

## El Matrimonio en el Proyecto de Reformas

---

Ursula C. Basset<sup>1</sup>

SUMARIO : En esta comunicación se examina los problemas que trae la actual regulación del matrimonio y se hacen propuestas de cambio, tales como: a) incluir el deber de fidelidad y cohabitación en la regulación del matrimonio; b) establecer un tiempo de espera mínimo para el divorcio que sea coherente con la regulación de las uniones convivenciales y con la entidad del matrimonio; c) incluir la “protección constitucional de la familia” como directiva hermenéutica del Juez para resolver los conflictos familiares, así como los de la mujer, la discapacidad y la niñez; d) establecer mecanismos para evitar el incesto (que con la regulación actual estaría habilitado por anomia); y, e) dar opción de visibilizar jurídicamente a aquellas personas que optan por una modalidad de vida matrimonial más exigente, teniendo en cuenta la importancia radical del matrimonio en la sociedad y la baja constante de la tasa de matrimonialidad que se ha verificado a través de las últimas modificaciones legislativas del país.

### **1. Los principios y la constitucionalización de la familia: necesidad de incluir los principios de “protección constitucional de la familia”, incorporados por la generación “social” de reformas al texto constitucional, la protección de la mujer y de la niñez. Giro adultocéntrico de la regulación cuyo principio rector es la “privatización” de las relaciones de familia.**

En la carátula del título de matrimonio, lo primero que se lee es la referencia a los principios de igualdad y libertad. La libertad no es desarrollada como principio aunque trasunta toda la regulación. La sola enunciación. En tanto que la igualdad es enunciada en el Art. 402 en los términos siguientes:

*ARTÍCULO 402.- Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.*

Si los codificadores han querido enmarcar la regulación de la familia sobre la base de estos dos principios rectores, no cabe duda de que cualquier abordaje del matrimonio debe comenzar a la luz de ellos.

#### **a) El principio de libertad**

Respecto del principio de libertad, es de notar que la doctrina trata como equivalencias semánticas las nociones de libertad y autonomía en las relaciones de familia<sup>2</sup>. El nuevo derecho de familia

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesora e Investigadora. Miembro del Comité Ejecutivo por elección de la Société Internationale de Droit de Famille. Miembro Fundador del Comité Directivo de la International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Directora del Seminario de Investigación “Personas y Familia” (UCA). Directora de Cursos de Postgrado. Becaria Instituto Max Planck de Derecho Internacional y Privado.

privilegiaría de esta forma la autonomía de la voluntad –libertad como un principio rector. Se ha señalado que en el año 1994 se ha producido un quiebre que incide primordialmente en un nuevo “orden público familiar”<sup>3</sup>. Habría un “cambio de paradigma”, con una “nueva axiología jurídica”<sup>4</sup>. Así pues la reformulación del derecho de familia implicará una “recreación” de los valores.<sup>5</sup> De resultas, para una de las autoras de los textos que regulan el matrimonio proyectado –Nora Lloveras– “estamos en condiciones de afirmar que la carta magna (sic) y sus preceptos libertarios autorizan a los cónyuges a dispensarse de sus deberes matrimoniales...la base y sustancia del matrimonio están implícitas en... cada proyecto de vida, y no es necesario ni aconsejable que el legislador imponga un proyecto de vida”<sup>6</sup>. Se trata de un “giro copernicano”<sup>7</sup>, cuyo nuevo peso central es “asegurar los beneficios de la libertad” de intimidad<sup>8</sup> en los términos del Art. 19 de la Const. Nacional<sup>9</sup>. Se trata de una visión que privilegia los derechos individuales<sup>10</sup> a un proyecto de vida autorreferencial que merece reconocimiento por el hecho de ser tal y con independencia de su contenido, más que en los derivados de una idea institucional de familia o de la importancia de la familia en tanto que institución con un perfil definido al servicio de determinados fines sociales. El Art. 19 se entiende imperativo principalmente en cuanto garantiza que “las acciones privadas de los hombres...”, pero se desvanece la idea de una moralidad pública que resultaría ajena por el individualismo libertario<sup>11</sup> que preside esta hermenéutica constitucional<sup>12</sup>. El Estado debe ser neutral frente a los proyectos de vida en juego.

Esta visión del derecho de familia entiende pues que debe privilegiarse el individuo a la sociedad. Ésta última debe ser aparentemente neutral (mi tesis es que no es neutral, pero a eso voy más

---

<sup>2</sup> Así aparece por ejemplo en el capítulo III del libro *Derecho constitucional de familia*, de los autores GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Tomo I, pp. 249 y ss., en el cuál la autonomía de la voluntad y los derechos –deberes personales de los cónyuges en el siglo XXI, es un asunto que surge del derecho a la libertad de intimidad en el derecho de familia.

<sup>3</sup> LLOVERAS y SALOMÓN en LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, 2009, p. 76

<sup>4</sup> LLOVERAS Y SALOMÓN, *El derecho de familia...*, ibid.

<sup>5</sup> Interesantísima y sugerente expresión de LLOVERAS y SALOMÓN en LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de familia ...*, ibid. En el caso de los autores mencionados la “recreación” se refiere al derecho de familia en torno a su constitucionalización, cuyo valor central es la libertad de intimidad.

<sup>6</sup> LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de familia ...*, p. 287

<sup>7</sup> LLOVERAS, SALOMÓN, *El derecho de familia...*, P. 46. Se afirma en el pasaje aludido que la constitucionalización implica tomar como centro a la persona; pero de la lectura en su conjunto se advierte que el concepto de persona es más bien el individuo, y que sobre todo se garantiza su “libertad de intimidad” (p. 71, p. 76, 77 109 y passim), bien supremo a tutelar. Persona se opone a familia y a sociedad (de ahí la idea de individuo, como sujeto separado), y la familia sólo es objeto de protección *qua* colectivo compuesto de derechos individuales a tutelar (p. 41, 48, 51 y passim).

<sup>8</sup> LLOVERAS y SALOMÓN, *El derecho de familia...*, p. 107.

<sup>9</sup> Ibid. También ver a los mismos autores, p. 76-77 y passim.

<sup>10</sup> La tutela prioritaria de la protección de la familia sería sólo a la persona humana, no tanto a la familia como colectivo social. (LLOVERAS y SALOMÓN, *El derecho de familia...*, p. 46, 48 y 51).

<sup>11</sup> La noción de “libertario” aparece explícitamente en la obra de LLOVERAS y SALOMÓN, *El derecho de familia...*, cit., p. 286, a la que nos hemos referido específicamente, por ser la autora a su vez corredera del Libro de Familia.

<sup>12</sup> Estrictamente hablando, el Art. 19 define el orden público para los autores citados. Ver LLOVERAS y SALOMÓN, *El derecho de familia...*, cit., p. 71.

adelante). Toda vez que la autonomía es el valor principal; resulta sujeto privilegiado de la norma el individuo que tiene competencia para ser autónomo (el adulto capaz) frente al débil y dependiente.

### ***b) Principio de igualdad***

En cuanto a la *protección de la igualdad*, conviene detenerse en el concepto de igualdad que subyace. El problema de la enunciación genérica sin elucidación concreta deja en ascuas sobre un aspecto urticante: *la protección del débil*. 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, reciben con énfasis único la equiparación formal de iguales. 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. Es muy bienvenido este aspecto de la igualdad<sup>13</sup>. No obstante, la igualdad supone también un segundo aspecto: la protección del débil<sup>14</sup> o el status debole, en palabras de Guido Alpa<sup>15</sup>. Hay grupos vulnerables a los que el derecho debe responder con una regulación protectoria. Es el caso notablemente actual de las *mujeres, los ancianos, los discapacitados y los niños*. Y esto nos lleva al punto siguiente.

### ***c) El caso de los principios constitucionales ausentes o el asunto de la enunciación sesgada. Necesidad de enunciar la protección de la familia, de la discapacidad y de la niñez.***

Con todo, es aquí a dónde llega nuestra primera observación. Es notable que en la carátula del Libro de Relaciones de Familia aparezcan sólo los principios de libertad e igualdad, y no aparezcan otros mandatos que sí aparecen en nuestra Constitución o en los Tratados, y sin embargo no se ven reflejados en la carátula del Código. Un mandato llamativamente ausente, y que derivaría de la tríada francesa implícita (libertad, igualdad fraternidad) es el de solidaridad familiar.

---

<sup>13</sup> 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 dónde, 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.

<sup>14</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 214 y ss.

<sup>15</sup> 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 riviviscenza 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*, Torino, 2000<sup>2</sup>, UTET, p. 357 y ss.

Ahora bien, ciñéndose a los mandatos constitucionales, resulta inmediatamente llamativa la ausencia *del mandato de protección de la familia*. Se entiende que en el marco de ideas que hemos postulado, la institucionalidad de la familia queda más bien desdibujada para privilegiar los derechos de los individuos en las relaciones familiares. Pero, de esta forma, sin quererlo tal vez, nos parece que se opera una selección sobre los contenidos imperativos de la Constitución que presuponen una institucionalidad social, jurídica y política de la familia. Tanto que fuera de las relaciones económicas entre los cónyuges<sup>16</sup>, la antigua idea de interés familiar aparece tan sólo póstumamente –cuando ya no hay familia- para resolver conflictos atinentes a la vivienda familiar. Única excepción a este supuesto es la asombrosa incorporación del interés familiar para impedir o admitir que los hijos menores con doble vínculo filiatorio ingresen a órdenes religiosas, administren sus bienes, salgan del país o estén en juicio (con dudosa compatibilidad con la CDN, que indicaría la referencia al interés del niño, por lo menos, en estos casos-)<sup>17</sup>. La protección de la familia es un mandato constitucional que puede reducirse a la protección de los derechos humanos de sus integrantes, sin vulnerar la hermenéutica literal y armonizante de dicho texto con los Tratados de Derechos Humanos. Proteger la familia y también, el bienestar general derivado de tal promoción, implica coadyuvar a fortalecer los vínculos familiares, y no sólo facilitar la estrategia de salida de los compromisos derivados de las opciones personales en materia de familia.

Tampoco se incorporan los mandatos de protección de la *mujer, del niño o la protección de la discapacidad*. Especialmente, si se van a enunciar principios, nos parece contrario al espíritu y a la letra del bloque de constitucionalidad la omisión 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 familia. Los niños no sólo 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 constitucional que así nos obliga). Los niños tienen derecho a una familia. Y también merecen protecciones directas en los procesos de divorcio o en el contexto de relaciones concubinarias.

#### ***d) Balance respecto de los principios***

De nuestra parte, consideramos que sería preferible que el Código Civil contuviera enunciados concretos, al modelo del brasileño. Ahora bien, si se opta por enunciar, no se puede hacer una enunciación sesgada que omita principios constitucionalmente e internacionalmente obligatorios. En consecuencia, deberá señalarse también (como de hecho se regula en algunos aspectos del proyecto), la corrección del que se encuentra en una posición más débil. Sobre esto, 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 eso proponemos que se incorpore

---

<sup>16</sup> No analizamos aquí las apariciones incorporadas en el segmento de régimen económico del matrimonio, comisión que tuvimos el honor de integrar. En esa comisión se ha incorporado al menos cuatro veces la expresión “interés de familia”.

<sup>17</sup> Arts. 471, 506, 522, 645 y 721, del denominado “Texto para las editoriales”

## **2. Matrimonio y proyecto de vida autorreferencial: Necesidad de incluir los deberes de cohabitación y fidelidad, así como de dar opciones de vida más amplias a quienes quieran practicar un modelo de vida más exigente.**

Volviendo sobre la idea de autonomía y de proyecto de vida que aparecen en el primer artículo que se refiere a la esencia del matrimonio, nos parece además que existe una contradicción teórica. Así:

**Capítulo 7. Deberes de los cónyuges. Art. 431. Asistencia.** *Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Los cónyuges se deben asistencia recíproca.*

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).

Aquí hay cuatro problemas a analizar: **a)** consideraciones de naturaleza general sobre la supresión de los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia; **b)** aspectos relativos a la supresión del deber de fidelidad; **c)** aspectos relativos a la supresión del deber de cohabitación y sus derivaciones; **d)** la reducción del deber de asistencia a las obligaciones de contenido económico y sus derivaciones.

### **a) Observaciones de naturaleza general**

Comenzaremos por realizar algunas *observaciones de naturaleza general*, para luego avocarnos al análisis de los tres puntos expuestos.

Alguna doctrina había considerado que los deberes entre cónyuges eran materia de privacidad, salvo en lo que respecta al derecho-deber alimentario, que se consideró de orden público<sup>18</sup>. Dicha doctrina consideraba 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: *“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.”*<sup>19</sup>

Igualmente, sostenían que el matrimonio no entraña tampoco necesariamente el deber de “cohabitación íntima”, ambos esposos de común acuerdo, pueden suspenderla<sup>20</sup>. El filósofo jurídico de

---

<sup>18</sup> 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. Adviértase 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.

<sup>19</sup> OUDOT, Julien, DEMANGEAT, Charles, *Du Droit de Famille*, Marescq Ainé, Paris, 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 ».

<sup>20</sup> Ibid.: “Le mariage n’entraîne pas nécessairement l’obligation de la cohabitation intime...”.

Lille, Xavier Labbé, señala que los “pactos de libertad” están abiertos al matrimonio, pero el asunto se plantea en la ocasión del divorcio<sup>21</sup>.

Si, como se sigue de la doctrina citada, *los esposos son libres de pactar ad intra cualquier tipo de modalidad relacional conyugal con el derecho actualmente vigente*; pues entonces, la autonomía de la voluntad de los esposos y el derecho a la privacidad ya no están en juego. Si los esposos 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, salvo el de elección de régimen –bastante restringido-. Dos cláusulas lo prohíben: de un lado el Art. 436 que prohíbe la renuncia al divorcio, de otra el Art. 439 que limita las convenciones prenupciales a las expresamente reconocidas. De hecho: a) si había connivencia entre cónyuges para interrumpir la convivencia y se firmaban pactos para relevarse de dicho deber; dichos pactos eran considerados nulos, pero por la doctrina de los propios actos, ninguno de los cónyuges que lo había firmado tenía acción por abandono contra el otro; b) en materia de régimen económico, la separación de hecho sin voluntad de unirse por parte de ambos cónyuges motivaba la culpabilidad concurrente de ellos –y consecuentemente la privación en la participación de los gananciales-<sup>22</sup>; c) en un reciente caso de práctica “swinger” de ambos cónyuges, la jurisprudencia negó acción a una esposa contra su esposo, alegando que ambos habían consentido la práctica<sup>23</sup>. 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 cuál es, ni más ni menos que la verdad, pero dejando a salvo los derechos de la víctima (es decir, de quién no consintió).

Si el problema no se plantea cuando ambos cónyuges están de acuerdo en un pacto de libertad, ello significa que *el problema se plantea exclusivamente en el caso de que un cónyuge quiera tener relaciones extraconyugales y el otro no*. 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. *Es decir, lo que queda desprotegido es el derecho de la víctima.*

---

<sup>21</sup> LABBÉE, Xavier, *Les rapports juridiques dans le couple, sont-ils contractuels ?* Septentrion, Villeneuve d’Ascq, 1996, p. 76.

<sup>22</sup> Con enorme cantidad de matices sobre esta discusión. Hemos abordado este tema extensamente en *La calificación de bienes de la sociedad conyugal*, Abeledo Perrot, 2010, Buenos Aires. 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.

<sup>23</sup> Caso “R. E. c/ C. M. A. s/ Divorcio”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 12/07/2010: (La actora) “...admite haber aceptado la práctica “swinger”, la que “consintió” sólo “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, sólo 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.”.

En síntesis:

- Si los esposos pactan privadamente y no emerge a la luz tal pacto, al derecho no le interesa indagarlo;
- Si surge a la luz, y ambos han actuado el proyecto de vida común, el derecho lo considera igualmente irrelevante;
- 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 comparte (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 ni acceso a la justicia a la víctima. La invisibiliza.*

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. No hay ni sanción especial del derecho de familia, ni la sanción general que nacería del derecho civil.*

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 matrimonial.

### **b) El deber de cohabitación**

Ya ingresando a analizar la proyección de la supresión de cada deber en particular, *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. Algunas incongruencias que advertimos en el Anteproyecto al respecto son las siguientes:

i. No parece razonable exigir la cohabitación después de haber recuperado la salud en el caso de las *nulidades por impedimento de salud*. Si la cohabitación no se exige en el matrimonio, ¿por qué sería exigible en para confirmar un matrimonio nulo (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).

ii. El deber de cohabitación fijaba el *domicilio conyugal* (Art. 717)<sup>24</sup>. 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? Tal vez, sería conveniente definirlo.

iii. El deber de cohabitación hace nacer la protección especial a la *vivienda familiar*. Si cesa la cohabitación, ¿cómo se establece la vivienda conyugal o familiar? Hay que atender a que la regulación actual que aparece en los Arts. 245 y 246, admite que ser registrada por el cónyuge o el conviviente y

---

<sup>24</sup> Tomo esta sugerencia de una conversación con el Dr. Néstor Solari.

dura la protección mientras uno de los beneficiarios siga habitando de hecho el inmueble (Art. 247). La afectación es inoponible a acreedores de causa anterior a esa afectación (Art. 249). De la lectura armónica de este texto con las normas de familia, se sigue inevitablemente –salvo error mío– que podría haber más de una, en detrimento de los acreedores.

iv. No resulta claro *qué debe entenderse por convivencia y separación de hecho*. Si no es obligatorio cohabitar, no se advierte por qué podría tener relevancia jurídica autónoma el instituto de la separación de hecho. La nueva redacción la separación sin voluntad de unirse podría ser un giro normal de la plena vigencia del matrimonio y no un matrimonio mermado como hasta hoy. Sin embargo, este giro es utilizado una decena de veces en el Código Civil proyectado, estableciendo consecuencias jurídicas diferenciadas para el supuesto. Fundar la regulación en que se trata de hecho jurídico (Art. 257, Proyecto<sup>25</sup>) no resuelve el intrínquilis. Sigue siendo indispensable esclarecer qué será a partir de ahora estar separado de hecho si no hay infracción del deber de convivencia: cuánto tiempo es necesario no convivir para que deba entenderse cómo separación de hecho, o si es necesaria una voluntad de ruptura para que la separación de hecho tenga efectos diferenciados. Dado que la separación de hecho causa efectos jurídicos, es necesario establecer con precisión y de manera fehaciente, cuándo comenzó (piénsese en las presunciones de filiación o en la retroactividad de la sentencia de divorcio). También podría pensarse que los legisladores han querido redefinir la separación de hecho como situación regular del matrimonio que produzca consecuencias jurídicas diversas de la cohabitación (regulando así por el revés de la trama un deber jurídico de cohabitar, al que, de sustraerse los cónyuges, harían nacer consecuencias jurídicas diferenciadas). Pero esto no parece coherente con la idea de proyecto de vida autónomo propugnada por los redactores. A nosotros nos parece que con la regulación actual del matrimonio, la separación de hecho es una institución jurídica irrelevante para el derecho, al menos tan irrelevante como la obligación de cohabitar. 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.

v. De acuerdo con lo afirmado anteriormente y para ser coherentes, *deberían eliminarse todas las consecuencias de la separación de hecho*. Así, debería eliminarse la inútil referencia a la separación de hecho en materia alimentaria (Arts. 432, 433), el anclaje de efectos en materia de retroactividad de la sentencia de divorcio (Art. 480), la proyección de efectos en materia de filiación (Art. 566, 567 y 589) responsabilidad parental (Art. 641) o la pérdida de la vocación hereditaria (Art. 2437). Si un cónyuge puede vivir en Canadá mientras que el otro vive en Francia, y eso no altera la estructura matrimonial plena porque no hay deber de cohabitación; es absolutamente inexplicable que se sancione la falta de cohabitación, p. ej., con la pérdida de la vocación hereditaria. Cuestión de coherencia, nada más. Salvo, como dijimos, que la ley distinga entre separación de hecho y una suerte de “falta de cohabitación simple”.

---

<sup>25</sup> El proyecto contiene una definición positivista del hecho jurídico: “El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.”. El hecho jurídico no es “per se” sino porque el ordenamiento jurídico le asigna consecuencias. Lo cuál, es una definición circular: el hecho jurídico debería ser el antecedente preexistente al cuál se le asignan consecuencias jurídicas. En su lugar, existe como antecedente por el consecuente (las consecuencias). La definición en sí misma es una falacia lógica.

vi. Más aún, para ser coherentes con esta regulación, *las presunciones matrimoniales deberían desaparecer*. Las presunciones se fundan en lo que usualmente sucede. Derogada la cohabitación y la fidelidad, y dado el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, no se advierte cuál sea el sustento causal de la presunción matrimonial. El hijo bien podría ser de un tercero (desde la lógica de la reforma). Sería más razonable para preservar armónicamente el derecho a la identidad de los niños la supresión lisa y llana de las presunciones y la realización de un ADN en cada caso, a fin de evitar sustituciones de identidad.

vii. *Tampoco 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*. 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.

viii. Así, 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*.

ix. Por último, dado que no hay deber de cohabitación, podría suceder que durante la vigencia del matrimonio, *se expusiese 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.

### ***c) Deber de fidelidad***

El Código proyectado suprime el deber de fidelidad. Desde el punto de vista estrictamente lógico jurídico, cabe señalar lo siguiente:

i. *En el Código pactado, 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. Dentro del derecho privado puede ser impuesto por ley o pactado por las partes. Si fuera de derecho público, podría ser objeto de una acción penal, lo cual no es el caso. En el caso del derecho 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). En el Código proyectado vale la infidelidad, pero las parejas no podrían pactar la fidelidad y protegerse por la infracción y el agravio subsecuente. Vale decir que en este aspecto, no todos los proyectos de vida son igualmente reconocidos por el Estado. Así, 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. Más aún, tal vez al momento del divorcio el inocente podría deberle incluso al adúltero una compensación económica (Art. 441).

ii. 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 cuál 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.

iii. *La supresión del deber de fidelidad perjudica la estabilidad del estado de familia<sup>26</sup> 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 niño<sup>27</sup>. 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.

iv. *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”<sup>28</sup>*. Es razonable que si no interesa el deber de fidelidad, no haya obstáculos a la realización de un proyecto de vida poligámico.

v. *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.

Los argumentos dados por la doctrina a favor de la supresión consisten en afirmar que hay una ausencia evidente de un código universalmente aceptado que reúna dichas reglas morales sobre las que los autores pretenderían apoyar la moralidad matrimonial<sup>29</sup>. Por otra parte, otros autores han sostenido que el deber de fidelidad no es exigible<sup>30</sup>. Otros han sostenido que su quicio es el sistema del divorcio sanción y desaparecido éste, no se justifica su mantenimiento<sup>31</sup>.

*Respecto del pluralismo*: En un sentido descriptivo, las costumbres morales son variadas y el pluralismo es un criterio en auge. No obstante, la realidad sociológica en 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 cuál la supresión del deber de fidelidad probablemente no sea concorde con el sentir de los habitantes de la Argentina, a quienes está dirigido

---

<sup>26</sup> Ha sido Marcos Córdoba quién ha observado este punto con agudeza en una conversación mantenida con él.

<sup>27</sup> CASTELLI, Mireille D. y GOUBAU, Dominique, *Le Droit de Famille au Québec*, Presses Universitaires de Laval, Laval, 2005, p. 186.

<sup>28</sup> ALLEMAND, Louis Charles Antoine, *Traité du Mariage et de ses effets*, Thorel y Leboyer, Paris, 1847, p. 342

<sup>29</sup> 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).

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.

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.

*Respecto del argumento del multiculturalismo y la neutralidad:* 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. En la regulación actual, el derecho no ingresa 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 éstas no co-incidan con aquello que la ley (...) ha entendido como propias de la relación matrimonial: ¿es posible impedirlo?*”<sup>32</sup>. No es, pues, necesario desjuridizar el deber de fidelidad para arribar a ese resultado.

*Respecto de la autonomía:* 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).

*Respecto a la afirmación de que se trata de un “deber moral”*<sup>33</sup>. Cabe señalar también que hay un malentendido respecto de la naturaleza del deber de fidelidad. Desde siempre se ha sabido que sobre el deber de fidelidad se estructura un complejo edificio de , deberes y derechos e instituciones jurídicas dependientes del matrimonio. Desde el Código Napoleón, el deber de fidelidad fue considerado como estrictamente jurídico y no moral<sup>34</sup>.

*Respecto a la coherencia con el divorcio sanción:* 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 acceso a la justicia.

#### **d) Deber de Asistencia**

En cuarto lugar, el deber de asistencia, pensamos que así como está redactado, se da a entender que el deber de asistencia se refiere sólo 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”<sup>35</sup>. Porque los esposos se donaban recíprocamente el alma y el cuerpo<sup>36</sup>. En la doctrina nacional, el criterio de que el deber de asistencia incorpora los cuidados

---

<sup>32</sup> DOMÍNGUEZ, FAMÁ, HERRERA, loc. cit.

<sup>33</sup> La redacción original no se refería al deber de fidelidad. Su inclusión como deber moral no satisface –nos parece– ni a redactores originales ni a objetores.

<sup>34</sup> MOURLON, Frédéric, *Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoleon*, Marescq Ainé, Paris, 1857, Vol I, p. 376

<sup>35</sup> OUDOT, DEMANGEAT, *Du droit de famille*, ...cit. p. 58 : « Mais ils établissent dans les époux, l'aloi de se prêter assistance dans les besoins de l'âme et du cœur, comme dans ceux du corps, d'avoir la patience que tolère, la bienveillance qui prévient, la sympathie que console ».

<sup>36</sup> ALLEMAND, *Traité du mariage et de ses effets*, ... cit., p. 342.

materiales (alimentarios), sino también los espirituales y morales<sup>37</sup>. La enunciación actual podría dar a entender que el deber de asistencia sólo se refiere a los alimentos (el único contenido efectivamente regulado bajo el acápite). En consecuencia, se despojaría al matrimonio 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 extrañamiento entre los cónyuges); impacta en un deber que ha sido indiscutidamente considerado como constitutivo de la vida conyugal: a saber, la solidaridad familiar<sup>38</sup>.

Creemos que sería conveniente incorporar la dimensión moral y espiritual del deber de asistencia. No se entiende bien qué significa el matrimonio si en la enfermedad ni siquiera es un deber jurídico que los cónyuges se asistan recíprocamente.

### **3. Incoherencias: no se explica la regulación del matrimonio en comparación con la unión convivencial.**

Si se quiere ser totalmente coherente con los principios rectores y las doctrinas expresamente expuestas por sus autores, no puede menos que asombrar que el matrimonio siga siendo objeto de regulación jurídica. El conocido civilista italiano Pietro Rescigno, se refería a que el principio de autonomía debía terminar por hacer desaparecer el matrimonio-institución, en el sentido de decidir un molde estandarizado. El matrimonio regulado como un proyecto de vida individual autorreferencial sin relación con los fines sociales que gravitan sobre él, sin exigencias de perdurabilidad, excluida la procreación como un fin, termina por ser irrelevante como institución social en la que el Estado deposite su interés. Vale decir, los derechos humanos universales sólo pueden ser restringidos o regulados para su coordinación en orden a promover el bienestar general. Así las cosas, no hay interés público en regular la institución, ni en limitar las garantías de libertad que ofrece la institución. Limitar el derecho de propiedad en el régimen sucesorio o patrimonial derivado del matrimonio, limitar la libertad a casarse con importantes regulaciones burocráticas como contiene el Código, sólo tiene sentido cuando el matrimonio presta un interés a la sociedad en su conjunto. Por eso no termina de advertirse cuál es la razón por la cuál un matrimonio, que es menos que un contrato (porque el contrato roto unilateralmente genera responsabilidad, la infracción de los deberes contractuales la genera, puede pactarse su modalidad y existen vastos derechos y obligaciones recíprocas) sería limitado por la legislación.

### **4. Burocratización fuera del ius connubii**

---

<sup>37</sup> BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, Abeledo, Buenos Aires, 2011, p. 360, par. 192. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Astrea, Buenos Aires, 2006, T. 1, p. 443 y p. 445 par. 335. MAZZINGHI, Jorge A. *Tratado de Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 253 y ss. Entre otros.

<sup>38</sup> Para MÉNDEZ COSTA (op. cit.) es uno de los principios que rigen las relaciones de familia.

Lo cierto es que en España se temió que el divorcio exprés transformara al *matrimonio en una unión sin fines, amorfa e indefinida*<sup>39</sup>, carente de objeto. Esta situación incide lógicamente sobre el consentimiento y la aptitud para consentir<sup>40</sup>. Se ha dicho que establecer nítidamente el perfil del matrimonio tiene efectos jurídicos importantes, para distinguir una institución simulada o fraudulenta del verdadero matrimonio<sup>41</sup>. Esta consideración es aplicable para el matrimonio así como se regula en el nuevo Código.

Una vez que el matrimonio pierde su especificidad propia, es prácticamente imposible contextualizarlo en el derecho civil. Es un caso curioso de contrato típico, nominado, personalísimo, formal, legítimo<sup>42</sup> (si se puede sostener que sea un contrato), cuyo contenido es inespecífico. El problema de diluir el matrimonio-estado termina incidiendo en los requisitos del consentimiento, que es el acto fundacional que ha trasuntado el derecho matrimonial desde sus raíces más remotas. Las leyes que regulan el consentimiento se han ido vaciando de contenido. La incomprensión sobre la naturaleza consensual del *ius connubii* desembocó, como es lógico, en una creciente incomprensión de la institución de la nulidad, que estuvo a poco de derogarse en el Proyecto actual, y de hecho, ya no existe en muchas legislaciones. Al mismo tiempo, el matrimonio se ha estatizado, cobrando tremenda importancia las regulaciones de tipo burocrático. Al punto que el acceso al matrimonio es hoy, sobre todo una suma de actos burocráticos sin finalidad propia (los fines del matrimonio: tanto el procreativo como el asistencial, desaparecen). Toda esa burocracia desemboca en un espacio vacío: el matrimonio estado, sin fines ni naturaleza propia. De ahí que quienes han seguido estas ideas sobre el matrimonio, no sólo han creado una institución ineficaz para quienes buscan la libertad, sino también ineficaz para quienes buscan el compromiso.

## **5. Impedimentos y una excepción en relación al incesto. Un derecho ciego.**

En cuanto a los impedimentos, en general, conservan su estructura. No obstante, por una vía totalmente colateral acontece una novedad inesperada. La incorporación de la FIV heteróloga, sin

---

<sup>39</sup> MARTINEZ 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 VAZQUEZ 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.

<sup>40</sup> MARTÍNEZ de AGUIRRE, "El matrimonio deconstruido" ... cit.

<sup>41</sup> "... 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.

<sup>42</sup> RESCIGNO, Pietro, « Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio », *Familia*, 2004, p. 438.

registros ni publicidad en punto a donantes, implica que los niños concebidos por donación de gametos de un mismo donante, podrían contraer nupcias entre sí. Genéticamente, es incesto propiamente dicho. Solo que el derecho sería ciego a esta realidad. Un estudio que ha roto lanzas en Estados Unidos sobre los efectos de la difusión de la fecundación in vitro con gametos de terceros, demostró que uno de los mayores temores de los hijos así concebidos es cometer incesto en una relación romántica o incluso a través del matrimonio<sup>43</sup>. Es que nada lo impide, ya que la regulación de la fecundación in vitro heteróloga es ciega a la fraternidad que nace por compartir el donante. Para el derecho no son hermanos... y, sin embargo, habrá incesto. Como la regulación de la filiación por FIV se lanza antes de regular los registros y los controles en torno al matrimonio, el incesto será inevitable.

## 6. La regulación del divorcio y el valor social del matrimonio

Se dice que lo que se dice sobre el divorcio dice bastante sobre la esencia del matrimonio. Los codificadores han insistido en que la regulación trasunta una idea del valor que se le asigna al matrimonio. Pues, aún si existen esas buenas intenciones<sup>44</sup>, los textos cobran autonomía de las intenciones subjetivas de su autor, y expresan ideas. Un divorcio exprés, sin tiempo de reflexión ni de espera, cuya ruptura culpable no tiene sanción especial ni general –y por lo tanto es más fácil y menos gravosa que la ruptura de cualquier contrato- dice que el matrimonio no tiene importancia para el Estado. Aunque los legisladores no lo piensen así, ese es el mensaje que objetivamente se transmite comparando instituciones dentro de un mismo código.

Por otra parte, la idea de que esta regulación del divorcio apacigua, no termina de convencer. El *fiat* del texto legal no es suficiente para eliminar la conflictividad real. Lo más probable es que se produzca un desplazamiento del litigio. Cuando las partes tienen un conflicto, si no lo pueden encauzar en el litigio del divorcio, lo encauzarán en los acuerdos de régimen de visitas, alimentos, tenencia o liquidación y disolución de la sociedad. Los conflictos no desaparecen por decisión del legislador. La prueba es que a pesar de que con los años se han facilitado todos los procesos de divorcio, los tribunales de familia están saturados como nunca hasta ahora. Y la tendencia se incrementa.

Pero, además, el derecho comparado ha demostrado que en dónde se instaura el divorcio exprés, las tasas de divorcio aumentan. Estadísticas en Canadá y en diversos estados de Estados Unidos, España, Reino Unido, entre otros, vienen a probar este resultado. El divorcio exprés trae más divorcio (y por lo tanto más litigio). Es verdad que con el tiempo, el crecimiento inicial del divorcio se estabiliza, pero también lo es que eso se debe a que la regulación cada vez más abierta del matrimonio, lejos de atraer a la institución, parece que cada vez espanta más adeptos. Curiosamente, cuanto más se facilita el matrimonio, menos gente quiere casarse<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> MARQUARDT, Elizabeth, *My daddy's name is donor*. El estudio puede compulsarse virtualmente en <http://familyscholars.org/my-daddys-name-is-donor-2/>

<sup>44</sup> Un fresco y lúcido análisis de las poco convenientes consecuencias prácticas de la regulación actual del divorcio exprés puede hallarse en SOJO, Agustín, "Divorcio exprés en el Anteproyecto", Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia (EDFA) N° 28, p. 9.

<sup>45</sup> MAZZINGHI, Jorge (h), « El nuevo perfil del matrimonio (Primeros apuntes sobre el Anteproyecto de Código Civil y Comercial), 4/6/2012, *Diario jurídico El Derecho*, N° 13009, p. 3, dice: "...es difícil que la gente vuelva

Tampoco parece que colabore a eliminar los conflictos el quitar el tiempo de espera. Pese a que está comprobado que son pocos los matrimonios que se reconstituyen instaurando un tiempo de espera, un matrimonio salvado merece el empeño. Un informe y un plan de 2011 y 2012 respectivamente, recomiendan instaurar procedimientos de acompañamiento de la pareja en crisis, que es el verdadero paliativo de la litigiosidad. Se trata de un informe “Every family matters” de Inglaterra; y el Plan de Abril de 2012 de protección de la familia que acaba de publicar Italia.

## **7. Supresión de la separación personal**

Sobre la separación personal, nos parece que constituye una restricción a la autonomía de la voluntad de las partes y a la libertad de conciencia, restringir la posibilidad de que las partes puedan decidir separarse personalmente. Que haya pocos casos no es óbice para reconocer el derecho de las minorías.

## **8. Una curiosidad sobre los alimentos: renacimiento de un deber póstumo de fidelidad**

Respecto de los alimentos, es interesante que en esa institución ingresan póstumamente un deber de fidelidad y la idea de perdurabilidad de la unión como legítimos mecanismos para fijar su monto (Art. 434. Esta previsión es común en el derecho comparado, pero en dónde en general siguen existiendo los deberes conyugales como los conocemos hasta ahora).

## **9. Atribución de la vivienda conyugal: ¿los cónyuges sujetos a la familia ampliada?**

Es interesante hacer notar a este respecto que podría alocarse sobre la base de los “intereses de otras personas que integran el grupo familiar”. Dado que el término grupo familiar no parece estar definido –al menos en los textos de que disponemos-, se abre el juego a integrar al dilema marital a terceros de manera notable, en perjuicio del cónyuge propietario.

## **10. Un nuevo orden público e interés familiar póstumos**

Es interesante señalar que la autonomía de la voluntad postdivorcial aparece fuertemente restringida. El Juez podría revisar unilateralmente los acuerdos y aún actuar de oficio provocando actividad probatoria no ofrecida por las partes. Nuevamente se trata de un orden público póstumo, como lo que Josserand decía jocosamente del régimen de comunidad.

La única vez que hacen aparición el orden público y el interés familiar, es póstumamente: vale decir una vez disuelto el matrimonio. La idea de interés familiar, en materia de efectos personales aparece notablemente sólo luego de la disolución. La fidelidad resucita póstumamente para sostener la

---

sentirse atraída por un matrimonio que ni siquiera requiere a los cónyuges un compromiso de fidelidad y de respeto...”.

continuidad de los alimentos. Nos han respondido que, efectivamente, tenemos razón. Al Estado no le importa el matrimonio, sino su ruptura.

## 11. Balance

La coherencia de criterios parecería llevar a sincerar la inconsistencia de seguir regulando la institución matrimonial a partir de los principios libertarios, dejando librados a la privacidad de las partes sus acuerdos económicos, en lugar de imponer reglas por el Estado.

De nuestra parte, en el marco de otros debates 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.

Proponemos que el matrimonio: a) conserve el deber de fidelidad y cohabitación; b) incorpore tiempos de espera para divorciarse, c) se establezca una regulación que proteja los intereses sociales, y no se sancione un Código que plantee un individualismo a ultranza en las relaciones familiares: para eso incorporación de la protección de la familia, de la discapacidad y del niño en todas las relaciones de familia; d) especialmente, que la regulación de la fecundación in vitro, no se sancione sin establecer mecanismos de previsión del incesto, asemejando la regulación de la fecundación in vitro más a la adopción que a la voluntad procreativa; e) finalmente, que se den posibilidad a las personas que quieran practicar proyectos de vida más exigentes, de que puedan pactarlos.

En el nuevo Código Civil hay libertad de ser swinger, de 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. Los proyectos de vida más exigentes, se han convertido en invisibles para el derecho.

Sobre esto, nunca se repetirá suficientemente la cita de Philippe Malaurie, que tan bien refleja los problemas estructurales del razonamiento privatizador:

*“La aparente dulzura muelle de estas tendencias abiertas respecto de la familia, tiene 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.”<sup>46</sup>*

---

<sup>46</sup> MALAURIE, Philippe, FULCHIRON, Hugues, *La famille*, Paris, 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'étiquette) s'efface".*