

Córdoba, 28 de septiembre de 2012.-

Sr. Presidente de la
Comisión Bicameral sobre el
Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial 2012
Sr. Marcelo Fuentes
S/D

Ref Audiencia Pública – Libro II. Temática: régimen patrimonial del matrimonio

Dado el escaso tiempo con que se pudo estudiar el Proyecto, que no contiene citas o notas sobre los antecedentes consultados para elaborarlo, se remiten algunas de las objeciones que se consideran más importantes a consideración de la H.Comisión Bicameral y en relación a esta temática del régimen patrimonial del matrimonio, sin perjuicio de señalar que son múltiples las objeciones tanto al régimen matrimonial en general como al régimen de filiación que se pretende instaurar. Apenas se comienza con la lectura del Proyecto (art. 1) comienzan las dudas y objeciones.

Se señalan únicamente las objeciones, y no los aciertos –que los hay pero que no justifican una reforma integral, sino parcial- dejando para sus mentores esa tarea.

Es mi interés personal y funciona reclamar formalmente que un proyecto de la magnitud que el que nos convoca, sea analizado, evaluado, estudiado, corregido y consensuado por todos los sectores exigiendo responsabilidad y prudencia dadas las innovaciones que se pretenden incorporar sobre todo en materia de Derecho de Familia y la función política que le cabe al H. Congreso.

Atte. Raquel Villagra de Vidal

Juez de 1º Instancia en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

Docente de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones de la Cátedra A de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba
Especialista en Derecho de Familia.-

Resumen de las objeciones a desarrollar en la Audiencia Pública

1. Opción para elegir entre dos regímenes (art. 446 del Proyecto)¹

No se explicitan las razones que los impulsan a importar **una convención ajena a nuestras costumbres e idiosincrasia²** y que **no se asienta en ningún principio de justicia o**

¹ De acuerdo a los Fundamentos del Proyecto del año 1998 (“Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio Nota de Elevación Fundamentos y Legislación comparada”, Ed. Abeledo Perrot, pág. 35) se trataba de “*la modificación más evidente y posiblemente, más importante que trae el Proyecto....*”; pero aclaran que no contaba con el apoyo unánime de la Comisión formada al efecto (Dres. Alegría, Atilio y Jorge Alterini, Méndez Costa, Rivera y Roitman), por lo que se decidió por mayoría la modificación y no se fundaron en la experiencia local sino en “*los criterios del derecho extranjero que la consagra*”

² Ya Vélez Sarsfield en la nota al art. 1217 del C.C. expresaba “*Casi en todas las materias que comprende este título, nos separamos de los códigos antiguos y modernos. Las costumbres de nuestro país por una parte, y las funestas consecuencias por otra, de la legislación sobre los bienes dotales, no nos permiten aceptar la legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas, y nos ponen en la necesidad de evitar los resultados de los privilegios dotales...*” luego de señalar la costumbre europea de hacer contratos entre esposos y las leyes españolas de esa época que también los permitían, reflexiona “*desde el primer momento debían sentirse las consecuencias de tales facultades....leyes que fueron el origen de pleitos que disolvieron los matrimonios y las familias...*”, por lo que termina concluyendo que “*esas leyes no han sido necesarias en la República, pues nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y si su falta no hace más felices los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país...la sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y para el derecho de terceros...*”.

equidad ni apareja objetivamente ningún beneficio para el matrimonio³, considerado como una unidad⁴.

La realidad demuestra –sin un adecuado correlato ni con el sistema vigente⁵ ni menos aún, con el propuesto- que **las convivencias extramatrimoniales y los matrimonios consideran a los bienes que cualquiera de los esposos o que la pareja adquiere durante la convivencia, como una copropiedad de ambos esposos o convivientes⁶, lo que desaconseja modificar el sistema vigente en perjuicio de esa social percepción⁷.**-

³ Ciuro Caldani al tratar “Bases culturales del Derecho Internacional Privado de Familia” en “Derecho de Familia” Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Familia y Derecho Internacional Privado”, N° 30 Marzo/Abril 2005, Dir. Cecilia Grosman, Ed. Lexis Nexis, Bs. As. 2005, pág.35, reflexiona *“las bases del régimen familiar occidental han sido relativamente diferentes de las del ámbito patrimonial y han tenido una evolución en cierta medida específica. Vale adelantar que, en tanto lo patrimonial se ha apoyado especialmente en el legado romano y ha desarrollado despliegues contractuales, los despliegues familiares, sobre todo personales, se han basado de modo principal en la herencia judeocristiana y han adquirido, en relación a ella, sentidos más institucionales y organicistas”*, concluye luego señalando (pág.49) *“como ocurre con las respuestas jurídicas y culturales en general, los elementos básicos de la cultura occidental, y ésta en su conjunto, viven fenómenos de estabilidad, “plusmodelación” y “minusmodelación”, en lo fáctico y lo conceptual. En nuestros días (no obstante cierta “civilización” o “continentalización” del common law) hay una importante “plusmodelación” fáctica y conceptual de los modelos de las raíces romanas y la presencia anglosajona. En un despliegue inverso, se presenta una “minusmodelación” de las otras raíces y los despliegues no anglosajones. Esto conduce a la patrimonialización de la familia.”*

⁴ Resulta ilustrativo para poner de resalto la diversidad de opiniones que genera la admisión de un régimen electivo, consultar los despachos de la Comisión n°5 sobre “La autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales de familia” abordada por las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Santa Fe, 1999, en donde no hubo despachos unánimes al respecto. Así sobre la conveniencia de la modificación el despacho (a) propuso *“debe mantenerse el régimen único, legal, forzoso e inmodificable, actualmente vigente”*, en tanto que el despacho (b) propuso *“los cónyuges deben tener la facultad de optar por un régimen distinto al legal supletorio, que debe continuar siendo el de comunidad de ganancias”*. La cita es oportuna ya que estas Jornadas tuvieron lugar luego de que se pusiera a consideración de la comunidad la propuesta que ya contenía el Proyecto del año 1998 y que de acuerdo a sus mentores se trataba quizás de la modificación más importante que traía ese Proyecto. Tampoco hubo acuerdo sobre los alcances de la opción. Así se advierte la falta de unanimidad en los despachos al señalar *“la facultad de optar debe limitarse: a) al régimen de separación de bienes; b) al régimen de participación en las ganancias; c) al régimen de separación de bienes o al régimen de participación en las ganancias”*; *“los cónyuges deben contar con la facultad de pactar cláusulas modificatorias del régimen por el que optan”*. A su vez sobre el tiempo de la opción: despacho (a) *“la opción sólo puede realizarse antes de la celebración del matrimonio”*; despacho (b) *“la opción o modificación de la anteriormente hecha también puede ser realizada durante el matrimonio”*; (c) *“en ningún caso se admitirá la posibilidad con posterioridad a la celebración del matrimonio, el cambio convencional del régimen de comunidad de ganancias al de separación de bienes”*; ver en “Conclusiones de los Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil 1927 -2003”, Ed. La Ley, pág.190

⁵ Para conocer el panorama de Derecho Comparado se recomienda consultar el trabajo de Fanzolato, Eduardo I., “Régimen de bienes con especial referencia a la sociedad conyugal. Panorama general en Derecho comparado” en Méndez Costa, M.J., “Derecho de Familia Patrimonial”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, págs. 409 y ss.

⁶ Sobre la caracterización del régimen de bienes vigente ver Méndez Costa, M.J., “Estudios sobre Sociedad Conyugal”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, pág.77 y ss; Méndez Costa, M.J. y otros “Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1982, t. I, pág.281 y ss; Belluscio, Augusto C. “Manual de derecho de familia”, 7° Ed. Astrea, Bs.As. t.II, pág.18; Zannoni, Eduardo A. “Derecho Civil Derecho de Familia”, t.I, Ed. Astrea, Bs.As., 1998, pág.453 y ss; Mazzinghi, Jorge A. “Derecho de Familia” t. II, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As.1972, pág.104 y ss. Sobre el régimen anterior a la ley 17.711 y luego de la ley 11.357 ver Guaglianone, Aquiles H. “Régimen Patrimonial del Matrimonio”, Bs.As., 1968, pág.83 y ss; y “Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal”, Ed.Ediar, Bs.As.1965. Luego de la sanción de la ley 26.618 es de utilidad verificar los alcances de su reforma por Ferrer, Francisco A. M., “Esquema de la Sociedad Conyugal” en “Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil ley 26.618” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pág.199 y ss; Méndez Costa M.J. “La ley 26.618 y el Régimen Patrimonial Matrimonial”, págs. 235 y ss; Lloveras, Nora y otros “El matrimonio civil argentino”, Ed. Nuevo Enfoque, Córdoba, 2010

⁷ si bien no puede negarse que algunas parejas no se casan para evitar precisamente esta comunidad, en especial, cuando se trata de nupcias posteriores a la primer unión. No obstante resulta interesante al respecto consultar el trabajo realizado por Elizabeth Jelin “Familia en Argentina” en “La Familia en el Nuevo Derecho”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág.135 y ss cuando acerca datos sociodemográficos acerca de la familia y la estructura de los hogares: la conyugalidad, la nupcialidad y el divorcio, el comportamiento reproductivo y la fecundidad. Allí puede leerse que no obstante el aumento de la convivencia y su expansión desde las áreas rurales hacia las poblaciones de clase media urbana que llegó al 21% en 2001 en la Ciudad

No se citan estudios o estadísticas recabados **en todo el territorio de la Argentina (y no sólo en las grandes urbes)**, que nos permitan verificar la confiabilidad de los **datos que se habrían considerado relevantes para proponer la adopción de costumbres extranjeras**⁸ que, aunque conocidas al tiempo de la sanción del primigenio código, nunca arraigaron en nuestros usos, **ni menos aún, la medida del beneficio que una modificación semejante pudiera acarrear a las familias**, sea para sustentar la igualdad de los cónyuges, que se mantiene en el régimen vigente, o sea **para sustentar otro propósito más individualista o más inequitativo o injusto, obviamente no declarado.-**

Se advierte una contradicción notoria e intrínseca en los Fundamentos, porque si bien se reconoce de manera explícita que el **régimen de comunidad es el sistema “más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan; b) el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado, y c) el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de la Argentina...”** **“lo que no es un dato menor”**⁹, luego **se propicia la elección de un régimen de separación.-**

Si se reconoce que el régimen vigente es el más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y su plena capacidad y se adapta a la realidad de las familias, por qué razón establecer un régimen de separación, **salvo que lo que realmente se busque es modificar esa realidad social hacia el futuro**, cuando no se explicitan con convicción suficiente **que esta elección beneficia realmente a ambos integrantes de la pareja por igual, o en definitiva a las familias en general, o si realmente lo que se busca es beneficiar a alguno de los integrantes de la pareja, o a la familia a la que este contrayente ya pertenece, con independencia de la nueva familia que busca conformar con el otro contrayente.-**

Si como necesario correlato de admitir la opción por el régimen de separación, el mismo Proyecto incluye normas comunes a todos los regímenes inderogables por los cónyuges, destinadas a la protección de los intereses familiares que podrían verse comprometidos por el régimen de separación, oportuno es remarcar que **ello implica reconocer que la elección de un régimen semejante** (que en el sistema vigente existe, pero es de excepción), **genera innumerables cuestiones de desequilibrio entre los miembros de la pareja que deben necesariamente prevenirse, lo que autoriza al intérprete a preguntarse si realmente se trata de un cambio positivo**¹⁰ .-

de Bs.As. y afirma que el casamiento legal es cada vez más el segundo paso en el proceso de formación familiar, siendo la convivencia el primer paso más frecuente, hay una aceptación muy grande de la institución del matrimonio en general y de sus beneficios para los hijos en particular, afirmando *“de hecho, ha aumentado el convencimiento de los argentinos de la validez de la institución del matrimonio...la mayoría aún piensa –y con más fuerza que antes- que el matrimonio no es una institución fuera de moda, que los hijos se crían mejor cuando están juntos a los dos padres y que las mujeres necesitan tener hijos para sentirse realizadas (Binstock y Cerrutti, 2002)*

⁷ Recuerda Fanzolato al comentar el art. 1277 del C.C. en “El asentimiento conyugal” Ed. Propia, Córdoba, 1986, pág. 47, que los conflictos que esta norma suele generar entre los cónyuges la mayoría obedecen a la ignorancia de los esposos acerca de los derechos actuales que tienen sobre los gananciales producidos por el otro; por ejemplo exigiendo indebidamente una parte proporcional del precio de venta.

⁸ Enseña Fanzolato en “Régimen de bienes con especial referencia a la Sociedad Conyugal ...” ya citado, pág. 415, que sin perjuicio del régimen de bienes elegido, o con vigencia forzosa o supletoria, los ordenamientos matrimoniales actualizados contienen una normativa que rige en toda situación. Se trata de cuestiones que, por razones de equidad y de amparo a la familia y a los terceros, la ley no deja libradas a los preceptos comunes ni al arbitrio de los esposos sino que impone soluciones que en conjunto, integran una plataforma jurídica mínima, que gobierna a todos los matrimonios, cualquiera sea el particular régimen de bienes aplicable. Constituyen un régimen patrimonial básico o primario, propio de cónyuges sin fortuna, cuya observancia en general, resulta imperativa o inderogable. Reglamenta una problemática cotidiana, los aspectos habituales, domésticos, que se presentan en toda convivencia hogareña

Bélgica, Brasil, Costa Rica, Cuba, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Luxemburgo, Panamá, Paraguay, Portugal, Quebec, Suecia, Suiza, Venezuela, ver en Fanzolato “Régimen de Bienes. Derecho Comparado” en Méndez Costa “Código Civil...”, pág. 416 nota 3)

⁹ aunque a continuación agregan *“...en este momento...”*

Fanzolato¹¹, enseña que el Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa ha efectuado una serie de Recomendaciones (R 89-1) señalando que *“después de un divorcio, lo ideal sería que cada parte, en la medida de lo posible, logre independencia económica, subviniendo ella misma a sus propias necesidades...”* agregando *“este objetivo podría alcanzarse a través de una reglamentación apropiada: a) de los regímenes matrimoniales, especialmente acordando a uno de los esposos el derecho de obtener una parte equitativa de los bienes del otro...”*.-

Como se ve el régimen de comunidad que en nuestro país es un régimen imperativo, intrínsecamente aparece como un modo ideal o más justo para que cada cual luego del divorcio cuente con medios suficientes para autoabastecerse, es decir, que la distribución de los gananciales por mitades conlleva una distribución equitativa entre los esposos y al menos en abstracto, permite asumir un mejor inicio de la autonomía económica del cónyuge divorciado.

La consulta de las Conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil permiten afirmar que no existe unanimidad en la doctrina sobre la conveniencia de las reformas propuestas¹².

Si realmente como refieren en el art. 1 del Proyecto las costumbres son fuente del derecho en el caso esta situación debió persuadir a los miembros de la Comisión de eliminar esta posibilidad de celebrarlos.

En todo caso si lo que se deseaba es que eligieran un régimen dentro de los preestablecidos, **hubiera bastado la mención en el acta matrimonial de cuál es el régimen que eligen, sin permitir que luego lo modifiquen recurriendo a un notario.**

2. Exigencia de la escritura:

La exigencia de la escritura no está prevista para la elección del régimen sino sólo para su modificación. **Es evidente entonces que esta posibilidad resultaría sólo accesible a quienes tienen recursos para pagarlo. Si realmente se busca que aquél principio de libertad sea ejercido plenamente lo coherente con esa ideología, hubiera sido que se permitiera que en el acta de matrimonio no sólo se haga la opción por un régimen sino además se puedan indicar los bienes que cada uno lleva al matrimonio y la enunciación de las deudas, sin recurrir a ningún notario ya que el receptor de la declaración es un funcionario público.**

3. Cambio del régimen patrimonial durante la vigencia del matrimonio¹³. (art. 449 del Proyecto)

Se advierte con claridad que **se han introducido modificaciones por demás importantes en relación al Proyecto del año 1998** pese a que se sostiene que es el que ha servido de base pero inexplicablemente, se han omitido señalar en los Fundamentos, cuáles fueron las razones por las que se proponen las modificaciones proyectadas.-

A su vez, del cotejo del art.441 del Proyecto del año 1998 con el que ahora se propone, se

¹¹ “Prestaciones Compensatorias y Alimentos entre Cónyuges”, Separata de la Revista 2001-1 de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe,

¹² Así se observa que en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Bs.As., 1987 en la Comisión n°5 “Régimen patrimonial del matrimonio: reformas posibles” se aprobaron los siguientes despachos *“debe possibilitarse a los futuros cónyuges la adopción, mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos que regulen las relaciones de los cónyuges con terceros. A falta de capitulaciones, se aplicará un régimen legal supletorio.”; “cualquiera sea el régimen del matrimonio que se adopte, ambos cónyuges deben responder con todos sus bienes por las obligaciones contraídas por uno u otro, para atender a las necesidades del hogar y la educación de los hijos. En el régimen patrimonial vigente, en todos los casos del art. 6° de la ley 11.357 ambos cónyuges debieran responder con todos sus bienes propios y gananciales”,* en tanto que con posterioridad en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Rosario en 1999, no se arribó a ningún despacho unánime

¹³ Art.449. Modificación de régimen: Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de UN (1) año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de UN (1) año a contar desde que lo conocieron.

advierte con claridad que se han introducido modificaciones por demás importantes.

En efecto el art. 441 del Proyecto del año 1998 disponía “...después de la celebración del matrimonio el régimen matrimonial puede cambiarse por sentencia judicial en los casos de separación de bienes, y por convención de los cónyuges. **Esta convención puede ser otorgada por éstos después de dos (2) años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública que se presenta al tribunal de su domicilio el que la debe homologar si no la encuentra contraria al interés de la familia.** Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse la sentencia marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un (1) año a contar desde que lo conocieron”.

Se advierte que por un lado, la decisión de modificar el régimen queda exclusivamente circunscripta al otorgamiento de una nueva escritura y por el otro, y esto es lo preocupante, **se elude todo control judicial en protección al interés de la familia.**

Se reduce el tiempo de vigencia mínimo previsto para cambiar el régimen patrimonial anterior, de manera que al menos hipotéticamente todos los años los cónyuges pueden modificar el régimen patrimonial al que se hallan sujetos en la medida en que cumplan los requisitos formales y de registración previstos en la norma.

No se advierte la ventaja de semejante libertad. No sólo se elude todo control judicial que preventivamente se pudiera efectuar para dotarlo de vigencia, sino además si se tiene en cuenta que se elude toda intervención del Ministerio Pupilar en los actos extrajudiciales que puedan ser de interés al menor de edad impidiendo que el Estado a través de sus organismos predispuestos, pueda actuar en protección el mejor interés del menor contraviniendo el mandato constitucional.-

Se pueden anticipar los alcances impensados que esta facultad conyugal pueda tener en las relaciones patrimoniales recíprocas y con terceros, sobre todo si se considera la inexistencia de una costumbre social en recurrir a este tipo de convenciones¹⁴.

Recuerda Fanzolato¹⁵ que “la prerrogativa de elegir el sistema o de elaborarlo a gusto no implica, necesariamente, que siempre se les conceda a los cónyuges la facultad de convenir o modificar el régimen de bienes durante el matrimonio. Cuando no tienen esta licencia nos enfrentamos a un sistema de mayor o menor libertad originaria de elección, pero de inmutabilidad posterior. Los novios, al momento de casarse, pueden convenir el régimen que les resulte más adecuado a sus intereses, pero una vez sujeto a un determinado régimen de bienes éste es inalterable “constante matrimonio”¹⁶ La exigencia de la anotación marginal en el acta de matrimonio resulta imprescindible para dar noticia a los terceros que pudieran contratar con los cónyuges, pero debe advertirse que **la eventual lesión a los terceros deviene de la posibilidad**

¹⁴ Ya Vélez Sarsfield (nota al art. 1217 del C.C.) expresaba “Casi en todas las materias que comprende este título, nos separamos de los códigos antiguos y modernos. Las costumbres de nuestro país por una parte, y las funestas consecuencias por otra, de la legislación sobre los bienes dotales, no nos permiten aceptar la legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas, y nos ponen en la necesidad de evitar los resultados de los privilegios dotales...” luego de señalar la costumbre europea de hacer contratos entre esposos y las leyes españolas de esa época que también los permitían, reflexiona “desde el primer momento debían sentirse las consecuencias de tales facultades...leyes que fueron el origen de pleitos que disolvieron los matrimonios y las familias...”, por lo que termina concluyendo que “esas leyes no han sido necesarias en la República, pues nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y si su falta no hace más felices los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país...la sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y para el derecho de terceros...”.-

¹⁵ “Régimen de Bienes. Derecho comparado...”, pág. 429,

¹⁶ Este principio rigió en Francia antes de 1965, en Italia, y en España, hasta 1975 (salvo en Vizcaya en donde se mantiene la inmutabilidad posnupcial. En Brasil se aplicó hasta 2003, pues al entrar en vigencia en Novo Código Civil se autoriza el cambio del régimen durante el matrimonio (art. 1639, pár.2°). La inmutabilidad del régimen convencional elegido está consagrada en Camerún, Colombia, Filipinas, Japón, Portugal, Puerto Rico, Senegal, Venezuela.

incontrolada de modificar anualmente el régimen de bienes.

Si bien hipotéticamente la opción de los cónyuges entre un régimen u otro, o su modificación, no tendría por qué perjudicarlos **frente al principio de irresponsabilidad de un cónyuge por las deudas por el otro consagrado por el art. 5 de la ley 11.357**, regla que facilita la libertad contractual de los esposos sin daño a terceros¹⁷ el eventual perjuicio por la modificación de un régimen a otro, sólo podría devenir **en la medida en que el cambio del régimen implicara la transferencia patrimonial bde un cónyuge al otro. Facilitando el cambio del régimen con semejante asiduidad no hay duda sobre el semillero de conflictos en los que se verían involucrados tanto los cónyuges como los terceros.**

Ello nos obliga a preguntarnos en qué casos –al menos hipotéticamente- esta transferencia **podría tener lugar habida cuenta que en el régimen actual –salvo simulación- cada uno es dueño de lo que adquiere y con sus bienes responde por las deudas que contrae sin posibilidad de que puedan contratar entre sí mientras están bajo el régimen de comunidad.** La eventualidad de esta “transferencia patrimonial” sólo podría devenir luego de la liquidación del régimen de comunidad (estiramiento y encogimiento patrimoniales) no en el régimen de separación, pero sólo **en la medida en que el tercero desconozca esta situación y no adopte tempestivamente alguna medida de resguardo de sus derechos.**

4. Sistema de registración (art. 449 del Proyecto):

Cabe preguntarse qué sistema de registración puede articularse en todo el país para que haya realmente la publicidad que se quiere establecer.

En este aspecto es oportuno recordar que los Registros Civiles dependen de cada Provincia y si bien hay convenios y conductas tendientes a la unificación, el sistema vigente no cuenta con las condiciones necesarias para habilitar una inscripción que pueda publicitarse en todo el país. No hay unicidad de Registros y ello genera incertidumbre y poca transparencia.

Queda también sin resolver es si por alguna razón no se margina la anterior y por ende, no resulta oponible a terceros, si de igual modo es oponible entre los contrayentes y sus herederos, como también si se puede modificar e inscribir la posterior sin inscribir la anterior.

Otra cuestión es que se habla de la inscripción en el acta de matrimonio pero **no aparece que se consigne la necesidad de que el alcance de estos pactos se inscriban en los registros inmobiliarios o del automotor o de otro tipo** aún cuando en el régimen se contemple la enunciación y avalúo de los bienes que cada cual lleva al matrimonio.

5. Omisión de considerar la especial situación que psicológicamente genera el matrimonio entre los cónyuges:

La posibilidad de acordar un cambio de régimen durante el matrimonio, obviamente conlleva **abandonar la regla de la incapacidad de los cónyuges de contratar entre sí durante el matrimonio,** lo que a mi juicio **implica abrir la posibilidad de que en virtud de la subordinación que pueda generar la convivencia entre los esposos uno de ellos pueda influir sobre el otro, al punto de inducirlo a renunciar a bienes o derechos que en el sistema vigente no está permitido.**

Desconocer la especial relación afectiva en que se sustenta el matrimonio (que ha sido ignorada por la ley contrariamente a lo que se observa al regular las relaciones convivenciales (ver art. 431 y ss) que puede dar origen a la pérdida de la autonomía y decisión propias de la vida de un soltero que la ley debería considerar muy especialmente para evitar profundizar la eventualidad de un aprovechamiento de uno de ellos respecto del otro.

¹⁷ Si bien establece una excepción acotada y de interpretación restringida (supuestos del art. 6 de la ley 11.357) y nada impide que ambos asuman voluntariamente la calidad de deudores si así lo han convenido (como usualmente lo exigen las entidades bancarias)

Resulta paradójica la protección que se establece v.gr. en pro del consumidor y la indiferencia con que se considera la situación de subordinación conyugal de la mujer que en algunas parejas todavía se observa en nuestro país.

Desconocer esta situación de desigualdad de género que aún cuenta con arraigo cultural en numerosas zonas de la Argentina, o incluso en los países limítrofes de los que emigran al nuestro, atenta con la protección que merece tener.-

6. Acción de ineficacia concedida a los terceros respecto del cambio de régimen (art. 449 del Proyecto)

Si en el mismo proyecto se prevé la inscripción marginal, **por qué razón conceder una acción de inoponibilidad de un año para los acreedores anteriores que no adoptaron las medidas de resguardo de sus créditos sobre los bienes de su deudor.** Sea en un régimen de comunidad o en un régimen de separación, **la obligación la debe afrontar el cónyuge que contrajo la deuda¹⁸ con lo que tenga en su patrimonio en el momento en que se persiga el cobro compulsivo de su crédito.** Si la liquidación ya tuvo lugar y se anotició registralmente ese cambio, **cuál es el interés social en mantener una vía de ineficacia especial sin la existencia de fraude?**

La posibilidad de inoponibilidad a los acreedores condicionada a que sufran perjuicios supone establecer una medida de protección compleja y que no se advierte cuál es el interés de bien común que se pretende proteger.

Si la condición de la inoponibilidad es la existencia de perjuicios, la acción de fraude es suficientemente comprensiva para dar cobertura a estas situaciones, sea que las personas estén casadas o no.

Existen numerosas medidas de protección creditoria que le permiten al acreedor acordar una garantía singular para proteger su crédito, cuyo costo por lo general lo asume el propio deudor, por lo que no se advierte cuál es el interés de orden social que se pretende proteger en estos casos.-

Por otro lado, habla de la oponibilidad del “cambio de régimen” por el término de un año pero a contar desde que lo conocieron, en vez de establecer desde que se inscribió el nuevo régimen en el acta de matrimonio, dando pie para que se pueda discutir la existencia de un conocimiento individual posterior a la registración, quebrando la igualdad de trato entre los acreedores y desprotegiendo a la familia.

En el sistema actual manteniendo el régimen de comunidad como un régimen de comunidad diferida, la modificación a un régimen de separación de bienes v.gr. por una separación judicial¹⁹ en modo alguno puede generar un perjuicio a un acreedor²⁰ en tanto y en cuanto la mutación patrimonial no tenga publicidad, sea mediante la inscripción en el acta de matrimonio o su correlato registral y posesorio en caso de que se exija la inscripción de la adjudicación consiguiente luego de liquidada la sociedad conyugal.-

Lo razonable es que el plazo de un año que se propone comience a correr desde la inscripción del cambio del régimen en el acta de matrimonio, o en su caso, para mayor resguardo desde la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adjudicación consiguiente por liquidación de la comunidad, ya que contar el plazo desde que singularmente lo conoció el acreedor que se queja, supone crear un privilegio írrito respecto de quien no ha atendido convenientemente sus negocios.

Estimo que el régimen de separación de deudas vigente al día de la fecha en nuestro país da una protección satisfactoria a los acreedores. Si por alguna razón es de su interés tener una mayor garantía deberán recurrir a los derechos reales de garantía, o adoptar las medidas de resguardo de rigor frente al incumplimiento del deudor casado, del mismo modo que debería hacerlo respecto de alguien soltero.

¹⁸ salvo las excepciones del art. 6° 11357

¹⁹ art. 202 y conc. cc.

²⁰ art. 1306 CC

7. Imposibilidad de elección de un régimen de separación por los menores de edad (art. 450 del Proyecto)

Respecto de la imposibilidad de efectuar convenciones prenupciales por los menores de edad, cabe señalar que en el art. 450, en primer lugar, se observa una discordancia en los términos utilizados. De acuerdo al Proyecto (2012) los menores de edad (niños y adolescentes hasta los 18 años son “dispensados” para casarse y si bien no deja de ser una “autorización” judicial, lo correcto es utilizar la misma terminología.

No se les permite ni hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción por un régimen de separación, lo que coloca a estos matrimonios en una situación de desigualdad frente a la posibilidad que se le acuerda a los matrimonios de personas mayores de edad, cuando -en puridad- si el juez los ha dispensado para casarse es porque se encuentran en condiciones de comprender la naturaleza del compromiso de vida en común que se han propuesto. **O será que implícitamente se está reconociendo la desigualdad intrínseca que conlleva para los cónyuges adoptar un régimen de separación de bienes, y la decisión se funda en la protección del menor de edad dispensado.**

En el sistema actual la limitación a los menores emancipados por matrimonio sólo apunta a la imposibilidad de disponer de los bienes recibidos a título gratuito, pero en **nada impide que respecto de los bienes gananciales se desenvuelvan como cualquier mayor de edad rigiendo plenamente tanto el art. 5 de la 11.357 como todos los otros que regulan el régimen de la sociedad conyugal. Esta limitación no se corresponde con la declamada vocación de dotar al menor de una mayor autonomía para gobernar sus propios asuntos.**

Por qué razón no podría entonces en el sistema proyectado el mismo juez que dispensa al menor autorizar a la adopción del régimen de separación siempre escuchando a los progenitores y al menor.

Nada dice de la situación de aquellas personas con capacidades restringidas que han obtenido dispensa para casarse. Es que acaso se piensa que en este supuesto no hay riesgo alguno para el discapacitado ¿? En ese caso lo lógico sería imponer un régimen de separación y no al revés.

8. Deber de contribución Art. 455 del Proyecto

No está consignada expresamente la obligación de convivir entre los cónyuges, por **lo que un cónyuge dispensado para contraer matrimonio con un incapaz o con capacidad restringida podría no vivir con el insano y éste ser mantenido por los padres en tanto conviva con ellos.**

En relación a los **alimentos a los hijos menores que no son comunes** (hijos matrimoniales o extramatrimoniales de uno de los esposos, nacidos antes o después de la celebración del matrimonio), la condición para que el otro esposo le deba alimentos, es que convivan con él. Pero en **la legitimación activa sólo se consigna la posibilidad que el cónyuge demande la prestación de alimentos, previsión que es estrecha ya que tendría que otorgarse legitimación a los directamente perjudicados sea por sí o representados por los parientes o por el ministerio pupilar o incluso por el otro progenitor con quien no convive el menor pueden reclamar alimentos al cónyuge progenitor o no progenitor conviviente que fuere remiso.-**

9. Responsabilidad solidaria²¹ Art. 461 del Proyecto

²¹ Actualmente la cuestión de la obligación se encuentra prevista en los arts. 5 y 6 de la ley 11.357, en tanto que la cuestión atinente a la contribución se encuentra contemplada en el art. 1275 del C.C. que sólo regula la relación interna entre los cónyuges una vez disuelta la sociedad conyugal sobre todo para fijar las recompensas que correspondan a favor de los cónyuges o de la sociedad conyugal cuando una carga de las enumeradas en ese artículo haya sido solventada por fondos propios o a la inversa. Desde el aspecto externo esto es, en la cuestión relativa a las relaciones con los terceros acreedores, la regla sentada por el art. 5 de la ley citada es absolutamente clara en orden a la irresponsabilidad de un cónyuge por las deudas contraídas

No son claros los fundamentos del Proyecto sobre cuáles habrían sido las razones que llevan a sus autores a abandonar el sistema actual de irresponsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas del otro sentado por el art. 5 de la ley 11.357, que da plena cobertura tanto a los acreedores anteriores a la celebración del matrimonio como a los posteriores permitiéndoles agredir todos los bienes presentes al tiempo de exigir el cobro compulsivo del crédito, sea con los bienes anteriores al matrimonio (propios) o con los que adquiriera después gananciales o propios.

La disposición proyectada perjudica a los esposos en protección de los terceros acreedores, ya que genera una solidaridad legal sin que a ciencia cierta se advierta cuál es la razón de semejante previsión cuando en el sistema vigente la obligación legal que prevé el art. 6, obligación concurrente²², es suficientemente explícita sobre la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la deuda limitando la posibilidad de persecución del acreedor a los frutos de los bienes sin perjudicar el capital.

La norma vigente protege de mejor manera el capital del cónyuge no contratante y de manera directa el capital del grupo familiar, aún en aquellos casos que se trata del sostenimiento del hogar o la educación de los hijos.

Debe advertirse que nada impide que el acreedor previsor exija la concurrencia de ambos esposos al momento de contratar por lo que una previsión legal que venga a suplir esta omisión del acreedor no aparece a mi juicio como protectora del interés familiar.

Si tenemos en cuenta que se trata de una regla del régimen primario es evidente que contempla la situación de los esposos, sea que convivan o no, y en este sentido aún cuando se trate de las deudas dispuestas para atender la educación de los hijos, no aparece justo que uno de ellos se vea perjudicado en sus bienes por la decisión adoptada por el otro en el ejercicio de la responsabilidad parental que ahora se prevé como compartida. Es el cónyuge que contrae la deuda quien debe afrontarla con todos sus bienes, tal cual lo efectúa una persona soltera, siendo en definitiva la responsabilidad del otro cónyuge una protección adicional pero equilibrada ya que no compromete el capital del no contratante.

Se sostiene que la cuota del colegio de los hijos menores deben afrontarla solidariamente ambos esposos en función de que se trata de una deuda nacida en interés de los menores. Si ambos esposos eligieron y decidieron inscribir sus hijos en un determinado establecimiento

por el otro. En base a ello y sin que el régimen de comunidad modifique en algún modo el sistema de responsabilidad que rige en relación a las personas no casadas, el cónyuge deudor responde personalmente con todos sus bienes, propios y gananciales, por las deudas que contrae. A título de excepción el art. 6 prevé la posibilidad de que el cónyuge que no contrajo la deuda, responda pero sólo con los frutos de los bienes propios y gananciales por aquellas deudas contraídas por su cónyuge y en la medida que hayan tenido el objetivo directo de atender las necesidades del hogar, la educación de los hijos o la conservación de los bienes comunes (gananciales). En cualquier otra situación rige la regla de separación de deudas o de irresponsabilidad.

Se advierte que la deuda contraída para atender las necesidades del hogar y la educación de los hijos comprende el propio sostenimiento de los cónyuges estimo que se refiere en la medida en que convivan, como de los hijos incapaces comunes, o de uno de ellos que fuere incapaz y conviva con ellos de acuerdo al art. 447 y ha sido calificada como aquellas necesidades ordinarias, quedando las extraordinarias sujetas a la regla de irresponsabilidad.

Por otro lado se agrega la previsión del "sostenimiento" de los hijos como una obligación distinta de la educación, que a mi juicio se corresponde con lo que prevé el art. 1275 del C.C. en orden a lo que los cónyuges gastaren por "colocación" de los hijos.-

²² Méndez Costa, "Las deudas de los cónyuges" Ed. Astrea, Bs. As., 1979, pág. 155 enseña que se distinguen las obligaciones solidarias de otras que se le asemejan por ser exigibles en su totalidad a más de un deudor, pero en las cuales no se presenta una sola obligación, como en la solidaridad, sino "una pluralidad de relaciones obligatorias independientes entre sí, aunque dirigidas al mismo interés en la prestación. Son las obligaciones concurrentes. Consideradas las deudas comunes conyugales desde este punto de vista, marido y mujer aparecen como sujetos pasivos de dos obligaciones distintas, relativas a un único objeto y a un único sujeto activo (acreedor o acreedores). Ante la unidad de objeto y de sujeto activo, la dicotomía obligaciones sólo puede tener un fundamento: cada obligación nace de una causa fuente específica y distinta de la que origina la otra... la diferencia con la solidaridad "debe buscarse en que los créditos solidarios descansan en el mismo fundamento jurídico, mientras que los créditos concurrentes descansan en fundamentos jurídicos distintos

educativo, lo razonable es que la propia entidad convoque a ambos progenitores para contratar el servicio viniendo a ser ambos cónyuges contratantes.-

Si alguno de ellos por su propia situación patrimonial decide enviar sus hijos a un colegio privado con altas cuotas mensuales, no resulta razonable que aquél que no adoptó esa decisión aún cuando nada tenga que oponer a ella, **deba invertir sus propios bienes para ello comprometiendo incluso su capital, cuando en definitiva aún cuando beneficie a sus hijos, no es quien decidió otorgarles esa educación.**

El sistema vigente protege en mejor medida el patrimonio conyugal.

10. Cosas muebles no registrables (art. 462 del Proyecto)

No se llega a comprender cómo se puede ejercer un derecho “individualmente” cuando hay convivencia. Cuáles serían las pautas ? Quién se sienta en el sillón o qué silla ? Y el lavarropas es de quien lo maneja ? Estimo que tendría que ser “exclusivamente” más que “individualmente”.

11. Bienes de los cónyuges (art. 464 del Proyecto)

Se advierte que se ha puesto especial cuidado en señalar en qué casos hay lugar a recompensa sea a favor de la comunidad por la inversión de fondos gananciales o del cónyuge que invirtió sus bienes propios, pero aparece como inadecuada la enumeración alfabética ya que la que se efectúa con números como lo hace el código vigente, facilita notablemente la memorización. Se propone que se modifique la elección efectuada.

12. Mutación de la calificación de los bienes (art. 464 del Proyecto)

Se ha optado por mutar el carácter del bien propio a ganancial teniendo en cuenta el porcentaje de inversión de manera que si es mayor el valor del aporte ganancial que el propio, lo adquirido no sigue el principio de subrogación real sino que muta el carácter. **En la práctica la cuestión es por demás compleja ya que supone revisar el valor y la envergadura del valor cuando en verdad el valor de los bienes no es una constante. Se trata de un supuesto de recalificación del bien durante la comunidad, sobre cuya utilidad no hay consenso en la doctrina lo que complica el régimen. A mi juicio habría bastado la regla de la recompensa sin que haya una mutación de la calificación del bien.**

Se repite la solución en el art. 465 inc. f)

La modificación el carácter original, no es una buena decisión²³. Problema de la desvalorización.

13. Extinción de la comunidad (art. 475 del Proyecto):

La gran preocupación que apareja la reforma se centra no sólo en la posibilidad de

²³ Méndez Costa, M. J. “Régimen Patrimonial...” Consideraciones complementarias sobre la calificación de bienes de los cónyuges”, pág. 142 expresa “se denomina “bien mixto” a aquél en que una porción es propia y otra ganancial, es decir, bien que es en parte propio y en parte ganancial en cabeza de un único titular, el marido o la cónyuge. En los casos de condominio, la doble titularidad desplaza la cuestión porque lo que se califica es la alícuota que integra cada patrimonio. La calificación dual es sumamente conflictiva por las dificultades prácticas que presenta, por lo que es preferible la calificación simple siempre que no vulnere el derecho del propietario y que sea respetado el régimen patrimonial matrimonial. A los efectos de evitar la calificación dual no es posible recurrir inicialmente a la presunción de ganancialidad del art. 1271, puesto que la duda entre la calificación simple y la dual resulta de la certeza que se tiene del distinto carácter de los bienes empleados en la adquisición del bien que se quiere calificar. Son argumentos legales adecuados para sostener la calificación simple sin incidir sobre el interés de uno y otro esposo: la importancia de la época en que se produjo la causa o título de adquisición...la subrogación real y la accesión...la admisión de recompensas entre cónyuges para restablecer el equilibrio patrimonial...Dentro de la reglamentación de las cosas, importa la distinción entre principales y accesorias...la conveniencia del empleo de fondos propios y gananciales es destacable...ón entre principales y accesorias...la conveniencia del empleo de fondos propios y gananciales es destacable...”, luego de lo cual señala casos posibles resueltos y propuestos relativos a la adquisición de inmuebles.

elegir un régimen de separación que no aparece ni más justo²⁴ ni se adecua a nuestras costumbres, sino esencialmente en la posibilidad de modificación del régimen elegido durante la vigencia el matrimonio, cuando en verdad es más prudente mantener durante el matrimonio la elección inicial para resguardo tanto de los propios cónyuges como de terceros.

La posibilidad que le acuerda el nuevo sistema a ambos esposos de pasar de un régimen a otro, con las deficiencias de registración que se van a suscitar durante su aplicación práctica, supone que anualmente pueden verse en la necesidad de requerir la liquidación de los bienes gananciales con las respectivas recompensas y la incorporación de los bienes adjudicados al acervo personal y propio del subsiguiente régimen de separación, es decir, generar permanentemente acuerdos privados de distribución de los bienes en donde el cónyuge más débil en la negociación puede resultar perjudicado.

14.Reglas de Administración durante la indivisión (Art. 482 del Proyecto)

El período de indivisión concluye con la liquidación del régimen de comunidad momento en el cual se distribuyen los bienes gananciales dividiendo por mitades entre los cónyuges los bienes gananciales existentes en el patrimonio de cada uno de ellos al tiempo de la extinción del régimen oportunidad en la que tienen lugar las recompensas previstas para equilibrar la masa ganancial y el patrimonio personal o propio de cada partícipe.-

Dado que se ha optado porque continúen rigiendo las reglas relativas al régimen de comunidad en lo que hace a propiedad, administración, gestión y deudas, en principio el cambio de régimen sólo debería interesar a los esposos. En ese sentido no aparece coherente con el régimen de comunidad que importa la consolidación de un derecho de propiedad y no de crédito frente al copartícipe, que uno de los cónyuges pueda efectuar actos de disposición de los bienes indivisos sin el concurso de la voluntad del otro.

En este aspecto la previsión del art. 482 última parte, a mi juicio no consulta la verdadera naturaleza común que revisten los bienes gananciales una vez extinguió el régimen de comunidad. No es bueno recrear un deber específico y una facultad correlativa sin precisar con exactitud en qué momento debe ejercerse el deber o la facultad.

En este aspecto la previsión de que la información se efectúe "*con antelación razonable*", deja un margen de discrecionalidad muy elástico que poco auxilia para que existan reglas claras al respecto. Hubiera bastado con que ambos dispusieran de manera conjunta tal y como sucede cuando la disolución opera por muerte.

En cuanto a la posibilidad que da para que el otro esposo se oponga, si bien se prevé que esta oposición pueda tener lugar cuando el acto proyectado vulnere sus derechos, **se está abriendo una situación que puede generar conflictos entre las partes que se hubiera**

²⁴ Reflexiona Fanzolato "Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges", cit. Pág.33 y ss que al disolverse un régimen patrimonial relativamente comunitario, siempre que los cónyuges hubiesen obrado con honestidad, no cometiendo fraudes en perjuicio de los eventuales derechos del otro, y no hubiesen sustraído u ocultado bienes que corresponderían a la masa a dividir, el principio de ganancialidad tiende a neutralizar las injusticias que, con frecuencia se generan cuando se extingue un régimen de separación; en particular, porque el imperativo legal de dividir por mitades todos los gananciales, sin reparar en los aportes económicos de cada esposo, significa un implícito reconocimiento de importantes "servicios familiares", "ayudas" o "colaboraciones" no retribuidas que, a pesar de su trascendencia en el patrimonio, en la personalidad y en la libertad del otro, resultan imponderables en dinero, y por ende no son susceptibles de justipreciarse, a los fines de obtener una recompensa económica, en las operaciones de liquidación; tales como la dedicación al hogar y al cuidado y educación de los hijos comunes, la capacitación profesional, la experiencia, el prestigio logrado por un cónyuge merced al esfuerzo conjunto convivencial, la participación colaborativa y gratuita más o menos esporádica o continua en las empresas del otro, etc., aunque aclara que este mecanismo de nivelación retributiva que se logra a través de la partición por mitades de las adquisiciones logradas durante el matrimonio sólo funciona si existe un patrimonio ganancial neto a dividir, porque cuando no existe semejante masa partible o su composición es exigua, aquellas invalorable contribuciones de uno de los consortes que engrosaron el haber o riqueza extrapecuniaria, el acervo moral, las cualidades, posibilidades, calificaciones profesionales y prestigio del otro, quedan sin compensar, lo que genera una verdadera injusticia que debería ser prudentemente remediada, a través de instrumentos jurídicos específicos.

evitado si directamente se actualizara la comunidad sobre la masa total de bienes gananciales debiendo concurrir al otorgamiento del acto ambos esposos, sobre todo porque está en sus manos acceder a un régimen de separación de bienes, por lo que si no lo han elegido es porque su relación al menos en la faz económica es más estrecha y por ende, su compromiso con el derecho del otro se estima mayor que aquellos cónyuges que han elegido un régimen de separación desde el inicio o durante la unión.-

15.Momento de extinción del régimen- (Art. 480 del Proyecto)

Se distinguen los alcances según cual fuera la causa invocada, pero **en consonancia con la ideología que informa la reforma, resulta indiferente la conducta culpable del cónyuge en la separación,** de manera que se elimina la posibilidad que antes le cabía al cónyuge inocente de participar en los bienes gananciales que había adquirido el culpable luego de la separación de hecho (bienes gananciales anómalos)

La posibilidad que se le concede al juez para modificar la extensión del efecto retroactivo con los parámetros del fraude o abuso del derecho, no estaba contemplada en el Proyecto del año 1998. A mi juicio la redacción que tenía el artículo en el Proyecto anterior era mejor ya que el margen de elasticidad que ahora se quiere dar no exigía ni fraude ni abuso, **bastaba la aplicación de un criterio de equidad en función de las circunstancias del caso.**

No es claro el artículo si la posibilidad que le da al juez de modificar la extensión del efecto retroactivo se refiere únicamente al caso de la separación de hecho, o puede extenderse a los otros supuestos de divorcio o separación de bienes.

La necesidad de acreditar el fraude o el abuso que son dos conductas contrarias al principio de buena fe, por lo que su ocurrencia no se presume, implica que en el juicio respectivo van a tener que ventilarse las cuestiones personales que rodeaban la vida en pareja para verificar el propósito de defraudar o de abuso del derecho, por lo que en definitiva indirectamente las cuestiones personales concernientes a la inconducta personal del cónyuge no pueden soslayarse.

En definitiva y mal que le pese a quien pretende ignorar la realidad de las miserias humanas, los jueces van a tener que interiorizarse sobre las conductas personales previas al divorcio.

Quien realmente valora la función jurisdiccional no puede ignorar que la ciudadanía reclama justicia y la justicia no se recrea ignorando la inconducta de quien es infiel, abandona, injuria o es violento, es decir de aquél que en definitiva lesionó el pacto de respeto y confianza recíprocas que debió honrar al contraer matrimonio²⁵.

²⁵ Otros prestigiosos autores afirman que no es conveniente eliminar toda apreciación de la culpa, debiendo el juez disponer de facultades para tenerla en cuenta a fin de introducir en el ordenamiento jurídico "consideraciones de decencia y de honestidad en las que seguramente está de acuerdo la gran mayoría de la gente. Tales juristas afirman que la postura de ignorar las culpabilidades tiene "el inconveniente de que, otorgar el mismo trato al bien y al mal, se pasa a pensar que el bien y el mal no existe. El cónyuge que con sus vicios o su crueldad hace imposible la subsistencia del matrimonio, por ejemplo, conforme a ese principio es acreedor a la pensión complementaria (compensatoria), si es más pobre, siempre que no viva luego maritalmente. La pensión presenta, así, una doble faz: para el cónyuge más pobre es un incentivo al divorcio, al asegurarle, una vez divorciado y libre de los deberes conyugales, la misma posición económica, y ello aunque sea el causante de la ruptura: quien ha abandonado a la familia, por ejemplo. Para el cónyuge rico es una barrera, pues sabe que si pide el divorcio, por graves que sean las culpas del otro, habrá de compartir con él sus ingresos. Por supuesto, la culpabilidad tampoco constituye una ventaja a estos efectos: el cónyuge inocente, tiene asimismo, en caso de desequilibrio económico desfavorable a él, derecho a la pensión", Lacruz Berdejo José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís "Derecho de Familia", Bosch, Barcelona, 1984, p. 262 citado por Fanzolato Eduardo I. en "Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges", Separata de la Revista 2001-1 de Derecho privado y comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág.25.

Modernamente tiende a desvanecerse la atribución de culpas en el divorcio; sin embargo, la desaparición absoluta de toda referencia a la culpa ofrece ciertas repulsas sociales que generan concesiones al sistema de divorcio sanción. Las leyes que reconocen los alimentos resarcitorios de posición perdida que en realidad, son alimentos resarcitorios a favor del inocente (arts. 207 y 218 del C.C.) o que consagran una genérica

En este sentido pedir que un juez valore un acuerdo, una petición de división de condominio, etc. ignorando quién se comportó abusando de su derecho o lesionando el principio de buena fe, es pedirle que ignore la realidad, e ignorando la realidad lo único que consagramos es la injusticia. Dar a cada uno lo suyo no es darle a todos los mismo, sino lo que cada cual se merece de acuerdo al modo en que eligió ejercer su libertad.