

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

Código actual Código proyectado

Art. 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.

Art. 199. 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.

Art. 200. Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.

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. Deben prestarse asistencia recíproca.

Estas modificaciones merecen las siguientes observaciones:

- El deber de asistencia: es el único deber jurídico que subsiste, y se expresa solamente en la obligación de aportar alimentos.
 - 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, más allá de las observaciones que pueden hacerse, 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 tan clara la admisibilidad de 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

• 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.

¿Sabía Ud. que, en el Código proyectado, la fidelidad no puede pactarse, en cambio sí cabría

la infidelidad?: Art. 436.- Nulidad de la renuncia. 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.

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.

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

1

Basset, Úrsula; "Matrimonio"; en AA.VV., "Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial

2012. Informe de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina", El Derecho,

Buenos Aires, 2012.4

Código, de esta manera, restringe los derechos de los cónyuges en lugar de ampliarlos.

4.- El divorcio "express"

Art. 437: 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 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:

2

Basset, Úrsula; “Matrimonio”; en AA.VV., “Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial

2012. Informe de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina”, El Derecho,

Buenos Aires, 2012.

Basset, Úrsula; "Matrimonio"; en AA.VV., "Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial

2012. Informe de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina", El Derecho,

Buenos Aires, 2012.5

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

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