



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Publicación: La Reforma en Materia de Familia

Autor: Jorge A. Mazzinghi

CONSIDERACION GENERAL

El proyecto de Código Civil elaborado por la comisión designada por decreto 685/95, ofrece algunas novedades en lo que se refiere al derecho de familia que merecen un comentario breve, sin perjuicio del estudio mas profundo que pueda intentarse sobre ellas.-

Este primer artículo versará sobre la disciplina del matrimonio para abordar en sucesivas colaboraciones los temas referentes al régimen de bienes, filiación, patria potestad, entre otros temas que conciernen al derecho de familia.-

Cabe apuntar que los lineamientos generales no registran grandes modificaciones respecto de las normas vigentes, salvo las introducidas en el régimen de bienes del matrimonio, que han sido objeto ya de diversas apreciaciones y a las cuales me referiré mas adelante.-

Como es público y notorio, mi opinión no es favorable a las normas que disciplinan la familia en el ordenamiento vigente. Dije a su hora y sigo creyendo que la modificación del régimen de la filiación y la patria potestad, dispuesta por la ley 23.264, y la reforma del sistema matrimonial, que surge de la ley 23.515 y comprende la introducción del divorcio vincular, no constituyen progresos legislativos, sino claudicaciones que redundarán en el progresivo deterioro de la familia.-

Deploro, pues, que la oportunidad de la reforma no haya sido utilizada para corregir los errores mas gruesos en que incurrieron las leyes mencionadas, cosa siempre posible y deseable. Señalo, no obstante, que aún cuando la reforma no haya tocado los temas fundamentales, pretende atenuar algunos de los defectos de la legislación vigente. Es algo, pero de verdad, poco.-

I

DISCIPLINA DEL MATRIMONIO

a) Impedimentos

Llama la atención, al leer el art. 405 que enumera los impedimentos matrimoniales, que se omita toda referencia a los sordomudos, tradicionalmente enunciados como incapaces absolutos de hecho y como ineptos para contraer matrimonio (art. 54 inc. 4º). Si no saben darse a entender “en forma inequívoca, por escrito o de

otra manera”, como dice el actual inciso 9° del art. 166.-

El proyecto elimina la incapacidad del sordomudo y, junto con ella, su inhabilidad para contraer matrimonio, lo que suscita cierta perplejidad, en cuanto el acto de la celebración supone la expresión del consentimiento (art. 419), que no es fácil tomar en cuenta cuando el llamado a pronunciarla no tiene medio seguro de manifestarse, y quien debe recibir la declaración ignora el grado de comprensión con que un eventual gesto puede haber sido hecho.-

b) Celebración

En este capítulo la novedad que cabe señalar es la reimplantación del matrimonio por mandato, según lo admitía la ley 2393; posibilidad que quedó aniquilada cuando la ley 23.515 adoptó el sistema de “matrimonio a distancia” (arts. 173 y 174 del Código) y derogó el inciso 5° del art. 1881 que exigía poder especial “para contraer matrimonio a nombre del mandante”, vedando así la celebración por mandatario.-

Al tratar el tema he dicho: “No se advierte porqué, sin ventaja alguna que lo justifique, hemos incorporado este instituto (el matrimonio a distancia) en reemplazo del matrimonio por poder, cuyo mecanismo era mas simple y nunca dio lugar a problemas de significación”. (1)

El artículo 431 del Proyecto ofrece una razonable opción: “El matrimonio entre ausentes puede celebrarse por poder o a distancia...” y aclara que el poder debe ser extendido en escritura pública e indicar la persona con quien se faculta al mandatario a celebrar el matrimonio, restableciendo los requisitos que regían antes de la exclusión de este sistema.-

c) Derechos y deberes

Para resolver este aspecto de la convivencia matrimonial, el Proyecto recurre a un sistema que no difiere del vigente en lo fundamental, estableciendo que la “fidelidad, asistencia y alimentos”, se deben mutuamente entre los cónyuges (art. 435), y que ambos están obligados a cohabitar (art. 436).-

1) Alimentos

La equiparación del deber alimentario entre marido y mujer es un criterio que he criticado a su hora y cuya aplicación a la realidad ha exigido y exige a los jueces elaboraciones tendientes a mantener, a cargo del marido, la mayor responsabilidad en esta materia.-

El afán por equiparar absolutamente la situación de ambos contrayentes llevó a la adopción de este criterio, en cuya base hay mucho más un prejuicio ideológico que una ponderada apreciación de la realidad social a la cual había de aplicarse la norma (2).-

¹ Mazzinghi, Jorge Adolfo. Derecho de Familia. Tomo I nro. 139, pag. 310. Ed. Abaco, Bs.As. 1995.-

² Ver Derecho de Familia, Tomo II, nro. 232. Conf. Belluscio, Augusto C. “Observaciones al proyecto de ley

El Proyecto no sólo no ha enmendado este extravío legal, sino que lo agrava, en cuanto agrega a la escueta norma del art. 198, un segundo párrafo desafortunado: "El cónyuge que reclama alimentos del otro deberá probar la falta de medios personales para mantener el nivel de vida del que ha gozado hasta la formulación del pedido" (art. 435 in fine).-

La exigencia es insensata.-

El reclamo judicial de alimentos, por su índole, suele ser un recurso del que se vale quien no cuenta con la ayuda del otro, que le es debida según la ley del matrimonio. Obligar al demandante a probar un hecho negativo, como es la falta de recursos, significa poner una traba, a veces difícilmente salvable, a una reclamación cuya índole está implícita en la esencia de la vida conyugal.-

Dejo de lado la cuestión de la prueba negativa, que ocupa la atención de los procesalistas, para señalar que, en todo caso, lo que se sancionaría con este precepto es una inversión de la carga de la prueba, que resulta extraña al ámbito del matrimonio.-

En efecto, téngase en cuenta que el art. 622 del proyecto, lo mismo que el 370 del Código vigente requieren la prueba de ese extremo cuando se solicitan alimentos entre parientes.-

Pero no es admisible que el tema se trate, entre cónyuges, con el mismo criterio que rige en supuestos diferentes. La obligación alimentaria entre ascendientes y descendientes –adultos-, o entre hermanos, está condicionada por la necesidad de recibirlos. Los cónyuges se los deben entre sí con prescindencia de las circunstancias, porque tal prestación integra el plexo de las relaciones matrimoniales.-

Cuando se de el caso de que uno de ellos reclame alimentos al otro siendo así que dispone de abundantes recursos, lo razonable será admitir la prueba del demandado para acreditar la falta de necesidad del solicitante. Pero es arbitrario exigirle a éste que demuestre su necesidad.-

Se trata de una norma que, sin atenuantes, debería desaparecer del Proyecto si es que se persiste en el error de mantener como recíproca la obligación alimentaria entre cónyuges.-

2) Convivencia

No hay a este respecto novedades de interés, salvo la supresión en el art. 436 del segundo párrafo del art. 199 del Código, que autoriza a cualquiera de los cónyuges a intimar judicialmente al otro a reanudar la convivencia interrumpida.-

La razón de esta supresión puede residir en que, existiendo la obligación legal de cohabitar, la reclamación de su cumplimiento no tiene porqué ser reconocida de manera expresa. Sin embargo, el art. 447 del proyecto, que determina (a mi criterio fuera de contexto) la obligación conyugal de contribuir al sostenimiento de la

de matrimonio civil", L.L. 1986-E, pag. 1200; Vidal Taquini, Carlos H. Ley de matrimonio civil. Observaciones al proyecto. L.L. 1986-E-1094; Scala Jorge "Breve crítica exegética al proyecto de divorcio vincular", L.L. 1987-A-787.

familia, incurre en una aclaración igualmente obvia, al decir que “el cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación, puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga”.-

Sin perjuicio de esa supresión aparentemente privada de fundamento sólido, el capítulo relativo a los derechos y deberes del matrimonio termina con una disposición poco inspirada. Luego de establecer que “los cónyuges fijan de común acuerdo el lugar de residencia de la familia”, se agrega esta aclaración: “A falta de elección expresa se presume que la residencia familiar es aquella donde los cónyuges conviven”.-

La presunción no es realmente osada.-

Una familia reside en el lugar donde se encuentra, comprobación extremadamente obvia, que no contribuye a resolver el problema que de ordinario puede plantearse, y que consiste en decidir cual ha de ser ese lugar cuando ambos cónyuges disienten desde sus respectivos lugares de residencia.-

La ley vigente ni el Proyecto proponen una solución para resolver este conflicto. El proyecto originario de la Cámara de Diputados, que luego se transformó, con variantes, en la ley 23.515, preveía que en caso de disenso el juez fijaría el domicilio conyugal, norma que dio base a un severo comentario de Belluscio: “Es inconcebible que en caso de desacuerdo resuelva el juez. Resultaría ridículo que los esposos acudieran a solicitar al juez que determine donde deben convivir” (3).-

Por mi parte he opinado que el conflicto se origina en la tendencia según la cual “los prejuicios ideológicos prevalecen sobre el interés de la familia” (4), en función de la cual se equipara la facultad de fijar el domicilio, atribuyéndola a ambos cónyuges sin prever cómo se resuelve el conflicto en caso de desacuerdo.-

d) Separación y divorcio

El tema ha sido analizado con su habitual autoridad y precisión en un artículo del Dr. Eduardo Sambrizzi de reciente aparición (5), trabajo cuya lectura recomiendo para un examen mas detenido de los problemas que aborda.-

No obstante, me parece oportuno señalar algunos puntos de interés:

1) Pacto de indisolubilidad

El art. 513 mantiene inalteradas las normas del actual art. 230, que erige la disolubilidad del matrimonio en una cuestión de orden público y prohíbe a los contrayentes renunciar a pedir la separación o el divorcio.-

Tal como se ha dicho en numerosas ocasiones, y lo dijo el Juez Dr. Boggiano en su voto en minoría en la Corte, esta prohibición legal avanza sobre la libertad personal en cuanto impide que se convenga en contraer un vínculo indisoluble. (6).-

³ Belluscio, Augusto C. Observaciones al proyecto de ley de matrimonio civil” L.L. 1986-E, pag. 1200.

⁴ Mazzinghi, Jorge Adolfo. Derecho de Familia, Tomo II, nro. 229. Ed.Abaco. Bs.As. 1996.

⁵ Sambrizzi, Eduardo. “La separación y el divorcio en el proyecto de Código Civil del año 1998”. La Ley del 18 de agosto de 1999 (año LXIII- nro. 156)

⁶ C.S.N., 5-II-1998, E.D. 176-431.

Es muy obvio el argumento de que para mantener tal intención, bastará con que ninguno de los dos tome la iniciativa de separarse o divorciarse, pero lo cierto es que la prohibición legal impide que el matrimonio quede sustraído, por voluntad de quienes lo contraen, a la posibilidad de su disolución por divorcio.-

Hasta 1987 el orden público se expresaba en la indisolubilidad. Hoy se ha ido al extremo opuesto, y parecería que la sociedad tiene interés en que se pueda disolver el vínculo contraído.-

Es una lástima que la comisión reformadora haya desoído las opiniones vertidas al respecto por Boggiano y Gowland, (⁷), y también las expresadas por quienes propiciaron la opción entre un régimen de indisolubilidad y otro que admitiera la rescisión del vínculo. (⁸).-

1) Causales de separación y divorcio

La ley civil enuncia tradicionalmente los hechos que las partes pueden esgrimir en juicio para reclamar la separación legal o el divorcio vincular. Así lo hacía el art. 67 de la ley 2393, y lo hace el 202 del Código vigente, a través de una enumeración mas sencilla, pero sustancialmente precisa, que contiene, igual que la anterior, una causal residual –las injurias graves- en las que la doctrina judicial ha incluido aquellos supuestos que, sin encuadrar en los tipos previstos por la norma, constituyen un apartamiento de los deberes conyugales que revista una gravedad incompatible con la prosecución de la convivencia.-

El Proyecto ha variado sustancialmente este criterio, siguiendo algunos ejemplos extranjeros, y suprime toda enunciación de causas para sancionar, en su reemplazo, un criterio general, expresado en el art. 514: “Son causas de separación judicial los hechos de uno de los cónyuges que constituyan una violación grave o reiterada de los deberes derivados del matrimonio y hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común”.-

No comparto el criterio que inspira esta regulación.-

Como se ha visto, los deberes propios del matrimonio están enunciados de manera sumaria, en forma muy semejante a la que adopta la ley vigente (arts. 435 y 436) limitándose a decir que los cónyuges se deben fidelidad, asistencia, alimentos y cohabitación.-

Es verdad que las causales que hoy día enumera el texto vigente (art. 202 C. Civil) configuran violaciones a los deberes conyugales enunciados en los artículos 198 y 199, pero su ejemplificación les da una consistencia mayor e ilustra el criterio de los jueces sobre la manera de valorar los hechos aducidos, como ocurre específicamente con las injurias y el abandono, respecto de los cuales la ley determina aspectos que contribuyen a configurar la causal.-

⁷ Boggiano, Antonio. “El divorcio en la Corte”. Depalma, Bs. As. 1986, nro. 13.-

Gowland, Alberto Jorge. “Nuevo régimen del matrimonio civil”. Abeledo Perrot, Bs. As. 1989, pag. 106.-

⁸ Videla, Jorge Ricardo. Nuevo régimen del matrimonio civil. Abeledo Perrot 1989, pag. 161/162.-
Gallardo, Juan M. “Una alternativa ante la prohibición del matrimonio indisoluble”, en *Il Diritto Ecclesiastico*. Ed. Giuffré enero-marzo 1990, pag. 164/211. Von Ustinov, Hugo. *La Iglesia y el nuevo régimen matrimonial civil argentino*. E.D. 125-739.-

El texto elegido por la Comisión deja un campo notablemente mas amplio a la subjetividad de los cónyuges y a la libertad de los jueces.-

Repárese en que según la norma propuesta, la violación a los deberes propios del matrimonio puede ser “grave o reiterada”, con lo que un apartamiento sutil pero repetido de un deber no caracterizado por su precisión, como es la asistencia, puede ser invocado y admitido como causa de separación o de divorcio.-

La restante pauta que propone el texto es que los hechos en cuestión “hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común”, criterio que me parece insuficiente en una época en que la tolerancia –piedra de toque de la vida conyugal- no está de moda, y es frecuente oír mencionar la palabra que el texto emplea –intolerable-, aplicada a los hechos mas baladíes e insignificantes.-

La decisión de seguir en este aspecto el modelo francés, holandés y sueco que recuerda Sambrizzi, no me parece un acierto y creo preferible mantener una norma donde las causales se expresen con mayor consistencia.-

La visión liviana del matrimonio que tiende a prevalecer en nuestras costumbres gracias a la prédica de los medios, a los antejemplos que se promueven cada día y a las leyes que consagran extravíos, contará con una nueva ayuda legal –si el texto llegara a ser sancionado- que contribuirá a agudizar la crisis y a hacer cada vez mas volátil el yugo que une a quienes se casan (⁹)-

1) Compensación

La norma del art. 515 vuelve sobre un pequeño dogma, acuñado por la doctrina judicial, en virtud del cual “las injurias no se compensan”.-

La aplicación indiscriminada de ese criterio podría llevar a conclusiones disvaliosas al juzgar la conducta de los cónyuges que se enfrentan en un juicio de divorcio.-

Por eso los fallos han ido perfilando con mayor exactitud un criterio mas equitativo que a su hora he subrayado (¹⁰), y que de algún modo se plasma en la norma del art. 115 del Proyecto, conforme a la cual los hechos culpables del actor pueden quitar carácter grave a las imputaciones formuladas al demandado.-

1) Causal objetiva y enfermedad

Respecto de ambas causales, incorporadas al Código Civil por la ley 23.515, quedó expresado a su hora mi juicio negativo (¹¹), acompañado por otros de igual signo respecto de la enfermedad (¹²)-

⁹ . Mazzinghi, Jorge Adolfo. El yugo volátil. La Nación 24.V.1983.

¹⁰ . Mazzinghi, Jorge Adolfo. Derecho de Familia, Tomo 3 nro. 511 y fallo de la nota 55, pag. 121. Ed. Abaco 1996.-

¹¹ Mazzinghi, Jorge Adolfo. Derecho de Familia. Tomo III nros.524, 525 y 526, Ed. Abaco Bs. As. 1996.

¹² Goyena Copello, Héctor R. Las causales de divorcio proyectadas. L.L. 1986-E, pag. 1032; Gowland, Alberto Jorge. Nuevo régimen de matrimonio civil, pag. 154. Abeledo Perrot 1989; Belluscio, Augusto C. Observaciones al proyecto de ley de matrimonio civil aprobado por Diputados, L.L. 1986-E, y Manual de Derecho de Familia, Depalma 1993, nro. 228, pag. 388.-

El proyecto no ha llegado al punto –para mi deseable- de extirpar este infausto agregado a nuestra legislación matrimonial, pero ha tenido, por lo menos, la prudencia de moderar sus alcances, lo que no es suficiente, pero es algo.-

a) Condición de culpable

Por una parte dispone que el cónyuge que solicita la separación de divorcio invocando cualquiera de las causales citadas, que considera en el art. 516, “queda colocado en la misma situación que el culpable...”.-

Esta previsión, que ofrece algún alcance discutible, puede tener una consecuencia saludable, que es el desaliento que ha de suscitar en los interesados, la reflexión sobre las consecuencias que habrán de afrontar al poner en marcha un proceso basado en tales causas.-

Es cierto que ya en la ley vigente, y también en el Proyecto, las diferencias entre la situación del culpable y el inocente se han ido reduciendo cada vez más, pero subsiste aún la obligación alimentaria a cargo del culpable que establece el art. 207 del Código vigente y el 520 del Proyecto.-

La atribución de la condición de culpable al actor parece equitativa en cuanto su aplicación se limite a la causal objetiva. No lo es tanto si se trata de una demanda dirigida contra un alcohólico o drogadicto, tratados dogmáticamente como enfermos, en la ley vigente y en el Proyecto. En los casos –que no son pocos- en que tales vicios no tengan entidad patológica, el cónyuge víctima del alcoholismo o la drogadicción del otro, que reclame la separación alegando tales hechos, quedará en situación de culpable, siendo así que tal calificación no conviene a su conducta.-

b) Duración de la enfermedad

Por otro lado, la causal de enfermedad está levemente matizada en cuanto se requiere, para que pueda ser invocada como causa de separación, que haya tenido una duración de más de dos años.-

c) Cláusula de dureza

Por último, en ambos casos, (causal objetiva y enfermedad), se deja en manos del juez la posibilidad de rechazar la demanda cuando para el otro cónyuge la separación basada en la causal objetiva pueda producir “consecuencias materiales o morales de excepcional dureza”, o “consecuencias graves sobre el cónyuge enfermo”, si se trata del segundo supuesto.-

En ninguna de las dos hipótesis se menciona el interés de los hijos, tan enfáticamente proclamado en convenciones internacionales, como lamentablemente olvidado cuando se trata de las decisiones que los padres toman sin reparar en el perjuicio que les causan.-

No cabe duda de que la liberalización del divorcio, que se anota como una tendencia universal desde la década del 70, redundará en perjuicio de los hijos, víctimas inocentes de las desavenencias paternas.-

5) Mutuo acuerdo

La diferencia entre el 517 del Proyecto y el 205 del Código vigente son de matiz.-

La “presentación conjunta” a que alude el texto actual está reemplazada por la expresión “mutuo acuerdo”, idea que estaba latente a partir del primer antecedente de este sistema, que fue el art. 67 bis de la ley 2393 (¹³).- El art. 518 del Proyecto, acuerda al tribunal la facultad de declarar la separación o el divorcio (art. 527) si “llega a la convicción de que la voluntad de cada uno de los cónyuges es real y libre”. El art. 236 vigente, que ordena el procedimiento de este tipo de separación o de divorcio, dice que se decretará la separación “cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves”.-

Vale decir que la reforma traslada la cuestión decisiva para aceptar la petición de los cónyuges, de la gravedad de las causas a la voluntad de los solicitantes, con lo que afirma en cierto modo que la causa determinante de la sentencia no son tanto los motivos aducidos por quienes la piden, cuanto la voluntad de no seguir unidos, ya sea por la convivencia –en el caso de la separación- o bien por el vínculo, si se trata de divorcio.-

Aún cuando la situación no implique, en los hechos, una variación importante, en el plano de los principios legitima el divorcio sin otra base que la voluntad de quienes aspiran a obtenerlo. Y esto no valoriza el matrimonio sino que lo degrada.-

Finalmente el Proyecto reimplanta la norma del viejo art. 67 bis conforme al cual los efectos del divorcio por mutuo acuerdo son equivalentes al declarado por culpa de ambos cónyuges, norma que había sido eliminada por la ley. 23.515.-

¹³ Borda, Guillermo A. “La reforma de 1968 al Código Civil”, Ed. Perrot, Bs.As. 1971, pag. 427.-