpabilidad en el marco de un proceso, sino el hecho culpable. Vale decir, lo que causa dolor y daña no es el análisis del adulterio o las injurias graves, sino que estas hayan acontecido. La herida que causa el adulterio –con independencia de si es examinada o no por la justicia– es una herida profunda e irreparable, una falta a la fe recíproca (y cuando hay niños, un embargo a la credibilidad de las relaciones de pareja, destruida la fe por la traición paterna o materna a la palabra matrimonial). Es propio de un pensamiento utópico, de un autoengaño voluntarista, el pensar que, porque no se discute en un juicio, el adulterio y el daño que causa, no existen. El derecho no tiene la potestad de hacer desaparecer la realidad, simplemente por no discutirla en un fuero tribunalicio. En cambio, causa una tremenda sensación de abandono a la víctima de adulterio el hecho de que su fe dañada no merezca reparación alguna. Quitar la posibilidad del examen jurisdiccional de la culpa no solo banaliza el matrimonio sino que además añade sufrimiento sobre sufrimiento, demostrando a la víctima que la injuria que sufrió es irrelevante para el derecho y que su injusticia no merece reparación alguna.

En cuanto al daño a los niños por un divorcio “sanguinario”, es un mito pensar que porque se prohíbe discutir la culpa en el marco del proceso, la ira que causa una injuria o una relación matrimonial mal llevada va a desaparecer porque no se discute en la jurisdicción. Más bien al contrario. Lo que va a suceder probablemente es que la conflictividad que antes se concentraba en el proceso de divorcio tendrá como válvula de escape otros conflictos conexos, que muy probablemente los involucrarán: tales como los planes de parentalidad, alimentos, residencia, etc. De modo que, probablemente cerrar la puerta a que el conflicto entre adultos eclosionara en el marco propio del divorcio, probablemente implicará que este mismo conflicto no solo no desaparezca, sino que se encauce en los procesos que involucren a los niños.

Finalmente, se encuentra el argumento autónomo. Según este argumento no se puede obligar a las personas a ser fieles o a no injuriar al otro, porque es parte de la libertad que de este modo se vería agravada si el Estado ingresara en la esfera de privacidad. Con el argumento de que la libertad humana supone siempre una elección entre medios buenos o malos para la propia felicidad, no habría delitos punibles. Sin embargo, quienes argumentan sobre esta idea, afirman que hay una especial labilidad del corazón humano en cuestiones románticas. Y entienden que la ley tiene que abstenerse de intervenir. Sin embargo, el Estado sí ingresa en esferas mucho más banales, como por ejemplo, prohibir fumar en

un lugar compartido con desconocidos, para evitar un daño a la salud. Cuanto más daña a la esposa o el esposo el agravio o el adulterio. Es mucho más que un daño a la salud física. Es una herida moral profunda. Más aún, el derecho promueve de esta forma la falta a la fe recíproca de los esposos, tomando partido por su irrelevancia jurídica (y, consecuentemente, privándolo de su dimensión social).

Divorcio sin causa y reducción de la litigiosidad

A este respecto conviene advertir que *la evidencia científica no demuestra que se reduzca la litigiosidad*. Al contrario, los sistemas jurídicos comparados que han implementado el divorcio incausado han experimentado un incremento exponencial de casos de divorcio y de acciones conexas. Los tribunales de familia se han visto desbordados. El caso más paradigmático es el inglés, en el que con el anterior Family Law Act de 1995 se había previsto un mecanismo de prevención del divorcio, porque se calculó que de no implementarlo, los tribunales de familia se verían desbordados hacia 2015. El sistema no se implementó, rige el divorcio sin causa, y en 2010 los tribunales de familia ya estaban desbordados. En 1969 Ronald Reagan firmó el divorcio sin causa, de lo que luego diría él mismo que fue uno de sus peores errores. En la década y media que siguió el resto de los estados siguieron el ejemplo de California y legalizaron el divorcio sin causa. Fue así que de 1960 a 1980 la tasa de divorcio subió a más del doble (de 9,2 divorcios cada 1.000 mujeres a 22,6 divorcios cada 1.000 mujeres).²⁶ Esto significó que mientras que menos del 20% de las parejas que se casaron en 1950 se divorciaron, alrededor del 50% de las que se casaron en 1970 lo hicieron. Y aproximadamente, la mitad de los niños nacidos de padres casados en la década de 1979 vieron a sus padres divorciarse, comparado con un 11% de los de la década²⁷.

Si el divorcio sin causa supone el aumento exponencial de los divorcios, su sanción implica un agravio al derecho a la familia de los niños (como obligación de medio). Los niños como consecuencia del divorcio crecen como semihuérfanos, perdiendo la experiencia de la vida familiar²⁸. Su vida se ve fragmentada en dos²⁹.

Si bien el derecho no puede prohibir el divorcio, los Estados deben promover la perdurabilidad del vínculo si interesa el bienestar de los niños³⁰. La permanencia del matrimonio y la obligación de medios de la sociedad de apoyarlo, tiene su último apoyo en los derechos de los niños³¹. Los niños

26. Cita: <http://www.census.gov/hhes/socdemo/marriage/data/cps/p23-180/p23-180.pdf>. Consultado el 15/12/2012 10:49 hs.

27. WILCOX, W. Bradford, "The evolution of divorce", *National Affairs*, Issue 1, Fall 2009, <http://nationalaffairs.com/publications/detail/the-evolution-of-divorce>. Wilcox es profesor de sociología de la Universidad de Virginia y además es director del National Marriage Project de esa universidad.

28. WARDLE, Lynn D., "Can You Hear the Prayer of the Children? The Quest to Make the World Safer for Children and Families", en *Liber Memorialis Peter Sarcevic*, Sellier, Munich, 2006, pp. 380 y ss. El profesor Wardle es un destacado jurista de derecho de familia, actual presidente de la International Academy for the Jurisprudence of the Family, y oficial durante varios años de la International Society of Family Law.

29. Como lo prueba la representativa muestra estudiada por MARQUARDT, Elizabeth, *Between two worlds*, con prólogo de Judith Wallerstein, Crown Publishers, Nueva York, 2005, pp. 19 y ss.. Especialmente puede verse la división que causa la tenencia compartida.

30. William DOHERTY, profesor de Ciencia Social de Familia en la universidad de Minnesota y terapeuta de parejas y Leah WARD SEAR, actual jefa de justicia de la Corte Suprema de Justicia de Georgia y considerada dos veces por la nominación de "US Supreme Court" de Barack Obama, sostuvieron en su estudio *Second Chances* (2011), que puede consultarse en <http://www.americanvalues.org/pdfs/download.php?name=second-chances> y que tuvo amplia recepción mediática, además de su recepción en las legislaturas estatales, que:

- El 40% de las parejas en medio de su proceso de divorcio estaba interesada en la posibilidad de reconciliación.
- Una modesta reducción en los divorcios beneficiaría a 400.000 niños estadounidenses al menos.
- Una modesta reducción de divorcios también significaría un ahorro en los impuestos de estado

Sus principales recomendaciones.

- Extender la espera de divorcio a al menos un año.
- Proveer educación sobre la propuesta de reconciliación.
- Crear "university-based centres" de excelencia para brindar información a las parejas en riesgo de divorcio.

31. Sobre esto, merece la pena mencionarse la notable conferencia brindada en el panel de apertura de la XIV International Conference celebrada en Lyon en 2011, de la profesora Marsha GARRISON, que mostró los efectos deletéreos

que padecen el divorcio de sus padres quedan en una situación real de desventaja respecto de los niños que crecen en familias intactas o sin la presencia de alguno de sus progenitores. Para cumplir auténticamente el interés superior de los niños, es necesario fortalecer la institución matrimonial y no debilitarla.

Al quitar la relevancia del examen de la culpabilidad en la ruptura, se banaliza el matrimonio. Así, si Vélez sostenía que un hecho de la importancia del matrimonio no podía descender a las condiciones de una estipulación cualquiera³², el nuevo Código propone un matrimonio que es menos valioso que un contrato: puede romperse unilateralmente, sin generar responsabilidad alguna.

Instauración de una nueva inmunidad endofamiliar que favorece a los victimarios y perjudica a las víctimas

Después de decenas de años de elaboración doctrinal en materia de *responsabilidad endofamiliar*, abrogando toda ilicitud o antijurídico en las relaciones conyugales, se termina por abolir la posibilidad de reclamar daños entre cónyuges. Esto significa retrotraer las condiciones de reflexión sobre los derechos humanos en las relaciones familiares a etapas previas a los trabajos de Patti de 1984, tan bienvenidos por la doctrina nacional. La afirmación no es banal, ya que la responsabilidad (agravada por el deber más exigente que emergería del vínculo familiar) queda exiliada de la familia. Las nuevas causas de responsabilidad solo podrán tener su fuente en relaciones de tipo extrafamiliar entre sus miembros. Vale decir que esta nueva regulación de la familia importa la creación de una nueva forma de impunidad. Un renacimiento en el siglo XXI, de la doctrina de la inmunidad.

Adviértase que hay una tónica del Código en este sentido, toda vez que algo semejante podría ocurrir en punto al reclamo de daño genético. Toda vez que el concebido por donación de gametos carece de acción para establecer su vínculo parento-filial, se remueve el acceso a la causa adecuada que podría hacer nacer la responsabilidad del padre o madre donantes. El resultado es un renacimiento de la doctrina de la inmunidad parental por vía oblicua.

En el primer caso, se suprime el requisito de antijuridicidad; en el segundo se oblitera el del nexo causal. El resultado es idéntico: un renacimiento de la doctrina de la inmunidad familiar.

Con esta regulación, da más seguridad jurídica un contrato que la institución matrimonial. Sería conveniente para quienes el matrimonio sigue significando un cúmulo de derechos y deberes recíprocos que exceden la mera dimensión alimentaria, que recurran a un contrato civil en el que enuncien derechos y obligaciones susceptibles de valor económico (incluso deberes de asistencia y de fidelidad, como en una relación laboral sí se enuncian). Estarían mejor protegidos en caso de ruptura que contrayendo matrimonio.

El sistema planteado parece incoherente con la subsistencia del deber de asistencia. Si el deber de asistencia es un deber “del” matrimonio, entonces su infracción debe ser causa de ruptura. En cambio, si es un deber que se da con independencia de él, sería coherente dedicar un capítulo al deber de asistencia en todas las situaciones jurídicas en las que este tiene causa y legislarlo en capítulo separado. No es lógicamente coherente establecer deberes emergentes del matrimonio sin que estos puedan ser causa de ruptura.

Divorcio sin tiempo de espera

El mundo corre hacia una estrechez de recursos y hacia una crisis del Estado benefactor (welfare State). Se hace necesario fortalecer la solidaridad intergeneracional, fortificando los vínculos familiares, entre otras medidas posibles.

El tiempo de espera permite una segunda oportunidad para que la pareja reflexione sobre la posibilidad de mantener el vínculo.

que incluso en la salud física de los niños, produce el divorcio. Pareciera que la Argentina es uno de los pocos países en no tomar noticia de estos efectos.

32. Nota al Art. 159 del Cód. Civil actualmente vigente.

El tiempo de espera es otra forma de implementar la obligación del Estado de proteger la familia, toda vez que desalienta a la constitución de matrimonios irresponsables, al estilo Las Vegas, de película americana, en la cual los cónyuges se casan un día y se separan al siguiente.

En 2012 tuvo lugar en Zaragoza un trascendente Seminario sobre Mediación en el que se concluyó que España debe dar marcha atrás con su reforma de divorcio exprés, porque favorece el incremento de los divorcios. La conclusión cuarta del mismo, estableció la necesidad de restablecer en España el tiempo de espera antes del Divorcio³³.

No todos los ciudadanos tienen igual espectro de derechos con este sistema de regulación. Los que eligen modalidades de vida menos comprometidas tienen más derechos que los que quieren que se reconozca un plan de vida más exigente. Consideramos que un Código Civil debería garantizar a todos los habitantes la libertad de llevar adelante su sistema moral, sobre todo si se trata de un sistema más exigente y que aporta beneficios a la sociedad en su conjunto. Aquel lema de Jean Carbonnier: *A chacun sa famille, à chacun son droit*³⁴, tampoco se cumple, por que se suprime la posibilidad de optar, y se construye un modelo único al que todos tienen que adaptarse.

g) Balance final sobre el título de matrimonio

Se dice que lo que se dice sobre el divorcio dice bastante sobre la esencia del matrimonio. Tratamos de buscar apoyo en los comentaristas de la reforma española de 2005 que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo y el divorcio exprés, para ver si allí podíamos escudriñar la nueva fisonomía del matrimonio propuesta en este Código Civil proyectado.

Lo cierto es que en España se temió que el divorcio exprés transformara al **matrimonio en una unión sin fines, amorfa e indefinida**³⁵, carente de objeto. Esta situación incide lógicamente sobre el consentimiento y la aptitud para consentir³⁶. Se ha dicho que establecer nítidamente el perfil del matrimonio tiene efectos jurídicos importantes, para distinguir una institución simulada o fraudulenta del verdadero matrimonio³⁷. Esta consideración es aplicable para el matrimonio así como se regula en el nuevo Código. La unión civil por lo menos supone un “proyecto común” aunque esta noción resulte a-jurídica e indeterminable.

33. Seminario “Mecanismos de prevención frente a las Crisis Familiares”, que tuvo lugar el 10 de febrero de 2012 en Zaragoza, con exposiciones de diversos catedráticos y participación interdisciplinaria. La conclusión cuarta dice: “4. Un primer mecanismo es el establecimiento de un periodo de reflexión previo al divorcio, que permita acudir a mecanismos preventivos de orientación y mediación.” Allí se advirtió el incremento dramático del divorcio en España a partir de las leyes de divorcio exprés.

34. CARBONNIER, Jean, *Essais sur les lois*, Défrénois, París, 1979, p. 167.

35. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, “El matrimonio deconstruido”, en *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 95-128. Otro análisis sobre el divorcio express, en sentido crítico, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO -catedrático de Derecho civil en la Universidad Jaime I, de Castellón), *El concepto de matrimonio en el Código civil*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, especialmente pp. 27 y ss. El catedrático español de Zaragoza Martínez de Aguirre, en el artículo citado, afirma: “...el matrimonio deconstruido es, en realidad, una forma (una formalidad) y una inercia legal.”, dice el autor, que carece de fines. Cuánto más diría del matrimonio argentino que no sólo ha sido vaciado de sus fines, si no de los deberes tan inherentes a la institución, como lo son el deber de cohabitación y fidelidad.

36. MARTÍNEZ de AGUIRRE, “El matrimonio deconstruido”... cit.

37. “... la cuestión de la determinación del concepto legal de matrimonio en nuestro Derecho positivo no es puramente teórica. Tiene una relevancia práctica inmediata, en la medida en que puede servir para identificar cuándo un consentimiento es verdaderamente matrimonial, y por tanto cuándo no lo es. A su vez, esta eficacia es la que sirve para saber cuando estamos ante un verdadero matrimonio, y cuando estamos ante una simulación, ante un matrimonio de complacencia, con finalidades fraudulentas (señaladamente, en este momento, con la exclusiva finalidad de obtener permiso de residencia, y más tarde la reagrupación familiar, o de tener más fácil acceso a la nacionalidad española).” MARTÍNEZ de AGUIRRE y ALDAZ, Carlos, “El nuevo matrimonio civil”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial. 2008, p. 23.

El matrimonio así como se proyecta, no supone nada más que ingresar a un circuito de obligaciones económicas. Al analizar la ley española, tratando de definir el nuevo matrimonio, un catedrático acuñó la siguiente fórmula: “La unión de dos personas dirigida a la mutua ayuda de ambas”³⁸. Pero este concepto es muy inespecífico, y caben dentro de él infinidad de situaciones. No es posible identificar un verdadero perfil del matrimonio que lo distinga de cualquier otra relación humana bilateral, salvo por los impedimentos de parentesco que se exigen para contraerlo.

No tiene un fin, ni tiene un objeto. De la regulación no surgen ni el fin procreativo ni el asistencial (no económico) que formaron parte desde siempre de la unión conyugal. Tampoco surge el objeto del consorcio de toda la vida. Después de leer la regulación, el matrimonio podría definirse como una institución más laxa que cualquier otro contrato, por el cual dos personas se obligan por un plazo indefinido, pero que puede rescindirse en cualquier momento, a prestarse alimentos y establecer un régimen de relaciones económicas entre sí.

Desde nuestra perspectiva, al analizar la institución así como se plantea, no se entiende bien que se la mantenga. Es mantener una cáscara vaciada de significado. Nos parece que lo más coherente, que de mantener estos criterios, sería terminar con la institución matrimonial, y dejar librada a la privacidad de las partes sus acuerdos económicos, en lugar de imponer reglas por el Estado.

Alguna vez sostuvimos que sería más fácil crear nuevas instituciones con nuevos contenidos, dando más opciones a la sociedad, que dismantelar las instituciones existentes para adecuarlas a determinado credo de ideas o convicciones morales o personales. Humildemente consideramos que hubiera sido más simple dejar el matrimonio para los pocos osados que se atrevieran a ingresar a esa institución (con fidelidad, cohabitación, perdurabilidad, etc), y abrir el abanico de opciones para los que quieren pactar o ingresar a otras modalidades más “light” de relación. Seguimos pensando que el derecho debería ofrecer más derechos y no restringir los existentes.

Creemos además que esta modalidad de regulación **va a tener efectos nocivos en tres grupos vulnerables: mujeres, niños y ancianos**. Las mujeres y los niños, son dos grupos directamente afectados por el incremento en la divorcialidad. Los ancianos son víctimas indirectas, porque se ha comprobado que la fragmentación familiar (muchos divorcios sucesivos, por ejemplo) debilitan la solidaridad intergeneracional³⁹.

Por último, no parece que esta reforma esté dirigida al hombre común de Miguel Reale. El hombre común, cuando se le dice matrimonio, sigue pensando en un varón y una mujer que se casan con intenciones de durar en la relación y que se comprometen a la exclusividad y a cohabitar. Son muy pocos los que cuando se les dice matrimonio evocan otras realidades (“swinger”, “open marriage” u otros conceptos semejantes). Si el Código Civil proyectado se diseña a medida de las clases medias altas urbanas, que acceden a estos circuitos culturales y omite considerar a la mayoría de los argentinos, cuya vida es más sencilla, se habrá apartado de lo que consideramos que es la misión esencial del Código: legislar para las “costumbres del país” y según la “legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas”, más, teniendo en cuenta las “funestas consecuencias” de aquella legislación traída de costumbres dispares⁴⁰.

38. MARTÍNEZ de AGUIRRE y ALDAZ, Carlos, “El nuevo matrimonio civil”, ... cit., pp. 14- 58.

39. Sobre esto, MARQUARDT, *Between two worlds*, cit. pp. 163-167 desarrolla la dificultad que tienen los hijos del divorcio cuando arriban a la mayoría de edad para cuidar y visitar a sus padres en comparación con los hijos de familias intactas. Otro estudio concluyó que los padres divorciados son el grupo social más vulnerable en la ancianidad: I-FenLin, “Consequences Of Parental Divorce For Adult Children’s Support Of Their Frail Parents”, Center for family and Demographic Research, Bowling Green State University (Ohio), Department of Sociology, <http://www.bgsu.edu/downloads/cas/file42461.pdf> (Lastopened: 2/15/2012). Un estudio noruego arribaba a las mismas conclusiones en 2007: “The findings suggest, however, that Norway accommodates to the general norm in the sense that divorce among parents is associated with lower solidarity with adult children on most solidarity dimensions. This is more true for fathers than for mothers.” DAATLAND, Svein Olav, “Marital History and Intergenerational Solidarity: The Impact of Divorce and Unmarried Cohabitation”, *Journal of Social Issues*, Volume 63, Issue 4, pp 809–825, December 2007.

40. Las citas entre comillas corresponden a la nota de Vélez Sarsfield al Título “De la sociedad conyugal”.