

Matrimonio, divorcio y unión convivencial

1.- Introducción

La familia se funda en el matrimonio. Ambas son instituciones que repercuten fuertemente en la conformación actual y futura de la sociedad. Los cónyuges, a través del matrimonio, buscan alcanzar una cierta plenitud que se desborda en el don de la vida. Los niños crecen, se forman y se educan en el marco que les proporciona la familia así considerada.

Al Estado le interesa profundamente la regulación del matrimonio, ya que matrimonios sólidos y estables proporcionan fundamentos básicos que favorecen la solidez y estabilidad de las personas. Por eso el Estado debe promover matrimonios sólidos, estables, que puedan abocarse a la contención y a la formación de las nuevas generaciones.

Entendemos que el proyecto de Código Civil remitido al Congreso contiene algunas ambigüedades que terminarán necesariamente por perjudicar la institución matrimonial. Analizaremos someramente algunas de ellas.

2.- Derechos y deberes de los cónyuges. Modificaciones fundamentales

Las modificaciones introducidas en el anteproyecto de reforma del Código Civil merecen las siguientes observaciones:

- **Supresión del deber jurídico de fidelidad:** la fidelidad es enunciada como un mero deber moral (es decir, que no puede ser exigido jurídicamente). Suele defenderse esta supresión a través de la afirmación de la autonomía de la voluntad, sin observar que al día de hoy, si ambos cónyuges pactan la infidelidad, la ley no puede sancionar a uno de ellos por sobre el otro: están en igualdad de condiciones. El problema se plantea cuando uno de los cónyuges quiere ser infiel y el otro no. En ese caso, el proyecto de Código Civil no aporta ninguna solución para el cónyuge víctima, al que deja en absoluta inferioridad frente al otro; sino que sólo **legitima y facilita el terreno al infiel**. Al mismo tiempo, **tampoco será posible plantear acciones por daño moral** provocado por el infiel ya que, al no ser la infidelidad un deber jurídico, tal acción carecería de causa y, por lo tanto, no ameritaría una reparación. Hay que ser concientes también que **la supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño**. Podemos decir, entonces, que el proyecto de Código consagra así del **derecho a la infidelidad**.

Es decir que “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”¹.

Además, en el Código proyectado la fidelidad no puede pactarse. El art. 436 establece que “Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito”. En cambio sí cabría la infidelidad. Así, la ley actual ingresa en la privacidad del matrimonio, restringiendo a través de esta prohibición la libertad de los cónyuges que quieren deberse fidelidad.

- **Supresión del deber de cohabitación:** con la desaparición de este deber, se torna **ambigua la fijación del domicilio conyugal**, con todas las consecuencias que esta ambigüedad traerá sobre todo para **los terceros**. Si no existe el deber de cohabitar, mal puede existir un domicilio del matrimonio ni una vivienda conyugal inembargable e inejecutable. También **se complican sobremanera las presunciones de filiación**, porque ellas se fundan en la unión de los cónyuges implícita en el deber de cohabitación, y se hace necesario establecer otros criterios para determinar la filiación (la realización de pruebas de ADN, etc.). Nuevamente aquí, la supresión de este deber legitima y facilita el terreno a quien no quiere cohabitar, en desmedro del cónyuge que sí quiere hacerlo.
- **El deber de asistencia:** es el único deber jurídico que subsiste, y se expresa solamente en la obligación de aportar alimentos.

3.- La supresión de la separación personal

El actual texto del Código Civil, dedica los artículos 201-212 al régimen de la separación personal, la cual no disuelve el vínculo matrimonial.

El proyecto de reforma elimina estos artículos, y la institución entera. Así, frente a cualquier desavenencia conyugal, la única opción será el divorcio (“*express*”), sin permitir a los cónyuges una posibilidad menos drástica, radical y definitiva. Por otra parte, mientras que en el matrimonio las partes no tienen obligación de convivir, resulta contradictorio que tengan aquí la obligación de divorciarse. El proyecto de Código, de esta manera, restringe los derechos de los cónyuges en lugar de ampliarlos.

4.- El divorcio “*express*”

El art. 437 del texto propuesto expresa que “el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”. La sanción del así llamado “divorcio *express*” consiste en la eliminación de la culpa como causal del divorcio. Se argumenta que esta eliminación disminuye la conflictividad de los juicios. Estamos en condiciones de decir que, por el contrario, aumenta esta conflictividad, ya que asegura que el cónyuge que sufre una infidelidad no va a obtener ningún reconocimiento, reparación, ventaja o resarcimiento. Esto es paralelo a la eliminación del deber de fidelidad, pero causa una gran desazón moral en las relaciones conyugales, minando

¹ Basset, Úrsula; “Matrimonio”

la confianza mutua ya desde el comienzo de la unión. “Quitar la posibilidad del examen jurisdiccional de la culpa no sólo 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 (...). De modo que, probablemente cerrar la puerta a que el conflicto entre adultos eclosionen en el marco propio del divorcio, probablemente implicará que éste mismo conflicto no sólo no desaparezca, sino que se encauce en los procesos que involucren a los niños”².

No olvidemos que la protección del matrimonio y la familia, a la cual nuestro país se obligó en numerosos tratados internacionales, tiene como objetivo final la protección del interés superior de los niños, principio que no aparece mencionado en esta parte del proyecto.

A su vez, el divorcio que propugna el texto reformado elimina el requisito del tiempo de espera entre los cónyuges, optando directamente por legislar desde el principio a favor de las rupturas matrimoniales, y no por el fomento del vínculo familiar.

“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’”³.

5.- Las uniones convivenciales

Los artículos del proyecto que regulan las uniones convivenciales afirman lo siguiente:

ART. 509.- **Ámbito de aplicación.** Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

ART. 510.- **Requisitos.** El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este título a las uniones convivenciales requiere que: los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado. c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta. d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a DOS (2) años.

ART. 511.- **Registración.** La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios. No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.

ART. 512.- **Prueba de la unión convivencial.** La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

Así, los requisitos para acceder a este tipo de unión son bastante más exigentes que los requeridos para el matrimonio, siendo que estas uniones en la práctica real se

² Basset, Úrsula; “Matrimonio”

³ Basset, Úrsula; “Matrimonio”

llevan a cabo justamente para no tener que asumir exigencias y requisitos propios del matrimonio. Se requiere para las uniones convivenciales:

- Singularidad
- Permanencia
- Afectividad (¿qué pasaría con la unión convivencial cuando falte el afecto?)
- Que comporten un proyecto de vida **en común** (¿cohabitación?)

A su vez:

- Pueden probarse por cualquier medio
- Tienen efectos presuntivos
- Generan inseguridades jurídicas, al poder probarse por cualquier medio

En síntesis, de sancionarse esta reforma, las uniones convivenciales reunirían mayores requisitos y deberes que los matrimonios.

Debe el legislador buscar, a través del Código Civil, la protección de la familia. Esta protección no se logra si no se protege al matrimonio. Por eso, al momento de legislar es necesario, en nuestra opinión, revertir el espíritu del proyecto en estos puntos, a fin de promover una familia más sólida y una relación duradera entre los cónyuges.