

PONENCIA ANTE LA COMISIÓN BICAMERAL PARA LA REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - AUDIENCIA PÚBLICA DEL DÍA 17-1-12 - CIUDAD DE BS. AS.

AUTORÍA: DDA. MÓNICA VILLAGRA - ABOGADA - EJERCICIO PROFESIONAL EN: CIVIL, FAMILIA Y SUCESIONES; DOC. AY. DE 1º - CÁT. "B" - DERECHO ROMANO – FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES – UNC

ANÁLISIS CRÍTICO AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN RESPECTO A: L.II – TIT. I – MATRIMONIO -CAP. 7 – DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES: ART. 431 (ASISTENCIA); SEC. 2º- ART. 437(DIVORCIO); INCONGRUENCIAS E INCONSISTENCIAS FRENTE A: ARTS. 9 (PRINCIPIO DE BUENA FE) Y 10 (ABUSO DEL DERECHO)-Y CORR. Y CONC.; ARTS.1071 (DEBER DE PREVENCIÓN DEL DAÑO) Y 1711 (ACCIÓN PREVENTIVA); ARTS. 566 (PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN (CORR. Y CONC) Y 584 (POSESIÓN DE ESTADO); ARTS. 510 UNIONES CONVIVENCIALES – REQUISITOS) INC. E) Y 522 (PROTECCIÓN DE VIVIENDA FAMILIAR).

LA FIDES CONYUGAL:

INCONGRUENCIA DEL SISTEMA Y RETROCESO EN LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL

Los postulados del proyecto, anuncian el **derrumbe de los pilares fundamentales de la institución matrimonial**, al haber sido **despojada de los deberes jurídicos de convivencia y fidelidad conyugal**, que hasta el presente **constituyen el fundamento del régimen matrimonial monogámico**. Mientras, la Buena Fe se consagra como **Principio General del Derecho**, y se yergue positivamente como eje central para el **“ejercicio de todos los derechos”** (art. 9), y se constituye en parámetro para llegar a los extremos de la novel incorporación del **Deber de prevención del daño** (art. 1071); paradójicamente, se la excluye de aquella institución, y **se degrada jurídicamente al deber de fidelidad, para sancionarlo como un mero deber moral**, con lo que lo constituye en letra muerta en nuestra sociedad actual.

Además de ello, la ausencia de aquéllos deberes jurídicos matrimoniales, que hasta el día actual, han gozado de aceptación incólume como orden público matrimonial, lleva también a la **inconsistencia absoluta de la presunción – jurídica y no meramente moral- de la filiación matrimonial** (art. 566); como igualmente permite una **discriminación con respecto al nuevo régimen para las uniones convivenciales** (522). Estas son algunas de las incongruencias y tensiones que genera el sistema, las cuales, intentaremos acreditar en los próximos epígrafes.

PELIGROSIDAD DE LA EXTINCIÓN DE LA EXCLUSIVIDAD CONYUGAL

EL MATRIMONIO OCCIDENTAL MONOGÁMICO

El **matrimonio** en su carácter **institucional**, es decir, apreciado **desde el punto de vista del estado de familia**, emplaza a los contrayentes en el “**estado conyugal**”, quedando sometidos al régimen de matrimonio civil a partir de momento de prestar ante el oficial público su consentimiento. A partir de la celebración de dicho acto jurídico, ipso iure, quedan **vinculados recíprocamente entre sí**, debiendo, por tanto, **cumplir con el conjunto de derechos y deberes prescriptos** en vista de un doble interés: el mutuo de los cónyuges, y el de la sociedad en su conjunto, como **normas de orden público familiar**, siendo **inderogable** para las partes.¹

Como **precepto inveterado de la tradición del mundo occidental se acepta sólo el matrimonio monogámico**, es decir, el que prevé la **exclusividad sexual matrimonial**, principio éste por el cual resulta inadmisibles que una persona tenga uniones matrimoniales simultáneas con distintas personas, y esto se mantiene, sin hesitación, tanto en países del *Civil* como del *Common Law*, es decir, países de raigambre romanista o anglosajona, al igual que en otros, como en China, habiendo incluso penetrado en Asia y Africa, a través de la difusión del cristianismo en las regiones que antes, eran del Islam.

Nuestro orden público matrimonial exige, aunque la norma no lo diga expresamente, el matrimonio monogámico, exclusivo entre ambos cónyuges, y excluyente de la poliandria y de la poligamia²; situación que no ha cambiado ni aún con la más reciente reforma al Régimen de Matrimonio Civil Argentino, esto es, la Ley 26618, ya que la exclusividad deberá ser resguardada entre pareja hetero, u homosexual, pero se mantendrá monogámico. Congruente con ello, se han condenado, ancestralmente, tanto el adulterio como la bigamia.

Cuando Ferrer, en su análisis de esa nueva ley, nos refiere las características que se consideraron esenciales en la institución matrimonial, coloca a la **heterosexualidad y monogamia** en primer lugar; luego la **unidad**: representada por la comunidad plena de vida, lo que no fue modificado; la **estabilidad**, es decir, su vocación de permanencia, ya que sólo se admite disolución formal por vía judicial “en determinados supuestos”; la **solemnidad**, pues se constituye únicamente por acto de celebración formal y solemne según la ley; y la **legalidad**, puesto que es la misma ley la que reglamenta los derechos y obligaciones de los cónyuges, tanto de carácter personal como patrimonial, y lo hace con carácter imperativo y de orden público. De los dos primeros caracteres esenciales: **heterosexualidad y monogamia**, que reconoce como **tradicionalmente definitorios del matrimonio**, aclara que, solo uno de ellos, la heterosexualidad, ha sido suprimido por la innovación de la ley 26618 y agrega: **“Hasta ahora no se ha puesto en causa la Monogamia”**, afirmando que **el contexto ético-jurídico vigente en las sociedades occidentales excluye la Poligamia. Resalta que el impedimento de ligamen, (ART. 160 Y 166 INC. 6 CC) protege el matrimonio monogámico.**³

¡Cuánto peligro encierra ese giro temporal **“hasta ahora”!** y lo estamos viviendo cuando se pretende despojar al matrimonio monogámico de uno de sus **pilares esenciales: el derecho-deber de fidelidad conyugal**, anunciándose así que, el modelo convencional de familia tiende a desaparecer, favoreciendo el terreno fértil para que prosperen en un futuro no tan lejano: la monogamia seriada, la poligamia sucesiva, u otras formas del *poli-amor* o prácticas *swingers*, propias de sociedades altamente desarrolladas, pero de, cada vez, más decadente moral. Y, si uno repara en la redacción textual de los artículos, donde ya no se refiere al consentimiento de varón y mujer (modificado), ni aun de “ambos contrayentes”, como reza en la última reforma al art. 172, sino habla de “futuros cónyuges”, o de “cada uno de los contrayentes”, con lo cual no

¹ FANZOLATO, EDUARDO IGNACIO, *DERECHO DE FAMILIA T 1*, 1º ED.- ADVOCATUS 2007 - CBA

² RÉBORA, JUAN CARLOS, *INSTITUCIONES DE LA FAMILIA T. II –EL MATRIMONIO (ELEMENTOS, ESTRUCTURA, DERECHOS Y DEBERES, PERSONAS, CONFLICTOS)* ED. GUILLERMO KRAFT 1945– BS AS, P.9

³ FERRER, FRANCISCO: *NUEVO RÉGIMEN LEGAL DEL MATRIMONIO CIVIL – LEY 26618 – RUBINZAL-CULZONI-1º ED. – 2010, P. 67*

queda claramente definida la bipolaridad, no resulta descabellado pensar que, prontamente, pudieran darse interpretaciones confusas de “pluralidad”, es decir: 2 contrayentes o más. (art. 418 Proyecto actual).

DERECHOS-DEBERES SUBJETIVOS FAMILIARES DEL ESTADO MATRIMONIAL

Cada cónyuge es a su vez titular de un “deber” que debe cumplir frente al otro cónyuge; cuanto, a la vez, titular de un “derecho” a que el otro cónyuge cumpla a su vez. Ambos roles se yuxtaponen recíprocamente, pues mientras los derechos subjetivos familiares son concebidos como poderes reconocidos a la persona para la satisfacción de sus intereses como miembro de la familia (realización personal a través del matrimonio y la paternidad-maternidad), tiene correlativamente deberes idénticos: asimilables a las obligaciones civiles, aunque con adecuaciones especiales al derecho de familia (Méndez Costa, Mazzinghi) ⁴. Como bien reseña Fanzolato, en **el fondo, todos los derechos subjetivos familiares nacen de la ley, de las normas jurídicas del derecho de familia** y son derechos deberes “instrumentales”, es decir, derechos “con fines altruistas de ejercicio obligatorio”, que constituyen medio para la satisfacción de interés del otro, reconocidos en razón del interés familiar para asegurar el óptimo desenvolvimiento de ambos.

Aclara este autor, que, por **ser derechos otorgados en interés ajeno, son de “ejercicio preceptivo o imperativo e indisponible”**, y por ello, la falta injustificada de ejercicio, configura conducta reprochable que tipifica el abuso del derecho 1071 CC susceptible de originar sanciones civiles punitivas y/o de resarcimiento, y señala como ej. , expresamente, el *deber de cohabitación entre los cónyuges*, que se establece *para favorecer y asegurar la observancia práctica de la comunidad de vida que hace a la esencia del matrimonio.* ⁵

Entre los caracteres de aquellos derechos-deberes, destaca el citado autor, que son: 1- **Personalísimos** (*Intuitu personae*); 2- **Relativos** (en función de la posición que ocupa una persona respecto a otra dentro de la familia). 3. **Imprescriptible**; 4.- **no son susceptibles de transacción.**- 5-**Indisponibles e intransmisibles** (sustancialmente vinculados con el emplazamiento en un determinada calidad familiar); 6- **Irrenunciables** (no puede quedar sin efecto por voluntad individual o de partes).- 7.- *“en el orden matrimonial, los derechos conyugales (como el derecho – deber a la fidelidad o a la cohabitación) no constituyen derechos puros de cada uno de los cónyuges a los que pueden renunciar mediante pacto de libertad sexual , PORQUE LA MONOGAMIA Y LA FIDELIDAD INTERESAN AL ORDEN PÚBLICO MATRIMONIAL. Está consagrada la indisponibilidad de los derechos deberes matrimoniales. Los esposos no pueden liberarse de tales obligaciones por una decisión de hecho* ⁶

A su vez, Ferrer ⁷ cuando considera los cuatro **derechos deberes básicos de los cónyuges**, incluye expresamente en primero y segundo lugar: Fidelidad y cohabitación; refiriéndose luego a débito conyugal y, por último, la asistencia recíproca, involucrados dos aspectos: uno moral o espiritual, y el otro material: los alimentos. En cuanto a la **Fidelidad**, consigna **contundentemente** que es **“consecuencia ineludible del matrimonio monogámico”**, excluyendo toda *relación sexual con un tercero (infidelidad material carnal o física: adulterio)*, e incluso, toda relación de *afectividad o intimidad con un tercero que, sin llegar a trato sexual, pueda afectar los sentimientos o lesionar la reputación o el honorar del otro consorte (infidelidad moral), configurando la causal de injurias graves. La infidelidad continúa siendo un ilícito civil como violación de un deber jurídico y configura causal de separación personal y divorcio (art. 202 inc. 4 y 214 inc. 1 cc) pudiendo dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios. (La permanencia del deber de fidelidad después de la separación de hecho de los cónyuges ha generado un intenso debate doctrinario y jurisprudencial)”*.

⁴ FERRER: 2010: 72

⁵ FANZOLATO: 2007:109-122

⁶ FANZOLATO:2007:109-122

⁷ FERRER: 2010: 73-75

Respecto a la **Cohabitación**, nos refiere, *resulta consecuencia inmediata, ya que el matrimonio implica vida en común, por lo cual los esposos deben habitar en la misma casa*, y aclara que, si bien ante su incumplimiento, no puede ser pasible de ejecución forzada, pues está vedado por la regla del art. 629 CC. (Belluscio), puede configurar la causal subjetiva de separación personal o divorcio, consistente en el abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal, o bien, la objetiva de separación personal, luego de dos años de separación de hecho o tres para divorcio. Sobre el **Débito conyugal**, comenta que, a falta de previsión expresa, se considera integrado: o al deber de fidelidad (Bossert, Zannoni, Vidal Taquini, Novellino), o en el de cohabitación, (Busso, Mazzinghi, Borda, Belluscio, Cafferata, Fanzolato, Perrino). Pero lo que sí resalta es que *“Por constituir las relaciones sexuales uno de los fines esenciales del matrimonio, el cónyuge que incurre en incumplimiento injustificado comete injurias graves, causal de separación o divorcio. (límite: las prácticas antinaturales, excesos de lascivia, e incluso, la práctica de fecundación médicamente asistido, ya que el débito no obliga a aceptar métodos no naturales para procreación (Belluscio)”*.⁸

En consecuencia, vemos nítidamente que, para la pacífica doctrina, **ambos, Fidelidad y cohabitación, son elementos esenciales al matrimonio monogámico**, y es en esta tesitura que nuestro régimen actual de Matrimonio Civil, que se prescribe como de “orden público”, es decir, deberes-derechos subjetivos institucionales específicos en sus arts. : **198 CC. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.**”; **199 CC. Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.**”; y **200 CC: Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.**”. Todo lo cual, no es sino aplicación de aquellos presupuestos ya sentados milenariamente desde el derecho romano: *cohabitatio* (*corpus-elemento objetivo*) más *affectio maritalis* (elemento subjetivo o *animus*).

Por el contrario, cuando el art. 431 del Proyecto expresa: *“Asistencia. 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”*; mantiene como **único deber jurídico el de asistencia**; pero pretende eliminar por completo los derechos-deberes de cohabitación y de fidelidad, pese a que, aún en nuestro régimen “igualitario” actual, como hemos visto, se mantienen expresamente dentro de *Derechos y deberes de los cónyuges* (Cap. VIII). **¿Acaso no se está vaciando de contenido a la institución matrimonial al despojarle de estos deberes-derechos jurídicos que hacen a la esencia del matrimonio monogámico?**

EL DIVORCIO EXPRESS: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VS. ORDEN PÚBLICO FAMILIAR

Ahora bien, somos conscientes de que el vaciamiento que denunciamos, es **correlato necesario** de la pretensión gubernamental de implantar el **divorcio incausado, la abolición de toda culpa, y la irresponsabilidad frente a la ruptura del proyecto matrimonial**, teniendo como precedente un derecho foráneo, precisamente el *“divorcio “express”* incorporado al sistema jurídico español luego de la reforma al Código Civil de 2005 (Ley 15 del 8-7-2005 modif. CC y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio), entre otros, como el mejicano, donde priman valores individuales, autonómicos, y más liberales, en todos los órdenes del mundo civil.

⁸ FERRER: 2010: 73-75

Es así que el Proyecto en su **art. 437** propone que **el divorcio se “decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”**, es decir, no sólo por mutuo consentimiento, sino por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges; a lo que **el juez, sí o sí, debe hacer lugar**, pues el siguiente **art. 438**, si bien contempla, como condición de admisibilidad, la presentación de una propuesta que regule los efectos derivados del divorcio, establece expresamente que **“en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio”**.

La función del juez en el nuevo proceso es de “mero ejecutor” de la voluntad de las partes, en cuanto a la disolución del vínculo matrimonial, lo cual, en definitiva, significa la absoluta disponibilidad de las personas de entrar y salir del régimen matrimonial, fácilmente, a su antojo, y cuantas veces quieran, cualquiera sea la falta cometida: violencia familiar, adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal; totalmente limpios de responsabilidad alguna y bajo la engañosa apariencia de otorgar “compensaciones económicas”, que como veremos *infra*, pueden generar mayores injusticias y discriminación. Todas aquellas conductas, no sólo el adulterio, se engloban, en última instancia, en la fidelidad conyugal, pues **es fidelidad al cumplimiento del proyecto de vida en común, que ha sido quebrado**.

En el Proyecto que objetamos, **el juez sólo analiza las propuestas del convenio regulador** que haga relación a: atribución de vivienda, distribución de bienes y eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, ejercicio de responsabilidad parental, prestación alimentaria (art. 439). **El régimen de compensaciones económicas, no prevé ninguna “causalidad”** por culpa o responsabilidad del otro cónyuge; aún peor, permite que sea revisado “sólo” cuando el juez advierta que **“el divorcio produce un desequilibrio manifiesto y signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura”** (art. 441).

¿Qué consecuencias prácticas visualizamos?... **Situaciones como un matrimonio por “conveniencia”** entre, vg., un anciano rico y una mujer joven, pobre, que finge “amor”- o viceversa, en versión masculina-, donde, a poco de casada, se dedica a serle infiel, sin que tal conducta moralmente disvaliosa, le genere responsabilidad jurídica alguna. Indudablemente, visto desde la óptica patrimonial, habrá –sin duda- un empeoramiento de la situación del infiel, ante la ruptura, que la legitimará ante el juez, para que “ese desequilibrio económico” se restablezca, en perjuicio, en definitiva, del cónyuge que se mantuvo leal, y cuya *fides* ha sido violada. **Un total absurdo**. Lo mismo sucedería, sin irnos a aquel extremo, con un hombre golpeador, que puede o no ser, además, infiel, que quedaría impune ante la ruptura, pero podría reclamar compensación si se le produjo un desequilibrio que el juez deba restablecer, saliendo del estatuto matrimonial a su antojo.

Y, **¿si, intentando corregir la injusticia provocada por la norma** en caso de eventual defensa ante tan disparatada definición legal, forzáramos la norma y pretendiéramos ampliar la interpretación del art. 442 inc. b) del Proyecto, llevando al juez del proceso la **alegación y prueba de la infidelidad** como circunstancias relevantes a tener en cuenta para apreciar **“la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia”**?; ¿no sería un trámite contencioso que desgastaría la familia, al igual que cualquier contencioso actual? ¿Ganaríamos algo como sociedad, permitiendo tal discriminación? Y mientras, el infiel, que hoy –por el contrario- sería considerado culpable, en las nuevas previsiones, adquiriría plena capacidad nupcial para aprovecharse, vg. de otro viejecillo o viejecilla?

Esta postura individualista y liberal a ultranza, facilitadora de la trampa, de la promiscuidad, jamás se tuvo en miras ni por la jurisprudencia ni por la doctrina mayoritaria, ni constituyó, siquiera, una necesidad social. Tan es así que, si tenemos en cuenta **el Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial que se elevara en el año 1998, los derechos-deberes de fidelidad, asistencia y alimentos recíprocos, como el de cohabitación, fueron mantenidos en sus arts. 435 y 436. Y de más está decir, se mantuvo INALTERABLE hasta HOY.**

Y corresponde señalar que **España**, de la cual arguyen haber tomado el sistema de divorcio express, presenta un sistema matrimonial diferente, ya que reconoce, por un lado, al matrimonio canónico y, por otro, al civil, y **en ningún caso se ha eximido de los deberes de fidelidad y convivencia**: “**Artículo 49.** *Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España. 1.- Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código. 2.- En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración.*” (cfr. Arts. 59-60), y art. 68. “**Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo**”. A su vez, en Francia, vemos que también se mantiene, pues le Code Civile en su art. 212: “**Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance**”; art. 215: “**Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord.**”

PERPLEJIDADES QUE PROVOCA EL PROYECTO

Conmociona profundamente nuestras entrañas, la displicente redacción del articulado propuesto por el PEN y se nos agolpan infinitos interrogantes. ¿Cuál es el sentido que se pretende al consignar “**los esposos se comprometen a**”?; ¿acaso, con este nuevo Proyecto de ley se pretende **reditar –solapadamente- la vieja controversia sobre su naturaleza jurídica**, es decir, carácter contractual vs. institucional del matrimonio?; ¿no habíamos propiciado y nos habíamos definido secularmente por la segunda?; ¿La intención del art. 431 no es transformar a la institución matrimonial en una cuestión de **mero interés privado de los contrayentes**, que una **minoría** decide que ya no interesa al orden público matrimonial?

Nos preguntamos, también, ¿**cómo puede ejercerse un “proyecto de vida” común, sin la cohabitación?**; ¿por qué rebaja la función ético –jurídica del deber de fidelidad, a un mero deber moral, sin consecuencias jurídicas, cuando el mismo sirve, como sostiene la doctrina, para preservar el sistema monogámico?; ¿Quiere decir que la “exclusividad sexual”, ya no es parte de todo proyecto matrimonial?; ¿Y ese proyecto común, puede, peor aún, **contemplar la pluralidad sexual**, fomentando prácticas minoritarias, como la de los “*swingers*”, “*poliamor*”, entre otras, o de aquéllos matrimonios por conveniencias? En definitiva, **se está otorgando primacía a la autonomía de la voluntad**. ¿Acaso es esto lo que la Sociedad Argentina quiere?

Lo curioso de la propuesta, es que, cuando por tantos años las “familias” constituidas como uniones de hecho (concubinatos hetero u homosexuales), han bregado por tener un emplazamiento equiparable al régimen matrimonial, (y eso sí, ha sido clamor público), logran elevarse al status jurídico de “uniones convivenciales”; por el contrario, se observa una degradación de la institución matrimonial a un cuasi concubinato. ¿**Cuál debiera haber sido la diferencia “esencial” y lógica entre el matrimonio y la unión convivencial?** Precisamente, **la monogamia, la cohabitación obligatoria y el deber-jurídico de fidelidad**. De sancionarse el proyecto, sólo se diferenciará por la cuantía y alcance de las compensaciones económicas ante la ruptura, las que, en definitiva, también pueden existir en la unión convivencial.

A estas las define como “*uniones 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. 509. ¿acaso no comparte un proyecto de vida común como en el matrimonio, con la sola diferencia de que recién se le reconocerán los efectos jurídicos luego de un plazo mínimo bienal? No hay acto jurídico de celebración de matrimonio, pero hay acto jurídico de inscripción registral (art. 511); y también se prevén pactos de convivencia, rigiendo plenamente la autonomía de la voluntad (art. 513). Y, al igual que para el matrimonio, se puntualiza el deber jurídico de asistencia, con la diferencia de que lo limita al plazo que dure la convivencia

Ahora bien, **la discriminación de la institución matrimonial queda evidenciada**, pues se advierte que, si el deber de fidelidad nunca existió antes para las uniones convivenciales como deber jurídico, pues no tenían estatuto legal; ahora pretenden que tampoco exista para la institución matrimonial. Y, por el contrario, por definición y como presupuesto esencial, éstas **requieren “convivencia” mínima de dos años**, es decir, **presuponen cohabitación**, y lo que es más aún: tienen normativa específica para **protección de la vivienda familiar durante la convivencia, mientras que para el matrimonio, no** se ha previsto en forma expresa.

¿Cómo vamos a considerar cuál es vivienda familiar en el matrimonio, si los cónyuges no requieren cohabitar y pueden tener domicilios separados y vivir cada uno en su propia vivienda desde el comienzo hasta el fin de la relación, mientras tengan un “proyecto común” al que se hayan comprometido, que ni siquiera contempla el débito conyugal? En efecto, si hemos dicho que la doctrina, o coloca el débito conyugal en el deber de fidelidad, o bien en el de cohabitación, quiere decir que ahora no es ni exigible, ni un requisito matrimonial, ni hace a la esencia del nuevo matrimonio que pretenden imponer.

No habría una “comunidad de vida”, sino un “proyecto de vida en común”, según la letra del proyectado art. 431. **No son cláusulas equivalentes**, y pueden llegar a ser opuestas. Puedo hacer un proyecto de vida en común sólo referido a, por ej, una empresa familiar, mientras los cónyuges cooperan, pero sin cohabitar, sin vivienda familiar, y sin deber jurídico de fidelidad; tener un proyecto de adoptar niños de distintas nacionalidades, sin pretender con mi pareja una comunidad sexual de la cual derive una descendencia propia, entre muchos ejemplos que se podrían dar.

No es, precisamente, ese, aquél sentido de las célebres definiciones de Matrimonio de Modestino y de las Institutas del C.I.C. que aluden, como señala Rébora, citando a Maynz, a la **comunidad absoluta de existencia**⁹: “...*coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” (*el matrimonio es la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano*) (D. 23,2,1) o “*matrimonium est viri et mulieris coinunctio, individuam consuetudinem vitae continens*” (**intención de formar una comunidad de vida indisoluble**)¹⁰. “*Consortium*”, nos resalta Di Pietro, deriva de *cum + sors*; de allí, *consors* = *consorte*, esto es, “*quien comparte la misma suerte*”, pues, se entiende que, *cuando marido y mujer se casan, arriesgan su sors en el futuro*, de allí que Livio refiera a *consortia rerum secundarum adversarumque*¹¹. La indisolubilidad, en la época romana, era completamente discutible, reservada en su origen a la *confarreatio*, y fue dejada de lado mediante el repudio o el divorcio, lo que, luego de varios siglos, logró ser reincorporado a nuestro derecho (Ley 23.515); hemos abandonado la heterosexualidad con la Ley 26.618; ahora, **¿se pretende borrar de un plumazo la *cohabitatio*, el *consortium vitae*, y la *fides coniugalis*?** Nos preguntamos, por esta vía, **¿qué nos quedará del matrimonio sino un saco vacío bajo la fantasía de un mero nombre?**

Pues el deber de asistencia, no es exclusivo del matrimonio, sino de todas las relaciones familiares y de parentesco, inclusive, como hemos visto, ahora lo será también de las uniones convivenciales. Sólo varía en su extensión témporo-espacial y cuantía. No obstante, los autores del Proyecto, consideran –sin fundamento alguno, como se verá– que se busca “abandonar dogmas religiosos”, **de una mayoría confesional que llevan los dogmas de la religión a la legislación civil**¹², y para ello, terminan arrancando la jerarquía institucional del matrimonio, transformándolo en un mero contrato consensual, donde los cónyuges solo se “*comprometen a*” desarrollar un proyecto de vida en común.

⁹ RÉBORA:1946:11

¹⁰ IGLESIAS, JUAN, *DERECHO ROMANO. HISTORIA E INSTITUCIONES*. 11 ED. ED. ARIEL DERECHO, 1993, P. 484

¹¹ TAC. AN. 3,34 – DI PIETRO, ALFREDO, *DERECHO PRIVADO ROMANO*, 3 ED. ABELEDO PERROT, 2009, P. 311

¹² CFR. CYJ, MIÉRCOLES 5 DE SEPTIEMBRE DE 2012 - P. 14A - “REFORMA CIVIL, UN PROCESO DE ABANDONO DE DOGMAS RELIGIOSOS”

Al no existir punición moral alguna, frente al cónyuge que violare el supuesto deber de fidelidad, pues “*nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe*” (art. 19 CN in fine), la noción del deber moral es, hoy, algo completamente, vacuo.

Viene al caso resaltar la intensa y diametral diferencia con el **Derecho Romano**, que -sin dogmatismo religioso alguno, pues en aquellos orígenes, no existía el Cristianismo-, fue el que estableció, desde sus **orígenes, el matrimonio monogámico, sancionando por sus mores maiorum toda violación de la fides, como incumplimiento del officium coniugalís**, de allí que el adulterio y la bigamia, incluso la falsa difamación de adulterio, en caso de la repudiada inocente, podían llevar el estigma social: pérdida de la *existimatio* pública, tacha de infamia, *nota censoria* e, incluso, una *capitis deminutio* que, podríamos hoy llamar “muerte civil”, es decir, pérdida de derechos cívicos. Ningún vínculo generado por la *fides*, gozaba, en un principio, de acción para exigir su cumplimiento: sólo bastaba la palabra del romano, y la pérdida de la estima pública, en caso de violación. Precisamente cuando, en la Roma republicana, perdió fuerza esa moral, por el relajamiento de las costumbres, la penetración de otras culturas y el comercio internacional, se hizo necesario, cada vez más, de dotar de acción para el cumplimiento de la palabra empeñada, y ello dio paso al reconocimiento de la *Bona Fides*, ya a nivel procesal, que evolucionará hasta nuestros días para erigirse en eje de la contratación nacional e internacional.

Es decir, **en Roma, que fuera un deber moral, poseía totalmente sentido pues los mores maiorum revestían un carácter trascendental**; en la actualidad, el “deber moral” se encuentra desacreditado y, por tanto, al concebir, como pretende el proyecto, a la institución matrimonial sin su correlativo deber jurídico de fidelidad, sólo se obtiene su degradación.

LA INCONGRUENCIA FRENTE AL SISTEMA PROTECCIONISTA DE LA FIDES

Paralelo a este despojo en el orden público matrimonial, donde la *fides conyugal* resulta convulsionada al ser emplazada –a nuestro criterio, marcando un retroceso de más de 2000 años- como “mero *deber moral*”, observamos que, por el contrario, un **verdadero clamor de la sociedad ha sido escuchado y se recepta en forma positiva y expresa a la Bona Fides como Principio de todo el orden jurídico**, y no solamente contractual, pues ha sido colocado, *ex professo*, en el TÍTULO PRELIMINAR – Capítulo 3 “EJERCICIO DE LOS DERECHOS”, art. 9, “*los derechos deben ser ejercidos de buena fe*”, además de encontrarse **105 referencias** entre las cuales destacan el art. 961, 991, 1011, 1061, entre otras, referida a la buena fe contractual, desde las tratativas preliminares, su celebración, interpretación, ejecución e incluso rescisión y renegociación; incorporándose también como deber jurídico, el de prevención del daño.

Se coloca a renglón seguido, el art. 10, sancionándose el **abuso del derecho**, manteniendo idéntica redacción que el art. 1071 actual, donde sigue considerándose abusiva la conducta que “*exceda los límites impuestos por la buena fe*”, a lo que se agrega el “**deber**” a cargo del juez, “*de ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva*”, y de procurar, si correspondiere, la *reposición al estado de hecho anterior*, e incluso, **fixar una indemnización**”, permitiendo lo que la doctrina y jurisprudencia vienen propiciando de la declaración oficiosa del Abuso del Derecho.

En el ámbito de la **responsabilidad civil**, avanza el Proyecto en su TÍTULO V “**Otras fuentes de las obligaciones**”, en su art. 1710.- “*Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió,*

conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) **no agravar el daño, si ya se produjo.**” Y art. 1711 “**Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.**”

Lo que hoy conocemos como deber de fidelidad, el deber de lealtad, la confianza mutua y la buena fe, tienen un mismo y único tronco común: *Fides*, es decir, la fe en la palabra empeñada, en cualquier ámbito que se la haga. De ahí que, observamos la gran contradicción e incoherencia del sistema completo del Proyecto: por un lado, se sanciona al representante infiel (cfr. Art 372); al tutor infiel (cfr. art. 136 inc. b)), al deudor infiel (cfr. art. 729), al contratante infiel (cfr. art. 961), etc. ; la buena fe es parámetro: antes, durante y a la extinción de los contratos; y es pauta valorativa de la conducta abusiva, y de la imputación del deber de prevención de daño...; pero no se tiene en cuenta al cónyuge infiel que destruye con su conducta un proyecto de vida común que libremente decidió aceptar. **¿Acaso la infidelidad de un cónyuge no es violación a la *fides*, a la confianza puesta en ese compromiso mutuo en aras de un proyecto común, el matrimonial?;** ¿es que la *fides* conyugal y la *bona fides* requerida para el ejercicio de cualquier derecho, o para fijar, incluso una sanción pecuniaria disuasiva, bajo el “deber de prevención de daño”, no son una misma y única esencia originaria?

Se pretende sancionar, sin ningún factor de atribución, a cualquiera que “en forma preventiva” no evite daño, y ¿se permite la irresponsabilidad de quien viola los más esenciales principios que han sostenido el matrimonio monogámico! **¿No causa daño al interés matrimonial, la infidelidad del cónyuge?; ¿el abandono?; ¿las injurias, que en atención al Proyecto en estudio ante la Bicameral, corresponderían a un mero “deber moral”?** Pero la prevención del daño, sí, está prevista como ... deber jurídico...

La fidelidad, no es un mito, como tampoco lo es la Buena Fe. Hay empeño de palabra, compromiso a lo pactado. Con precedente romano, en base a la admisión pretoriana de las acciones de buena fe -cuyo corolario fue la obligación del *iudex* de fallar *ex bono et aequo*, es decir, *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*- se otorgó un nuevo margen de discrecionalidad para juzgar la conducta de las partes, acorde a los parámetros de la *bona fide*¹³, y a partir de su interpretación, los glosadores y, especialmente, los posglosadores, influenciados ya por la noción de violación del pacto = pecado del Derecho canónico, extrajeron una máxima: *Pacta sunt servanda*.¹⁴

Al amparo de aquellas acciones, se introdujeron criterios de *aequitas*, se admitió la *compensatio*, y se amplió la responsabilidad por daños y perjuicios con *damnum emergens* y *lucrum cesans*, como así también, el análisis de la *culpa* y *el dolo*. A la hora de valorar las pruebas, según refiere Fernández de Buján, el *iudex* debía tener en cuenta, no sólo lo estrictamente pactado por las partes, sino todo aquello que, según su leal saber y entender, debía considerarse comprendido en la conducta del deudor de acuerdo con el criterio de la *Bona Fides*.¹⁵ De aquel primitivo reconocimiento a una *actio* para la *fiducia*, se abrió la consideración del *pactum* y del *consensus*, ampliándose la categoría contractual, permitiendo luego la conclusión de que, en definitiva, todo pacto es consenso y debe ser cumplido.

Luego, su paso por la edad Media y la influencia del cristianismo, haría que el principio terminara impregnando la totalidad del ordenamiento: todo pacto, debe ser cumplido; se debe obrar de buena fe. Más adelante, su evolución llevaría a

¹³ VON MAYR, ROBERT, *HISTORIA DEL DERECHO ROMANO T I Y II*, BARCELONA, LABOR S.A., 1930

¹⁴ YA DESDE PLENA ÉPOCA REPUBLICANA ROMANA, EL PAULATINO RELAJAMIENTO DE LA *FIDES*, CUYA VIOLACIÓN NO ACARREABA SINO SANCIÓN MORAL Y SOCIAL, RESULTÓ IMPOTENTE ANTE LA MÁXIMA: *NUDA PACTA ACTIONEM NON PARIUNT*. LA VOLUNTAD DE PROTECCIÓN DEL *PACTUM FIDUCIAE*, LLEVÓ HACIA EL *PRAETOR URBANUS*, QUIEN PERMITIÓ UNA *ACTIO FIDUCIAE* CONTRA EL *FIDUCIARIUS*, POR INCUMPLIMIENTO DE SU *OFFICIUM*, AL BURLAR LA *REMANCIPATIO* OPORTUNA DEL BIEN. SURGIDA DEL *IUS CIVILE*: COMO *DIRECTA*, Y LUEGO COMO *CONTRARIA*. A PARTIR DE ALLÍ, SE EXPANDE GRACIAS AL *PRAETOR PEREGRINUS*.

¹⁵ POR EL CONTRARIO, EN LOS *STRICTI IURIS*, EL JUZGADOR SE HALLABA CONSTREÑIDO A LOS TÉRMINOS DE LA FÓRMULA, Y NO TENÍA MARGEN ARBITRAL ALGUNO PARA DETERMINAR UNA CUANTÍA DISTINTA A LA QUE, EN SU CASO, AQUÉLLA CONTENDRÍA. F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *SISTEMA CONTRACTUAL ROMANO*, MADRID, DYKINSON, 2004

que, este mismo principio, en época contemporánea, se utilice como límite frente al pacto mismo, en aras de la protección de los desequilibrios (vg. teoría de la imprevisión, abuso del derecho, etc.). Toda conducta reprochable, haría necesaria la previsión jurídica de la regla y su sanción. Es lo que ha sucedido actualmente, en **lo loable del Proyecto: la incorporación del Principio en el título preliminar.**

ABSURDUS: PRESUMIR PATERNIDAD CUANDO NO HAY DEBER JURÍDICO DE FIDELIDAD

Otra tensión que observamos generada a través del Proyecto, es lo atinente a la presunción de paternidad matrimonial. En Roma, donde se gestaron aquellas **presunciones**, tenían una razón de ser: determinar si el hijo provenía de *iustae nuptiae* y, frente a la afirmación: *mater certa, pater incertum*, buscar asentar la estabilidad de la relación, su *status familiae* y su *dignitas*, atribuyendo la paternidad al marido de la madre, siempre que el hijo naciere luego de los **180 días de celebradas o iniciadas las nupcias y hasta los 300 después de su disolución por muerte o divorcio**. Y eran **correlato del deber de fidelidad**, tanto las presunciones de legitimidad como la posibilidad de impugnar la paternidad, invocando causales válidas (vg. impotencia, imposibilidad de haberlo concebido), con la sanción del adulterio.

Pero, en el presente orden tergiversado que se pretende sancionar, donde la fidelidad no es obligatoria, sino sólo como deber “moral”, sin sanción “social” alguna, es decir sin “peso” o carga, podremos apreciar la **falta de sustancia del art. 566 y cuánta incertidumbre se perfilará en cuanto a la “paternidad” de la descendencia**. Si no existe cohabitación entre los cónyuges, ni débito conyugal, será lícito que la sexualidad se libere con otra u otras personas, ya que no es jurídicamente sancionable y se observe, vg., una pluralidad de descendencia con posesión del estado de hijo matrimonial, pero que, no lo son en realidad. Si, antes, la clandestinidad de una relación infiel permitía algún que otro de estos deslices, ¿por qué no pensar que esto sucederá con muchísima mayor frecuencia frente a la amplitud de la libertad sexual durante la vida matrimonial, y sin que haya ninguna clandestinidad, y lo que es peor aún, a la luz del día y al amparo absoluto de la ley?

No consideramos que sea una situación loable, ni un paradigma a enarbolar esa liberación de toda atadura que disipe a los cónyuges, y disgregue la prole. Acciones de impugnación, de filiación, extracción de muestras de ADN, diferencias notables entre los hijos, si uno tiene vocación alimentaria o hereditaria respecto de un progenitor de distinta posición económica...

Quienes ejercemos el derecho de familia conocemos de estas situaciones, tanto, como que, ni aún un *divorcio express*, va a eliminar la violencia familiar, la violencia de género, la violencia económica, ni la violencia social, y que, la ausencia de todo deber jurídico de fidelidad, sólo traerá mayor confusión tanto para hijos como para padres. Imagino a los que se adhieran a prácticas *swingers*, o los que se vuelquen al *poliamor*, que podrían verse, ante cada embarazo, en la obligación de determinar de quién es, en la realidad, su hijo.

Los padres y los hijos, tendrán confusión y, mucho más aún, los operadores jurídicos. Si hay plena libertad sexual, porque ya no hay exclusividad exigida por la ley, ¿podremos aseverar que los hijos son de quien ha inscripto el matrimonio con su cónyuge? No. Consideramos que pierde razón de ser la propia norma. Podría tomarse la costumbre, ya que “no se puede aseverar que realmente sea mi hermano”, de pedir un ADN a todos y cada uno de los hermanos... por cualquier causa, vg. la sucesoria. No quisiéramos ser juez de semejante sucesorios. Por todo lo expuesto, **consideramos que, en el Proyecto, la presunción de paternidad se encuentra tan vacía de contenido, como el matrimonio mismo.**

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES ACTUALES FRENTE A LA FIDELIDAD MATRIMONIAL

Desde que el matrimonio se transformó en una institución de orden público, en protección de sus fines, requiere de la celebración del matrimonio y la expresión del consentimiento ante la autoridad registral competente, como acto formal y solemne, como así también para su disolución por divorcio la sentencia que así lo declare, habiendo cesado ya aquella *affectio*. Y si bien en los últimos años hemos presenciado una **incipiente jurisprudencia en torno a los límites de vigencia temporal del deber de fidelidad conyugal**, aunque aún hoy es minoritaria, que comienza a privilegiar las situaciones “fácticas” por sobre la voluntad legal, **nos sorprende que el nuevo Proyecto pretenda ir aún más allá**, sin que esta jurisprudencia se haya consolidado, haya adquirido aceptación masiva y se muestre como un logro efectivo de toda la sociedad. Frente al presente Proyecto de Codificación unificada, no podemos dejar de puntualizar que **lo máximo que hubiéramos podido tolerar, sería el acoger alguna de esas tendencias, y no pretender hacer una cirugía mayor que despoje completamente de sentido a la institución matrimonial enraizada en nuestra herencia cultural.**

Así reconoce la doctrina que la jurisprudencia no es uniforme en cuanto a la duración del deber de fidelidad, siendo los principales criterios jurisprudenciales que: 1- *subsiste hasta la disolución por sentencia* (CNCiv. Sala F, 12-10-94, J.A. 1995-III-350); 2- *Que se encuentra atenuado durante la separación de hecho* (CCC de San Isidro, Sala I, 2-6-98, J.A. 2000-II-459); 3- *Que en las separaciones de hecho prolongadas no existe el deber de fidelidad* (CNCiv. Sala B, 6-5-99, J. A. 2000-II-442); 4- *Que sólo subsiste el deber de fidelidad durante los tres primeros años de separados de hecho, pues transcurrido dicho término se puede demandar el divorcio y contraer nuevo matrimonio.* (CNCiv. Sala J, 31-5-2000, ED 191-366)¹⁶

Ya en 2005 el voto de la minoría, Dr. Calatayud, en la Cámara Nacional Civil Sala E, o2-03-05, C.R.A.M. C/ D.N.S.L.C. s/ divorcio¹⁷: consideró que: *“El deber de fidelidad no se mantiene después de la separación de hecho de los esposos, de manera que la circunstancia de que el marido después de haberse retirado del hogar conyugal, haya iniciado una relación amorosa con otra mujer, no puede fundar el reclamo de indemnización del daño moral que la actora dice haber sufrido”* Y en 2006 la Sentencia N° 32, 21-6-06 “G.DE G. C.A. C/ R. F.G. – Divorcio vincular”, de la Cámara Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de San Francisco- Provincia de Córdoba –¹⁸ expresó: *“La doctrina tradicional y mayoritaria sostiene que hasta la declaración del divorcio o la separación personal, ambos esposos se deben las mismas obligaciones mutuas que tienen los que conviven armoniosamente, cualquiera que haya sido el tiempo transcurrido desde que se operó la separación de hecho, mientras que la moderna y minoritaria, estima que cuando el matrimonio se ha quebrado definitivamente en los hechos pero no media una sentencia de divorcio o separación personal, exigir aquéllos cánones de conducta es una pretensión abusiva de atarse a moldes de otros tiempos, ya que se califica con duras imputaciones y negativas consecuencias legales a los numerosos casos en que la separación de hecho y de común acuerdo es de larga data, y en los que no se han iniciado los trámites de divorcio por dejadez o por causas económicas....”*

Ha dicho nuestro Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, en Sentencia n° 2 (1-9-2000) “N.N. – Divorcio vincular” que: *“En las relaciones personales de los esposos está, en principio, excluida la operatividad de la autonomía de la voluntad... Sin embargo, no puede ignorarse que el cese de la cohabitación entre los cónyuges, sea*

¹⁶ FERRER-MEDINA-MÉNDEZ COSTA: 2007:130

¹⁷ FARAONI-RAMACCIOTI: 2008:140- ACTUALIDAD JURÍDICA DE CÓRDOBA FAMILIA & MINORIDAD VOL 15 PÁG. 1569

¹⁸ JURÍDICA DE CÓRDOBA-FAMILIA Y MINORIDAD VOL. 29 PÁG. 3104

decidido de común acuerdo o unilateralmente, provoca un “relajamiento” del vínculo que determina que se aflojen los lazos jurídicos que perviven entre los esposos desunidos. El nivel de exigencia no puede ser el mismo, y esto se traduce en la práctica en la adopción de un criterio restringido en el juzgamiento de las presuntas transgresiones posteriores al cese de la convivencia.” Más adelante en sus consideraciones el Superior agrega que *“pretender que el deber de fidelidad subsiste luego de producida la separación de hecho con la misma intensidad y modalidades que durante la convivencia contradice pautas morales y sociales asumidas por nuestra realidad cultural.”*¹⁹

La actual reforma que propone el ejecutivo va más allá aún, y, soslayando estas interpretaciones jurisprudenciales, directa y quirúrgicamente, corta de cuajo el deber de fidelidad, transformándolo en un mero deber “moral”, y socava los cimientos de la institución matrimonial, cuando a la sociedad argentina no le urge el mentado cambio. Consideramos que esta situación constituye un síntoma regresivo en la institución matrimonial pues si, ya a la fecha, luego de una larga evolución, el matrimonio moderno ha dejado de ser, como lo fuera en la Roma clásica una situación fáctica, modificable a voluntad y que pueda cesar ante la ausencia de la *affectio maritalis*; por el contrario, con la pretendida reforma, se postula la primacía de la voluntad, donde la celebración y ruptura matrimonial resultarán, absoluta y libremente, disponibles para las partes, sin necesidad de invocar causa alguna.

UN RETROCESO HACIA LA ROMA ARCAICA

La consideración del matrimonio que pretende el proyecto, no constituye sino un retroceso de más de dos mil quinientos años, pues a diferencia del matrimonio moderno, el romano no surge del **consentimiento** inicial sino que **es preciso que sea continuo o duradero.**²⁰ La actual propuesta, bajo supuesta tendencia de vanguardia, constituye un paulatino regreso a ese sistema romano, pues, **ni bien falte la intención de ser marido y mujer – affectio maritalis – cesará el matrimonio,** ya que, citando a Mizrahi, Bacigalupo de Girard entiende que: *“el consentimiento conyugal no es sólo el resultado de una voluntad inicial sino continua, determinando una elección permanente de un cónyuge respecto del otro renovada a diario ...hay matrimonio mientras hay affectio en el hombre y la mujer.”*²¹ Frente a estos postulados, la norma propuesta en la actualidad por el P.E.N., sólo mantiene la *affectio maritalis* y el consensualismo, acercándose al sistema arcaico romano sobre el cual, comúnmente, se cree que, en Roma, cesada la *affectio*, cesaba *ipso iure* el matrimonio; de lo que se habría extraído como Principio: *“el matrimonio se contrae solo consensu y sin formalidad alguna”*.

Pero es necesario poner de relieve, que no fue igual en todas las épocas, resultando, en consecuencia, necesario **realizar un estudio diacrónico**, que contemple la evolución de la figura a través de todos los períodos en que podemos dividir el estudio de aquel derecho, que **en su historia arrastra 1318 años**, pues lo que se conoce como Primera Vida – según existe consenso mayoritario- abarca desde el 753 a.C. (fecha presunta de la legendaria fundación por Rómulo) hasta 565 d C (Muerte del Emperador Justiniano). De modo tal que, el matrimonio romano sufrió una larga evolución que revela, precisamente, cómo a medida que fue decayendo el peso de la sanción moral infamante que en principio se confería a toda ofensa a la fidelidad conyugal, fue necesario regularlo con una **legislación más restrictiva**, que llevó desde la **época Augusta hasta el advenimiento del Cristianismo, a sancionar cada vez más duramente el adulterio y la bigamia.**

¹⁹ FARAONI-RAMACCIOTTI: 2008:142

²⁰ IGLESIAS:1993: 484

²¹ BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA *EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA –LA FAMILIA EN EL NUEVO DERECHO TI –*KEMELMAJER DE CALUCCI, AIDA – DIR.; HERRERA, MARISA – COORD. , 1° ED., RUBINZAL-CULZONI EDITORES, BS AS, STA FE, 2009, P. 426.

Según Arangio Ruiz, el matrimonio del más antiguo derecho romano es un acto o hecho jurídico en virtud del cual una mujer *sui* o *alieni iuris* sale de la familia de origen y entra en una nueva familiar en condición de sometida y con la particular función de procrear al jefe de familia o a uno de los súbditos libres una descendencia legítima.²² Nos aclara que **aquí es el elemento moral el que domina**, de allí que para la continuación del estado conyugal ya iniciado, el elemento material se reduce en la práctica a una conducta de la cual resulte unívocamente la *affectio maritalis*, por lo que los jurisconsultos repiten con frecuencia *consensus facit nuptia*, mientras, por el contrario, en la posesión, es el elemento material de la disponibilidad de la cosa, el que sobresale por sobre el *animus rem sibi habendi*. “*Por ello no se debe olvidar que para dar vida al matrimonio debe concurrir un hecho que inicie ostensiblemente la vida conyugal, ...generalmente la deductio de la esposa in domum mariti, acompañada de ceremonias religiosas y festejos sociales.*”²³

En Roma, se concebía precisamente al **matrimonio como una situación de hecho con consecuencias jurídicas** (vg. *per usus, sine manu*. Al efecto, refiere Di Pietro, que “*Para los romanos, el matrimonio no es una relación jurídica, sino más bien un factum, una situación de hecho (res facti), aunque capaz de producir consecuencias jurídicas. Todo lo relativo a la celebración, disolución y protección del matrimonio pertenece fundamentalmente a los mores, con las consecuencias éticas y sociales que ello implicaba.*”²⁴. Se fundaba, entonces, en la *cohabitatio* y en la *affectio maritalis*; la primera era considerada aunque no habitaren en la misma casa - siempre y cuando se guarden la consideración y respeto debidos, es decir, se prodiguen públicamente *honor matrimonii*-, pues la **convivencia no se interpreta en sentido material sino ético**: puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer a su casa; y dar comienzo a la vida en común, ya que *Iustas nuptias non concubitus sed consensus facit; non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*. Sin embargo, no se conformarán las *nuptias*, si está ausente la mujer, pues su presencia, revestía carácter esencial.

Pero lo que sí en Roma se mantuvo inalterable –y así nos llegó hasta nuestros días- fue la consideración de que fue siempre, invariablemente, monogámico y que dentro del propio ambiente pagano se reconoció cumplidamente su alto valor social.²⁵ En efecto Gayo señalaba que: una mujer no puede tener dos maridos a la vez, ni un hombre puede tener dos mujeres a la vez²⁶ y ello fue **principio liminar del Derecho Romano.**²⁷ **El matrimonio monogámico y exclusivo, no como “dogma”, sino como “herencia cultural”, lo recibimos de Roma. Y el deber de fidelidad, es su correlato.**

En el Proyecto actual presentado por el Ejecutivo, esta situación relacionada se encuentra aún más agravada. Pues en Roma, la *cohabitatio* era un elemento esencial y, aun cuando el elemento moral dominare por sobre éste, no podía dejar de existir; pero en el actual proyecto, sin deber legal de cohabitación, se pretende concebir al matrimonio sólo por la existencia de la *affectio maritalis*, y sin deber de fidelidad, no se explica cómo podrá mantenerse el doble carácter de: exclusivo y monogámico.

En los primeros tiempos de la antigua Roma era frecuente que el matrimonio estuviese acompañado por el sometimiento de la mujer a la *manus*, que se adquiría por medio de *confarreatio, coemptio per aes et libram* o *per usus* durante el plazo anual; dejaron de coincidir necesariamente matrimonio y poder marital, desde que fue posible la existencia de matrimonios sin un poder señorial del marido, lo que se obtuvo mediante el artificio del *trinoctium*.²⁸ Esos matrimonios *sine manu* fueron los que carecían de una forma solemne para su celebración ni, originalmente, de la virtud correctiva del *usus*. Se perfeccionaban por **mero consenso y podían, exteriormente, confundirse con concubinato**, del que sólo los diferenciaba un factor interno: *el affectus, la affectio maritalis*, la intención de constituir una familia, de fundar una unión

²² ARANGIO RUIZ:1973: 488 Y SS

²³ ARANGIO RUIZ: 1973: 490

²⁴ DI PIETRO: 2009: 311

²⁵ IGLESIAS:1993: 484

²⁶ GAI, 1,63; INST. 1, 10,6

²⁷ IGLESIAS:1993: 484

²⁸ IGLESIAS: 1993:483/48

liberorum querendorum causa, intención que se podía y debía **inferir de las circunstancias que rodeaban a la unión** y especialmente las de carácter económico, como era, sobre todo el **hecho de dotar a la mujer**.²⁹ Pero siempre, suponía *cohabitatio*.

En los últimos siglos de la República y bajo el Principado, ni la guerra ni otra causa de ausencia, por prolongada que fuera, hacía cesar el matrimonio; sólo cuando a ella se agregaba la desaparición de la *affectio maritalis*, se lo consideraba disuelto, y por ello, **era difícil, en ciertas hipótesis, distinguirlo del concubinato**. Situaciones que demostraban el *honor matrimonii*, eran, vg.: la admisión de la mujer en su propia mesa, presentación a los familiares, vestimenta distintiva que usa la mujer, perteneciente a la clase social del marido. Incluso, la existencia o ausencia de dote era considerada como principal argumento para afirmar o negar el estado matrimonial.³⁰

En época del Derecho Honorario o de Gentes, continúa analizando Von Mayr, el *matrimonio no formal se constituía pura y exclusivamente mediante acuerdo de voluntades* de los contrayentes (***consensus nuptialis***, por oposición al *consensus sponsalicius*), y requería la **comunidad de vida y la deductio in domum** de la mujer, por un lado; y por otro el ***affectus maritalis***, que debía inferirse de las circunstancias de la unión. De modo tal que, para que se configurara el matrimonio, tanto la comunidad de vida y la *cohabitatio* revestían, igualmente carácter esencial. Posiblemente el **auge de los divorcios** se haya comenzado a manifestar en esta clase de matrimonios libres de formas, *sine manu*.

Si bien no fue nunca el matrimonio dogmáticamente indivisible, la única causa normal de extinción de matrimonios originalmente, era, al parecer, la muerte natural o *capitis deminutio* de uno de los cónyuges. ***La diferratio***, para disolución del matrimonio *cum manu* adquirido por *confarreatio*, posiblemente es de **época posterior**, “*así lo indica el hecho de que el matrimonio de flamen dialis fuera todavía indisoluble en tiempos históricos*”. La *remancipatio* de la casada por *coemptio*, es calco de la *emancipatio*. La libre separación (*divortium*) por convenio o a voluntad de uno de los cónyuges, mediante una declaración, sujeta a la *Lex Iulia de adulteriis* a determinadas formas (*repudium*), **sólo se pudo desenvolver dentro del marco del matrimonio libre**, y hacia el *s. III a C* se extendió la posibilidad a las mujeres *in manu*.

31

Precisamente frente a la proliferación de estos matrimonios, la facilidad de sus divorcios, el relajamiento de las costumbres, y la cada vez más escasa repercusión de la mera sanción moral, se comenzó a regular mayormente sus efectos, y así, si bien durante el matrimonio el marido era dueño de la dote de la mujer, la ***Lex iulia de fundo dotali*** (18 a C) le impidió al marido, durante el matrimonio, enajenar o pignorar los fundos itálicos de la dote, sin permiso de su mujer, considerando a ésta también como propietaria de sus *res uxoria*, y como garantía frente al repudio incausado, dará origen a la ***cautio rei uxoria***, y estaría protegido por el pretor, como ***actio bonae fidei***, y por el cual, el marido, quedó obligado a restituirla en caso de disolución del matrimonio, ya a su mujer o a sus herederos, o al que la hubiera constituido. Al lado de la *actio rei uxoriae*, regulada con precisión por Augusto, apareció luego una *actio ex stipulatu, stricti iuris*, por que la mujer *sui iuris* hacía que el marido se comprometiese por *stipulatio* a la restitución de la dote, todo lo cual hubiera sido impensado en el matrimonio *cum manu*.³² Y todo esto, previsto para caso de disolución del vínculo por cese de la *affectio maritalis*. De modo tal que, **regular los efectos del matrimonio y su disolución, constituyó un avance, y no un retroceso, frente a las *iustae nuptiae* de la época arcaica.**

El deber de fidelidad, no era concebido como lo es en la actualidad, ya que, para el varón romano, no cualquier contacto sexual extramatrimonial es censurado: el concubinato como comunidad de vida sexual duradera entre

²⁹ VON MAYR: 1930:1: 315

³⁰ ARANGIO RUIZ:1973: 490/491

³¹ VON MAYR: 1930 :2: 16/17

³² VON MAYR: 1930:2: 16/17

hombre y mujer, pero sin *affectio maritalis*, ni el consecuente *honor matrimonii* que confería la *dignitas* a la mujer, era una unión **lícita o permitida por la costumbre pero ilegítima (*lícita consuetudo, causa non matrimoni* . C6.57.5 *In fine. MOdest. D. 48, 5, 34*)**, No se le castigaba civilmente, ni existía reproche moral. Se les llamaba *amica o concubina*, incluso las tuvieron Emperadores como Antonino Pío y Marco Aurelio. Pero estas uniones no se confunden con matrimonio por la nota negativa, es decir, la inexistencia de *affectio maritalis*; pero la nota de estabilidad, lo distingue a su vez, de la simple relación sexual. La lex Iulia de Adulteriis y Iulia et Papia, que castigaron el adulterio (unión con mujer casada) o el estupro (unión con ingenua o viuda respetable), no sancionaron el concubinato con mujeres de baja condición social, de mala vida, actrices o, incluso, mujeres adúlteras, y ello, aunque existiera prohibición matrimonial (senador con liberta). Los hijos, *spurri* o vulgo concepto, serían luego llamados por Justiniano *naturales liberi* (C.5. 27) ³³

De modo tal que, **en el Proyecto donde se pretende postular la inexistencia de la fidelidad como deber jurídico matrimonial, estaremos acercándonos al régimen romano, ya que nada impedirá que, sin violación alguna de la ley, se puedan mantener estos diversos vínculos concubinarios, mientras subsista y se mantenga vigente el matrimonio ya contraído.** Claro está, en nuestra época, sin discriminación entre varón y mujer, ya sea en una pareja hetero u homosexual.

En Roma no existe igualdad tal igualdad: **la mujer, no el marido, será castigada por el adulterio.** El marido tiene a su favor los *interdicta de uxore exhibenda et ducenda*, para reclamar la mujer de todo tercero que la retenga indebidamente. ³⁴ Para fomento de los matrimonios, y frente a la alarmante disminución en la Tardo República, las leyes caducarias de Augusto, dispondrán que, una vez disuelto el matrimonio por divorcio, el hombre debía casarse inmediatamente; la mujer divorciada, a los 18 meses y la viuda, a los 2 años, bajo apercibimiento de perder la capacidad sucesoria. Recién avanzada la época postclásica, se habría penado el **delito de “bigamia”**.

En cuanto al **divorcio romano**, según refiere Petit, aun cuando hubiera sido admitido legalmente desde el origen de Roma, era socialmente visto como **disvalioso** y la severidad de las costumbres primitivas hacía que no disfrutaban de esa libertad, ya que **sólo el marido, y por causas muy graves** (ej. adulterio de la mujer o el hecho de que hubiera bebido vino), podía ejecutarlo. En los primeros siglos, apenas si hubo divorcios, además que los matrimonios *sine manu* eran raros; pero hacia fines de la República, relajadas las costumbres, y siendo más rara la *manus*, incluso la mujer pudo provocar el divorcio. La facilidad con la que se rompían los matrimonios fue severamente criticada, vg. , por Séneca. ³⁵ **El repudio no justificado** por graves razones, **fue castigado** por el *fas* con la consagración de una parte de los bienes del repudiante a Ceres, siendo, luego, pasible de *nota censoria*. ³⁶ Para García Garrido las primitivas causas de divorcio tienen un carácter mágico-religioso: adulterio, beber vino, sustraer las llaves para beber vino, actos deshonorosos en los que la mujer, al someterse a influencias extrañas y exteriores, acepta hechos de posesión y como tales **comete infracciones a la fidelidad matrimonial** (cita a Plutarco; Dionisio de Halicarnaso y Aulo Gelio).³⁷

Enseña Di Pietro que la misma palabra **divortium**, describe plásticamente el hecho de que los cónyuges, después de haber recorrido juntos un trecho de la existencia, se alejan por distintas vías (*di-vertunt*), de allí que *el divorcio se produce pues, toda vez que en ambos cónyuges o en uno de ellos desaparece la affectio maritalis. En época republicana este estado de ánimo encontraba su expresión en la separación material, acompañada por lo común con la declaración de uno u otro de los cónyuges de querer romper con ella el vínculo conyugal (repudium). La falta de toda formalidad en tal declaración deba lugar a cuestiones complejas y hasta ponía en peligro el principio fundamental de la monogamia,*

³³ DI PIETRO:2009 : 330

³⁴ IGLESIAS: 1993:483/485

³⁵ DE BENEF. III, 16 – PETIT, EUGENE – *TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO*, ED ALBATROS – BS.AS. 1958 :158)

³⁶ ARANGIO RUIZ:1973:506

³⁷ GARCÍA GARRIDO: 732

*pudiéndose, con algún artificio, interpretar el segundo matrimonio como señal de cesación de la affectio correspondiente al primero.*³⁸

El *divortium* no estaba sujeto a formalidades, siendo suficiente un simple aviso, por escrito – *per litteras* – o por medio de mensajero – *per nuntium*. Quizás para el supuesto de aplicación de sanciones penales, la *Lex iulia de adulteriis* (año 18) remitía confirmándolo al uso, ya impuesto, de documentar el divorcio con una de las acostumbradas *testationes* que llevara los sellos de 7 testigos; y en derecho Justiniano, ya sí, se exige para su validez el *libellus repudii*.³⁹ Y, según reseña Iglesias, en las clases medias y en provincia, el divorcio debió ser menos frecuente que en clases ricas y ociosa, lo que parece confirmar la papirología egipcia, posiblemente por la mayor cohesión familiar mantenida en el mundo provincial y la influencia del cristianismo, lo que provocó que durante el derecho posclásico la materia fuera sometida a examen desde Constantino hasta Justiniano (Const. 7-12 C 5, 17); pero tuvo regulación definitiva en las novelas 22 (535) y 117 (542). No obstante el afán de regulación, **nunca se alteró el principio fundamental de la disolubilidad del vínculo nupcial**, cuando desaparece en uno u ambos, la *affectio maritalis*; pero sí se mostró la hostilidad a través de la conminación de sanciones a los divorciados.

Para la época clásica, pues, al ser el matrimonio una cuestión meramente de “hecho”, el nuevo matrimonio disolvía *ipso facto* el anterior, ya que **no puede haber dos nuptias simultáneas**. Si generara incerteza social, podría ser considerado *infame*. Recién durante el derecho post-clásico, el matrimonio posterior no invalida automáticamente al anterior, pues el consentimiento inicial sólo podía ser disuelto divorcio formal.⁴⁰ y sabemos por D. 3,2,1 que la bigamia en época imperial ya collevaba la *tacha de infamia*, situación que se verá agravada en el Derecho Bizantino como gravísimo delito, castigado con pena de muerte⁴¹. Igualmente será mal considerado el concubinato, al punto que Constantino negará toda posibilidad de recibir por testamento o donación entre los concubinos, ni sus hijos; se les consideró *inaequale coniugium*, y se fomentará la legitimación de los hijos mediante *subsequens matrimonium*.⁴²

Y, como bien señala Petit, si bien los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, por estar profundamente arraigado en las costumbres, sí los hicieron más difíciles, obligando a precisar las causa legítimas de repudiación, con aplicación de infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable o el autor de una repudiación sin causa legítima.⁴³ La sanción, de índole pecuniaria, se determinó en la pérdida de la dote o de la donación nupcial, o en su defecto, de 1/ 4 del patrimonio o llegando, en el caso de la mujer, a la eventual reclusión en un convento. Todas éstas puniciones se suman a las que pudieren corresponder por delitos. También eran aplicadas a *quienes se divorciaban caprichosamente, es decir, no sólo contra el repudiante, en el repudium sine ulla causa, sino contra ambos cónyuges, en el divortium communi consensu, pero esta última fue eximida por Justino II*. Si la mujer repudiaba al marido, sin que éste fuera reo de los *tria crimina*, quedaba obligada a dejarle la dote y donación nupcial, *usque ad acuculam capitis* imponiéndosele también la pena de *deportatio*. Honorio y Constancio II (421) se mostraron menos restrictivos que Constancio, pero Teodosio II restableció el sistema de las *culpa*e, admitiendo el divorcio provocado por la otra parte.

A tal punto llegará la evolución jurídica romana de la época imperial que, con Justiniano, al borrar la diferencia entre mujeres honestas y no honestas, la única diferencia entre el matrimonio y el concubinato radicará en el *animus*, es decir, en la *affectio maritalis* propia de las *iustae nuptiae*, y que no existía en la unión concubinaria. Quedará regulado el concubinato, estableciendo requisitos, límites, derechos y **prohibiciones como de que el hombre casado no**

³⁸ DI PIETRO:2009 : 315

³⁹ IGLESIAS:1993: 493

⁴⁰ DI PIETRO:2009 : 315

⁴¹ IGLESIAS: 1993: 484 NOTA 9

⁴² DI PIETRO:2009 : 330

⁴³ PETIT:1958 :158

pueda tener concubina (Constantino C 5, 26; Zenón: C 5.27.5 pr.) y luego, se extenderán al concubinato los requisitos del matrimonio, esto es: monogamia, edad, impedimentos de parentesco y afinidad⁴⁴

Como se puede observar de este breve excursus sobre los más de 1300 años de vigencia del mundo romano, cuna de la civilización occidental, la concepción del matrimonio fue evolucionando desde una situación fáctica sin regulación alguna, hasta la juridización de la misma a través de una una, cada vez mayor, ingerencia estatal en función de lo que, a cada paso, se iba considerando más apropiado al bienestar de la República. Lo que, más adelante serviría de semente para nuestra concepción del matrimonio como institución, protegiendo sus valores a través de normas de orden público familiar. **La posibilidad de divorcio-repudio incausado, como postula el actual proyecto**, para lo cual ha suprimido el deber jurídico de fidelidad, entre otros, no es sino un **retroceso hacia el primitivo régimen romano**, ya que la historia de Roma nos muestra que, por el contrario, el paso de su evolución fue hacia la concepción del divorcio con causa y justificado.

La tendencia “progresista” del proyecto, por el contrario, paradójicamente, no significa otra cosa que desandar el camino, **volver hacia atrás**, hacia la libertad del matrimonio romano de la primera época, con posibilidad **de mantener, impunemente, relaciones concubinarias no registradas en aras de la libertad de unión sexual**, máxime cuando, para peor, busca despojar al matrimonio de un elemento objetivo que, desde aquellos mismos orígenes, fue **considerado esencial: la *cohabitatio***.

Y lo que es peor aún, contrariamente a lo que sucedía en aquella Roma prístina, donde los *mores maiorum* compelián moralmente al individuo a cumplir el compromiso conyugal asumido, bajo pena de padecer una tacha de infamia, una *nota censoria*, e inclusive, llegar al exilio, a la deportación y hasta una *capitis deminutio*; en nuestra cotidianeidad, sin paradigma de aquellos *mores*, aquella libertad de unión sexual que señalamos, carecerá muy prontamente de reproche alguno y se convertirá en moneda corriente en nuestra sociedad.

Si el matrimonio comenzó siendo una situación de hecho con consecuencias jurídicas, porque emplazaba a los cónyuges en el estado de familia, y pasó luego a ser reconocido y protegido por el derecho, emplazándose más tarde como sacramento en algunas religiones, como la católica, para recién luego regularse por la ley civil, ¿por qué ahora retroceder 2000 años, para asimilar los efectos cada vez más a aquel matrimonio romano arcaico, sostenido sólo por la *affectio maritalis*?

CONCLUSIONES:

En la proyectada **sustitución integral**, en su **Libro II- “Relaciones de Familia”- Título I “Matrimonio”** (art. 401 hasta art. 528: regulación del Matrimonio y de las Uniones Convivenciales), entre las tantas sorpresas que contiene, observamos -con el mayor estupor- que el matrimonio, en aras de la anunciada “postura de vanguardia” **-que aún la sociedad argentina no reclama**⁴⁵, se encontrará desarticulado y quebrado en su estructura, ya que, con ese precedente, difícilmente, pueda nuestra sociedad seguir manteniendo, por mucho tiempo más, aquellos valores de una unión monogámica como célula social, que constituye paradigma y sostén axiológico de nuestra cultura.

⁴⁴ DI PIETRO:2009 : 330; IGLESIAS:1993: 497

⁴⁵ BASTA PARA ELLO, CONSIDERAR LAS PAUTAS DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998 Y CONCLUSIONES DE LAS POSTERIORES JORNADAS DE DERECHO CIVIL DESDE 1999 EN ADELANTE.

“Cirugía mayor”, según argumentan sus autores, o, a nuestro entender, **verdadera mutilación de la institución y subversión del orden público matrimonial**. Cirugía por la cirugía misma, y no por la necesidad imperiosa de **una reforma que aún no estamos preparados ética, ni jurídicamente, para soportar**. Conscientes de que la postura que pretenden imponer es la minoritaria, excluyen voluntaria e inequitativamente a las “mayorías”, que –cabe resaltar- no toda ella está formada por personas “confesionales”⁴⁶. Para la inclusión de aquella minoría, hubiera bastado, por el contrario, la incorporación al sistema de uniones convivenciales, las cuales hoy resultan pacíficamente reconocidas como célula social familiar.

Sostenemos que la **MONOGAMIA ES UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO EN LA ESFERA DEL ORDEN PÚBLICO FAMILIAR EN LA SOCIEDAD OCCIDENTAL**, y es en función de ella, que se han sancionado con rigor, ya desde antaño, tanto la bigamia, cuanto el adulterio. Y, no obstante aquella libertad que señaláramos, sus cimientos fueron sólidamente resguardados a través de la evolución del derecho romano manteniéndose incommovible hasta la actualidad. Abortar del deber de fidelidad conyugal, proscribir para siempre la figura del adulterio y las injurias, abolir la cohabitación como presupuesto esencial del matrimonio, nos lleva a la desaparición progresiva de la institución matrimonial.

Ya se le ha hecho tambalear suficientemente la institución matrimonial con la ley del llamado “matrimonio igualitario”, cuyos fundamentos no compartimos, pese a que ya se ha instaurado en nuestra sociedad a partir de la Reforma de la Ley 26618/09, en aras de la “no discriminación” de una minoría homosexual, y que, corresponde poner de especial relieve, la postura mayoritaria en las últimas Jornadas de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Tucumán, fue solicitar su declaración de inconstitucionalidad.⁴⁷

Como corolario de lo expuesto, sintetizamos nuestra crítica al art. 431 del Proyecto del Ejecutivo (corr. y conc.) en las siguientes:

- 1) **Da un salto cuántico más allá de las necesidades de nuestra sociedad actual**, pues no se encontraba ni siquiera sugerido por la jurisprudencia ni constituía clamor social, como, por el contrario, sí lo eran, la regulación de las uniones convivenciales
- 2) **El matrimonio occidental se postula ancestralmente como monogámico** y esto no es cuestión de dogma religioso, sino tradición cultural definida como bien valioso. No existen indicios de que nuestra sociedad, mayoritariamente, quiera abandonar este principio. Constituye una incipiente tendencia de una ínfima minoría, en la que subyace una postura ideológica influenciada por las teorías expuestas por Engels en su “.....”.
- 3) **La ley debe establecer paradigmas de conducta**, y no regular sólo por voluntad de minorías. Si hemos considerado al matrimonio como una institución de orden público, es porque se ha visto ancestralmente en ello un interés social en la protección de aquél y sus efectos.
- 4) **Sólo se mantiene “nominalmente” la monogamia al sancionarse la bigamia**, quedando sólo la bipolaridad: matrimonio monógamo – bigamia, para casos de doble registración con impedimentos, y, mientras se amplía el principio a las uniones convivenciales, por otro lado, se elimina el adulterio y el deber jurídico de fidelidad.
- 5) **Se priva de sus pilares fundamentales al matrimonio monogámico**: Cohabitación – débito conyugal- y deber de fidelidad. Esta abolición, impide el cumplimiento del propósito de vida común.
- 6) **Mantener a la Fidelidad conyugal sólo como deber moral, pero consagrar como deber jurídico al de la buena fe** para todo el ordenamiento constituye una **absoluta incongruencia**

⁴⁶ CFR. CYJ, MIÉRCOLES 5 DE SEPTIEMBRE DE 2012 - P. 14A - “REFORMA CIVIL, UN PROCESO DE ABANDONO DE DOGMAS RELIGIOSOS”

⁴⁷ CFR. CONCLUSIONES DEL DESPACHO DE LA COMISIÓN 6° “FAMILIA” EN LAS XXIII JORNADAS DE DERECHO CIVIL CELEBRADAS EN LA CIUDAD DE TUCUMÁN EN SEPTIEMBRE DE 2011.

- 7) **Permitir la violación del principio fundamental de *alterum non laedere* sólo en el matrimonio, consagrando su irresponsabilidad**, mientras se regula el **deber de prevención de daño y se responsabiliza sólo por no actuar preventivamente**, constituye un **antagonismo**
- 8) Se crea **estado de incertidumbre plena respecto a la paternidad**, ya que el ordenamiento jurídico facilitará la promiscuidad sexual.
- 9) **Si no hay deber de fidelidad, no se justifica la presunción de filiación paterna matrimonial**, y permite que exista un grupo “familiar” distinto al “grupo matrimonial” con diferenciación de vínculos filiatorios, permitiendo un desmembramiento de la unidad familiar, con importantes consecuencias en el orden alimentario y sucesorio.
- 10) **La consagración de la autonomía de la voluntad plena**, implica la desnaturalización del matrimonio como institución de orden público, y un regreso a la “contractualización” al estilo francés decimonónico.
- 11) **Produce un vaciamiento del paradigma de la familia constituida**, ya que deja de ser un bien jurídico valioso y deseable para la constitución de la sociedad.
- 12) **Produce una mera patrimonialización del matrimonio**, pues, frente a la ruptura unilateral o bilateral, sólo se atiende a la situación económica familiar de los cónyuges, pudiendo generar máximas inequidades.
- 13) **Desnaturalización del matrimonio al no exigir la cohabitación**, lo que provoca un desequilibrio respecto a las uniones convivenciales, en las cuáles, sí, exige convivencia.
- 14) **Sancionar al deber de fidelidad como mero deber moral sin repercusión jurídica, genera absoluta irresponsabilidad**, ya que no existe en nuestra sociedad ningún tipo de “punicción” moral

Estamos convencidos de que el **Proyecto transforma al matrimonio en una institución light**. Algo semejante a lo que jerga común referimos como “touch & go”, o, peor aún, “touch & run”. La multiplicidad de lazos matrimoniales que se pueden dar con el sistema propuesto nos coloca en estado de alerta, y **nos preguntamos: ¿Esto es lo que la sociedad argentina quiere?** Lo ponemos, francamente, en duda.

Consideramos que el “**orden público matrimonial**”, está siendo sustancial y fatalmente subvertido para dar lugar a un “*laissez faire, laissez passer*”, a merced de la **autonomía de la voluntad de los contrayentes, en una sociedad que se torna, así, cada vez más irresponsable**.
