



APUNTES DOCTRINARIOS

Y JURISPRUDENCIALES DE ACTUALIDAD

Foro de Abogados de San Juan





MATRIMONIO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL. Aciertos, desaciertos, coherencias e incoherencias. Realidad social y jurídica.

Ursula C. Basset¹

Les codes des peuples se font avec le temps: mais,
à proprement parler, on ne les fait pas

PORTALIS, Discurso Preliminar²

1. CAMBIO DE LAS FUENTES E INCIDENCIA EN UNA IDEA DE FAMILIA

Antes de comenzar, tal vez convenga indagar algunos cambios en el sistema de fuentes del derecho de familia que pudieron haber impactado o pueden resultar explicativos de los cambios trascendentes que se advierten en el Libro respectivo. Especialmente, quisiéramos poner de relieve tres cuestiones: una cancelación implícita, una supresión de hecho y una introducción parcial.

>La cancelación implícita corresponde a la retirada de la tradición jurídica en el Título preliminar

>La supresión fáctica de las costumbres en materia de familia

>La introducción de las fuentes de los Tratados (con posible sesgado)

La ausencia implícita es la que corresponde al derecho histórico, y a la preciosa trama jurisprudencial y doctrinal que ha enorgullecido a los argentinos desde las raíces de nuestra identidad. Autores tales como Lisandro Segovia, Baldomero Llerena, José Machado, Raymundo Salvat, Eduardo Busso, Héctor Lafaille, Juan Carlos Rébora.

Constituyen el entramado sobre el cuál se teje la tradición jurídica. Casi que estaríamos inclinados a pedir un minuto de silencio, de duelo, por una pérdida tan profunda de una identidad que es también genética (mal que pese a la regulación de las acciones de filiación en algunos casos). No es una cuestión de mera melancolía, es la constatación de una refundación con una consecuente pérdida real de fuentes jurídicas de interpretación. No hay que olvidar que los grandes Códigos que han sido lumbreras en Occidente, conservan su estructura fundacional, probablemente con la excepción del Código Civil Italiano, cuya reforma esté tal vez muy ligada a un contexto específico de posguerra. Francia no ha cambiado su Código Civil, ni Suiza, ni Alemania, ni siquiera España, a pesar de José Luis Zapatero, tan afecto a reformas. El ejemplo más inmediato de nuevos Códigos Civiles (y que han inspirado otros anteproyectos argentinos) son el Código de Québec y el brasileño. Hay que decir que el último, inspirado en el pensamiento de Miguel Reale, tenía como objetivo ser un

código del hombre común, y por ello, ser fiel a las costumbres sociales y jurídicas vigentes antes de la reforma. Y esto nos da pie para el segundo punto. La supresión fáctica de las costumbres sociales como fuente jurídica del anteproyecto, ocurre casi exclusivamente en materia de familia, y más específicamente, en materia de relaciones personales. En este aspecto, el presidente de la Comisión de Reformas no cumplió con su palabra de no ir a contrapelo del sentir de la doctrina y de la gente. Vélez decía en su nota tan gastada de tanto leída que: "Los extremos no podían satisfacer ni la conciencia de los pueblos cristianos ni las relaciones indispensables de las familias, ni menos las necesidades sociales. Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación cualquiera. La sociedad no marchará a la par de las leyes: serían necesarias tantas excepciones al contrato, que vendrían a quedar sin

1. Abogada (UBA). Doctora en Ciencias Jurídicas (UCA). Miembro del Comité Directivo de la Academia Internacional de Derecho de Familia. Profesora e Investigadora en Derecho de Familia.

2. Cita que además encabeza el célebre comentario de Eduardo Busso, al Código Civil que está por modificarse.

3. REALE, Miguel, "Visão geral do projeto do Código Civil", en <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcch.htm> (27/6/2012)



ninguno de los principios que rigen a las convenciones particulares.” (Curioso que hoy, con la regulación prevista, estemos en la misma circunstancia propugnada por Vélez, pero a la inversa: los contratos son más exigentes que el matrimonio, por lo cuál es necesario flexibilizar el concepto de contrato para entender la nueva idea de matrimonio que es bien dispar de él). Vélez decía también, esta vez respecto de los regímenes económicos del matrimonio: “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 menos felices a los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país”. Vale resaltar que Vélez era un verdadero sociologista del derecho. Él constataba cuáles eran las costumbres sociales y legislaba para que la ley no provocara cambios, sino que respetara las necesidades y costumbres del país. El nuevo Código, acaso sólo en materia de familia ha legislado instituciones totalmente ajenas a las necesidades o reclamos sociales. Aún para la ley 26.618, un grupo minoritario alcanzó a redefinir una institución de toda la sociedad. Hoy sin reclamos sociales y con criterios ajenos a las costumbres argentinas, sólo el capítulo de relaciones personales de familia introduce cambios propios de otras costumbres sociales. Finalmente y en tercer lugar, la introducción de los Tratados Internacionales⁴ como texto explícito del Proyecto de Código Civil, en dónde es necesario mencionar una particularidad, que nos ha parecido poco advertida por la doctrina.

ARTÍCULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

ARTÍCULO 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Por dos veces el texto proyectado se refiere a la interpretación y por dos veces incorpora a los tratados. Sin embargo, en un caso se refiere a los Tratados en los que la Argentina es parte (dejando como una suprema instancia hermenéutica la jurisprudencia (nacional (?), lo cuál es de suyo notable) y en un segundo caso se refiere a los tratados a secas. Cabe preguntarse si la segunda mención omite la suscripción de la Argentina en forma deliberada o no, sobre todo a la luz de una última jurisprudencia de la Corte Nacional. En todo caso, la constitucionalización del derecho de familia es un tópico instaurado. Y ha sido mi Maestro quién con toda claridad ha dicho que esa constitucionalización con frecuencia implica una apertura

de la norma civil, que genera inseguridad jurídica, por cuanto admite cualquier interpretación, según la tesis abierta de las normas a veces programáticas pero siempre abstractas del derecho internacional. Y así ingresamos al segundo punto de nuestra exposición.

2. COMPRENDER EL NUEVO PARADIGMA: LOS PRINCIPIOS Y LA MENTADA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FAMILIA.

En la carátula del título de matrimonio, lo primero que se lee es la referencia a los principios de igualdad y libertad. La libertad no es desarrollada como principio aunque trasunta toda la regulación. La sola enunciación, por otra parte, es indicativa para el Juez. En tanto que la igualdad es enunciada en el Art. 402 en los términos siguientes:

ARTÍCULO 402.-

Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual

4. Para un análisis complejo del asunto de la constitucionalización del Derecho Civil pueden verse los profundos análisis del Dr. Pascual Alferillo sobre la materia. Ha expuesto estas ideas a partir de las variadas ramas del Código Civil. Recordamos especialmente su conferencia en las recientes Jornadas de Derecho Civil de San Juan (2012) y la conferencia publicada en el ciclo “Maestros del Derecho” en la Universidad Abierta Interamericana, Facultad de Derecho, Buenos Aires (2011). Con ligeros matices diferenciales, la constitucionalización del derecho civil ha sido un tópico vastamente abordado por la doctrina. En la doctrina de derecho de familia es inexcusable la consulta de la doctrina sentada por Aida R. Kemelmajer de Carlucci sobre el particular.



sexo.

Si los codificadores han querido enmarcar la regulación de la familia sobre la base de estos dos principios rectores, no cabe duda de que cualquier abordaje del matrimonio debe comenzar a la luz de estos principios inspiradores de la reforma.

a) El principio de libertad

La idea de libertad no resulta enunciada. La doctrina trata eventualmente de forma indistinta la idea de libertad y la de autonomía en las relaciones de familia, entendiendo estos conceptos como intercambiables⁵. El nuevo derecho de familia privilegiaría de esta forma la autonomía de la voluntad –libertad como un principio rector. Se ha señalado que en el año 1994 se ha producido un quiebre que incide primordialmente en un nuevo “orden público familiar”.⁶ Se ha señalado que hay un “cambio de paradigma”, con una “nueva axiología jurídica”.⁷ Así pues la reformulación del derecho de familia implica una “recreación” de los valores.⁸ Para una de las autoras de los textos que regulan el matrimonio –Nora

Lloveras- “estamos en condiciones de afirmar que la carta magna (sic) y sus preceptos libertarios autorizan a los cónyuges a dispensarse de sus deberes matrimoniales... la base y sustancia del matrimonio están implícitas en... cada proyecto de vida, y no es necesario ni aconsejable que el legislador imponga un proyecto de vida”.⁹ En fin, se trata de un “giro copernicano”,¹⁰ cuyo nuevo peso central es “asegurar los beneficios de la libertad” de intimidad¹¹ en los términos del Art. 19 de la Const. Nacional.¹² Se trata de una visión que privilegia los derechos individuales¹³ a un proyecto de vida autorreferencial que merece reconocimiento por el hecho de ser tal y con independencia de su contenido, más que en los derivados de una idea institucional de familia o de la importancia de la familia en tanto que institución con un perfil definido al servicio de determinados fines sociales. El Art. 19 se entiende imperativo principalmente en cuanto garantiza que “las acciones privadas de los hombres...”, pero se desvanece la idea de una moralidad pública que

resultaría ajena por el individualismo libertario¹⁴ que preside esta hermenéutica constitucional.¹⁵ El Estado debe ser neutral frente a los proyectos de vida en juego. Se trata de un derecho de familia que privilegia el individuo a la sociedad, aparentemente neutral, toda vez que la autonomía es el valor principal, se privilegia al individuo adulto y capaz por sobre el débil y dependiente. Hay que ver que la autonomía es un recinto privilegiado al que sólo accede el que tiene competencia.

b) Principio de igualdad

En cuanto a la protección de la igualdad, conviene detenerse en el concepto de igualdad que subyace. El problema de la enunciación genérica sin elucidación concreta deja en ascuas sobre un aspecto urticante: la protección del débil. La igualdad es el componente formal del derecho. No obstante, esta igualdad se expresa tanto en un tratamiento igual de los iguales (prohibiendo la discriminación injusta), como estableciendo estatutos especiales favorables a un segmento social débil (como en

6. LLOVERAS y SALOMÓN en LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Editorial Universidad, 2009, p. 76

7. LLOVERAS y SALOMÓN, El derecho de familia..., ibid.

8. Interesantísima y sugerente expresión de LLOVERAS y SALOMÓN en LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, El derecho de familia ..., ibid. En el caso de los autores mencionados la “recreación” se refiere al derecho de familia en torno a su constitucionalización, cuyo valor central es la libertad de intimidad.

9. LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, El derecho de familia ..., p. 287

10. LLOVERAS, SALOMÓN, El derecho de familia..., P. 46. Se afirma en el pasaje aludido que la constitucionalización implica tomar como centro a la persona; pero de la lectura en su conjunto se advierte que el concepto de persona es más bien el individuo, y que sobre todo se garantiza su “libertad de intimidad” (p. 71, p. 76, 77 109 y passim), bien supremo a tutelar. Persona se opone a familia y a sociedad (de ahí la idea de individuo, como sujeto separado), y la familia sólo es objeto de protección qua colectivo compuesto de derechos individuales a tutelar (p. 41, 48, 51 y passim).

11. LLOVERAS y SALOMÓN, El derecho de familia..., p. 107.

12. Ibid. También ver a los mismos autores, p. 76-77 y passim.

13. La tutela prioritaria de la protección de la familia sería sólo a la persona humana, no tanto a la familia como colectivo social. (LLOVERAS y SALOMÓN, El derecho de familia..., p. 46, 48 y 51).

14. La noción de “libertario” aparece explícitamente en la obra de LLOVERAS y SALOMÓN, El derecho de familia..., cit., p. 286, a la que nos hemos referido específicamente, por ser la autora a su vez correectora del Libro de Familia.

15. Estrictamente hablando, el Art. 19 define el orden público para los autores citados. Ver LLOVERAS y SALOMÓN, El derecho de familia..., cit., p. 71.



el derecho de los consumidores). Algunas tendencias en el derecho de familia, reciben con énfasis predominante la equiparación de presuntos iguales. En este sentido, extraen como consecuencia de la igualdad la equiparación de potestades de mujeres y varones, el apellido, la potestad de gestión y administración, etc. Es muy bienvenido este aspecto de la igualdad.¹⁶ No obstante, la igualdad supone también un segundo aspecto: la protección del débil o el status debole, en palabras de Guido Alpa.¹⁷ Hay grupos vulnerables a los que el derecho debe responder con una regulación protectoria. Es el caso notablemente actual de las mujeres, los ancianos y los niños.

Especialmente, si se van a enunciar principios, nos parece contrario al espíritu y a la letra del bloque de constitucionalidad la omisión del principio de protección del interés del niño en el acápite de disposiciones generales del Título, como una exigencia de la constitucionalización del derecho de familia.¹⁹ Los niños no sólo requieren estructuras de protección directas, sino también indirectas. El derecho tiene que ser paidocéntrico, porque los niños son el futuro de la humanidad (además del mandato constitucional que así

nos obliga). Los niños tienen derecho a una familia. Tal vez sea precisamente esta omisión la que explique el tenor de algunas de las previsiones jurídicas en materia de derechos emergentes de la filiación que suponen de alguna forma el renacimiento de las categorías de hijos según su nacimiento o forma en que los adultos eligieron concebirlos.

c) El caso de los principios constitucionales ausentes o el asunto de la enunciación sesgada.

Con todo, es aquí a dónde llega nuestra primera observación. Es notable que en la carátula no aparezcan además otros mandatos que sí aparecen en nuestra Constitución o en los Tratados, y sin embargo no se ven reflejados en la carátula del Código.

En primer lugar, el mandato de protección de la familia. Se entiende que en el marco de ideas que hemos postulado, la institucionalidad de la familia queda más bien relegada para privilegiar los derechos de los individuos en las relaciones familiares. Pero, de esta forma, sin quererlo tal vez, nos parece que se opera una selección sobre los contenidos imperativos de la Constitución que presuponen una institucionalidad social, jurídica y política de la familia. Tanto

que fuera de las relaciones económicas entre los cónyuges (caso en el cuál de mi parte ha sido introducido el concepto con deliberación), la antigua idea de interés familiar aparece tan sólo póstumamente —cuando ya no hay familia— para resolver conflictos atinentes a la vivienda familiar. Única excepción a este supuesto es la asombrosa incorporación del interés familiar para impedir o admitir que los hijos menores con doble vínculo filiatorio ingresen a órdenes religiosas, administren sus bienes, salgan del país o estén en juicio (con dudosa compatibilidad con la CDN, que indicaría la referencia al interés del niño, por lo menos, en estos casos-).²⁰

Curiosamente, tampoco aparecen dos otros principios: el de la protección del niño y el de la persona con discapacidad. En unas recientes jornadas en la Universidad de Buenos Aires, algunos juristas han señalado que el nuevo Código Civil, sobre todo en su segmento de filiación extracorpórea ha establecido una jerarquía u orden de prelación axiológica que no pueda hallarse reflejado en las fuentes del derecho internacional implicadas. Así, en la regulación de la filiación, el privilegio de los derechos de adultos por sobre el derecho a la identidad de los niños o el de acceso a la justicia o aún el de

16. Es el caso, por ejemplo, de LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, 2008, p. 109-113 y pp. 339-406. Una perspectiva semejante, aunque con matizaciones, se advierte en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, T. I, pp. 358-506, en dónde, sin embargo se encara el asunto de la "perspectiva de género", que podría habilitar una corrección de la desigualdad. Sin embargo, el acento está puesto sustancialmente en la "igualación", más que en la corrección en virtud de la debilidad. Los enfoques son correctos, pero requerirían adicionar el problema de la persistente debilidad de la mujer en las relaciones heterosexuales.

17. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 214 y ss.

18. Guido ALPA, propone, por ejemplo, interpretar el derecho privado a la luz de una fragmentación de la idea de status, que tenga en cuenta, por ejemplo, el status del débil. En su *Status e capacità. La costruzione giuridiche delle differenze individuali* (Roma-Bari, 1993) había sostenido: "gli status di un tempo sono sostituiti dagli status di oggi: il consumatore di prodotti, il risparmiatore, l'utente di servizi, il cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione, [dunque] non si assiste ad una riviviscenza degli status tradizionali ma si assiste ad una riproposizione de llo status in formule differenziate che colgono aspetti diversi delle personalità". En particular subraya el "status deboli", (p. 34 y 38). La misma idea desarrolla en ALPA, Guido, *Compendio del nuovo diritto privato italiano*, Torino, 20002, UTET, p. 357 y ss.

19. Hemos coincidido en propiciar la incorporación de este principio en el área patrimonial con Néstor E. Solari, en una publicación casi simultánea sobre el tema (la de él en *La Ley*, la nuestra en *Jurisprudencia Argentina* en el año 2010).

20. Arts. 471, 506, 522, 645 y 721, del denominado "Texto para las editoriales"



igualdad, es muy notable. En cambio, sí se privilegia el derecho de todas las formas posibles de parejas de dos personas al acceso a la paternidad. En este sentido, en lo que se refiere al matrimonio, hubiéramos recibido con beneplácito que ya que se incorporaba la libertad y la igualdad, se incorporaran también explícitamente otros principios tales como la protección del niño en los procesos de divorcio, la mujer y la persona con discapacidad en el régimen de bienes matrimonial y en el régimen de efectos personales, consagrado tan explícitamente como resulta consagrado el principio de autonomía. No es que el Código no los haya incorporado en algunas legislaciones protectorias, simplemente que ya que el capítulo se abre con una enunciación de principios, daría la sensación de que enunciar unos prescindiendo de otros implica una selección o directriz para el intérprete que deberá privilegiar esos sobre todos los demás.

Aquí, también corresponde señalar que la Constitución Argentina, no sólo se refiere a individuos, sino también a instituciones. La protección de la familia es un mandato constitucional que puede reducirse a la protección de los derechos humanos de sus integrantes, sin vulnerar la hermenéutica literal y armonizante de dicho texto con los Tratados de Derechos

Humanos. Proteger la familia y también, el bienestar general derivado de tal promoción, implica coadyuvar a fortalecer los vínculos familiares, y no sólo facilitar la estrategia de salida de los compromisos derivados de las opciones personales en materia de familia.

d) Balance respecto de los principios

De nuestra parte, consideramos que sería preferible que el Código Civil contuviera enunciados concretos, al modelo del brasileño. Ahora bien, si se opta por enunciar, no se puede hacer una enunciación sesgada que omita principios constitucionalmente e internacionalmente obligatorios. En consecuencia, deberá señalarse también (como de hecho se regula en algunos aspectos del proyecto), la corrección del que se encuentra en una posición más débil. Sobre esto, sigue diferenciándose la posición de la mujer en la relación heterosexual, respecto de la posición de los demás actores en los demás tipos de relaciones. Por último, nos hubiera gustado que se hubiera enunciado en concreto la protección del interés del niño y de las personas con discapacidad como un principio vertebral del derecho de familia. En materia de régimen de bienes, se verá que los principios no se encuentran enunciados, por que Augusto Belluscio, nuestro decano de

subcomisión, era más bien refractario a introducir cláusulas abiertas en disposiciones civiles.²¹

3. MATRIMONIO Y PROYECTO DE VIDA AUTORREFERENCIAL: DERECHOS Y DEBERES, CONSISTENCIAS E INCONSISTENCIAS.

Volviendo sobre la idea de autonomía y de proyecto de vida que aparecen en el primer artículo que se refiere a la esencia del matrimonio, nos parece además que existe una contradicción teórica. El Art. **Capítulo 7. Deberes de los cónyuges. 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. Los cónyuges se deben asistencia recíproca.

El proyecto, en los artículos respectivos a los derechos y deberes de los cónyuges consigna exclusivamente el deber de asistencia (Art. 431). Ese deber de asistencia, a estarse a la letra del articulado, se ciñe exclusivamente a los alimentos (Art. 432 y 434) y las pautas de su fijación (Art. 433). Aquí hay tres problemas a analizar: a) consideraciones de naturaleza general sobre la supresión de los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia; b) aspectos relativos a la supresión del deber de fidelidad; c) aspectos relativos a

21. Conforme su opinión expresada en BELLUSCIO, Augusto C., Reportaje, Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Ed. El Derecho, 2011, Abril, Nº 5, p. 11.

22. GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ, HERRERA, Derecho Constitucional de Familia..., cit, T. I, p. 29. Nótese que la posición de LLOVERAS y SALOMÓN en El derecho de familia desde la Constitución Nacional, nada dice de suprimir los deberes de cohabitación o fidelidad, sino que sólo sugiere que se permita su dispensa entre los cónyuges de común acuerdo (p. 287, op. Cit), para que la ley civil condiga "con los preceptos libertarios" de la Carta Magna que permiten elegir un proyecto de vida. Adviértase al respecto, que como decimos en el cuerpo, nada impide que los cónyuges privadamente elijan su proyecto de vida de común acuerdo en la legislación actual.

la supresión del deber de cohabitación y sus derivaciones; d) la reducción del deber de asistencia a las obligaciones de contenido económico y sus derivaciones.

a) Observaciones de naturaleza general

Comenzaremos por realizar algunas observaciones de naturaleza general, para luego avocarnos al análisis de los tres puntos expuestos.

Alguna doctrina había considerado que los deberes entre cónyuges eran materia de privacidad, salvo en lo que respecta al derecho-deber alimentario, que se consideró de orden público.²² Dicha doctrina consideraba que tanto el derecho de cohabitación como el deber de fidelidad integran el marco del Art. 19 de la Constitución Nacional.

No obstante, el derecho nunca vedó los pactos implícitos que los cónyuges realizaban entre sí. Como dice Carbonnier, los cónyuges no viven Código en mano, de modo que sus costumbres privadas no ingresan en la órbita jurídica. Julien Oudot y Charles Demangeat, en obra publicada en 1867 al comentar el Código Civil de Napoleón (conservador si los hay en materia de familia) sostenían:

“La ley no evita que el marido y la esposa tengan residencias separadas, si ese género de vida es el resultado de un acuerdo mutuo.”²³

Igualmente, sostenían que el matrimonio no entraña tampoco necesariamente el deber de “cohabitación íntima”, ambos esposos de común acuerdo,

pueden suspenderla.²⁴ El filósofo jurídico de Lille, Xavier Labbé, señala que los “pactos de libertad” están abiertos al matrimonio, pero el asunto se plantea en la ocasión del divorcio.²⁵

Entonces:

i. La primera consideración general que se plantea es que la autonomía de la voluntad de los esposos y el derecho a la privacidad ya no está en juego. Los esposos son libres de pactar ad intra de sus relaciones conyugales con el derecho actualmente vigente, cualquier tipo de modalidad relacional. Si están de acuerdo, no hay un delito de acción pública que pueda inhibir el ejercicio de la libertad relacional de los cónyuges. Atención: decimos con el derecho vigente, porque el Código proyectado, contradictoriamente prohíbe todo pacto entre cónyuges, salvo el de elección de régimen –bastante restringido-. Dos cláusulas lo prohíben: de un lado el Art. 436 que prohíbe la renuncia al divorcio, de otra el Art. 439 que limita las convenciones prenupciales a las expresamente reconocidas.

ii. Quiere decir que el problema se plantea exclusivamente en el caso de que un cónyuge quiera tener relaciones extraconyugales y el otro no. O en el caso de que un cónyuge quiera abandonar el hogar conyugal y el otro quiera permanecer. Es decir, no en el caso del común acuerdo (ya comprendido en la legislación vigente), sino en el caso de la asimetría: cuando un cónyuge es víctima de abandono o infidelidad. Es decir, lo que

queda desprotegido es el derecho de la víctima.

iii. Decimos que con la legislación vigente, este tipo de conductas estaban convalidadas. Y de hecho es así. En el derecho francés la jurisprudencia ha recogido con frecuencia el caso de connivencia: vale decir cuando ambos cónyuges participan de un tipo de relación semejante, la sanción jurídica a la conducta no se aplica (Por ej. en el caso de los “swingers”, “open marriage”, o cualquier otro modelo relacional –nótese que no es casualidad que la denominación se mantenga casi siempre en la lengua inglesa, lo que demuestra una ajenidad a nuestras costumbres de estas prácticas). En la Argentina, generalmente se aplicaba la regla de culpa concurrente.

iv. En el caso del derecho de cohabitación, la reflexión doctrinal sobre la separación de hecho fue preclara, en el sentido de inculpar también al que demuestra desinterés o falta de voluntad de unirse, aunque sea con posterioridad. El cónyuge separado de hecho por abandono de uno de los cónyuges, si no realiza acción alguna para retomar la convivencia o él mismo realiza acciones que indican su falta de voluntad de unirse, no puede invocar a su favor los beneficios de la inocencia. No es que el derecho convalide con el Código actual el derecho a no cohabitar. El derecho no ingresa dónde los cónyuges no lo quieren hacer ingresar. Ahora bien, si se evidencia que ambos faltaron al deber de cohabitación, el

permiten elegir un proyecto de vida. Advertirse al respecto, que como decimos en el cuerpo, nada impide que los cónyuges privadamente elijan su proyecto de vida de común acuerdo en la legislación actual.

23. OUDOT, Julien, DEMANGEAT, Charles, Du Droit de Famille, Marescq Ainé, Paris, 1867, p. 58 : « La loi ne défend pas au mari et à la femme d'avoir résidences séparées, si ce genre de vie exceptionnel est le résultat de leur accord mutuel ».

24. Ibid.: “Le mariage n'entraîne pas nécessairement l'obligation de la cohabitation intime...”.

25. LABBÉE, Xavier, Les rapports juridiques dans le couple, sont-ils contractuels ? Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1996, p. 76.



i. derecho niega beneficios a ambos por igual.²⁶ Más aún, la costumbre tantas veces censurada como nula, de firmar pactos de separación de hecho; invariablemente produjo el efecto de dar por consentida la separación (doctrina de los propios actos) y en consecuencia invalidar el reclamo posterior del que quisiera invocar la inocencia. Vale decir: el derecho no desvela lo que los cónyuges quieren guardar en su intimidad; pero si alguno de ellos o la las circunstancias lo exponen, trata a ambos como responsables de la ruptura. Lo cuál es, ni más ni menos que la verdad, pero dejando a salvo los derechos de la víctima (es decir, de quién no consintió).

ii. El caso de la fidelidad también ha sido tratado en el derecho como un supuesto en el cuál si había acuerdo entre ambos cónyuges la sanción recaía sobre ambos por igual. En tanto, si la conducta no resulta desvelada al momento de la querrela de divorcio, carece de relevancia jurídica. En el derecho francés, algunos fallos han negado la acción de infidelidad al cónyuge culpable de la misma acción. Se desarrolló la doctrina de la "connivencia" que excluye la acción sobre el tema. En cambio, cuando uno de los cónyuges es víctima de la infidelidad del otro, o se ha obligado a ejercer la prostitución o la infidelidad con alguna forma de coacción, la

doctrina de la connivencia no se aplica y es posible demandar al cónyuge culpable. Vale decir que la libertad y autonomía privada de los cónyuges queda incólume sin derogar el deber de fidelidad: en cambio, se deja a salvo a la víctima. En el derecho argentino hubo un precedente apasionante en que ambos cónyuges habían mantenido relaciones swingers con terceros.²⁷ Uno de ellos intentó acusar al otro de infidelidad. Si bien el fallo termina girando hacia la culpabilidad de ambos por injurias graves, lo cierto es que hay una elocuente referencia: (La actora) "...admite haber aceptado la práctica "swinger", la que "consintió" sólo "a fin de reconstruir" su matrimonio "y hacerlo feliz" (n. b. a su esposo). Nadie "consiente" adoptar conductas de esa laya durante trece años, máxime cuando se tienen dos hijas y hasta una nieta con la que se convive y se tiene bajo su cuidado, sólo para "reconstruir un matrimonio" y menos aún, para "hacer feliz" al cónyuge, si no lo hace por placer, por gusto, por satisfacción o por lo que fuere."

iii. Adviértase la relevancia que confiere en este caso la Cámara al "consentimiento" de la esposa. Demuestra un giro semejante al de la doctrina francesa: la connivencia priva de acción.

En síntesis:

>Si los esposos pactan privadamente y no emerge a la

luz tal pacto, al derecho no le interesa indagarlo;

>Si surge a la luz, y ambos han actuado el proyecto de vida común, el derecho lo considera igualmente irrelevante;

>El único caso en que el derecho no lo considera irrelevante es cuando uno de los cónyuges tenía una expectativa y fue defraudado, o cuando fue forzado a una práctica que no comparte (piénsese sobre todo en el caso de las mujeres o peor aún: de la trata).

En ese último caso, la ley al suprimir el deber de fidelidad o cohabitación convalida la conducta del abandonante o del adúltero, dejando a la víctima sin acceso a la justicia.

Decimos sin acción, porque pudiera parecer que las acciones del derecho civil subsisten y la víctima podría ver resarcido el sufrimiento padecido con alguna acción de daño moral o incluso físico (si devinieran somatizaciones por el trauma, por ejemplo). Pues esto ya no será viable, puesto que la acción carecería de causa: no se configuraría la ilicitud que es requisito de la acción de reparación. No hay ni sanción especial del derecho de familia, ni la sanción general que nacería del derecho civil. La víctima quedará sin la sanción especial derivada del derecho de familia, y sin la sanción general que podría provenir del derecho civil en virtud de la infracción de un deber familiar.

26. La cuestión de los efectos de la separación de hecho ha sido definitivamente abordada en la obra de KEMELMAJER de CARLUCCI, Separación de hecho entre cónyuges, Astrea, Buenos Aires, 1976. Ver especialmente los capítulos II y VI, para los efectos personales y patrimoniales. Sigue siendo una obra referencial. Recientemente, ha sido vuelta a tratar por una de las autoras del texto que aquí se analiza en una notable producción: CHECHILE, Ana María, La separación de hecho entre cónyuges en el derecho civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, publicada precisamente a los 30 años de su antecedente. En 1961 consta el antecedente de la obra de MORELLO, que quedó desactualizada por la incidencia de la reforma de 1968.

27. Caso "R. E. c/ C. M. A. s/ Divorcio", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 12/07/2010

Insólitamente, y después de los trabajos brillantes inaugurados por Salvatore Patti en Italia, se reincorporaría en la familia por vía oblicua, la doctrina de la inmunidad.

b) El deber de cohabitación

Ya ingresando a analizar la proyección de la supresión de cada deber en particular, **respecto del deber de cohabitación** debe tenerse presente que el derecho se ha elaborado durante siglos, y por lo tanto cada instituto tiene su razón de ser. Al derribarlo, caen lógicamente todos los institutos dependientes de él. Con el deber de cohabitación sucede lo propio. Algunas consideraciones que advertimos en el Anteproyecto al respecto son las siguientes:

- i. No parece razonable exigir la cohabitación después de haber recuperado la salud en el caso de las nulidades por impedimento de salud. Si la cohabitación no se exige en el matrimonio, ¿por qué sería exigible en para confirmar una matrimonio nulo (Art. 424)? De la misma forma, si a los cónyuges no se les exige la convivencia, no se explica por qué es relevante que cohabiten 30 días para extinguir la acción de nulidad. Debe buscarse otra causal de extinción, toda vez que la vida conyugal plena se lleva a cabo sin que haya necesariamente cohabitación (Art. 425).
- ii. El deber de cohabitación fijaba el domicilio conyugal (Art. 717).²⁸ El domicilio conyugal dice relación con el derecho privado (deudas de los cónyuges, domicilio del hijo menor, entre otras cuestiones), como con el

derecho internacional privado (es un punto de conexión).

- ¿Cómo se determina el domicilio conyugal si no hay deber de cohabitar? Tal vez, sería conveniente definirlo.
- iii. El deber de cohabitación hace nacer la protección especial a la vivienda familiar. Si cesa la cohabitación, ¿cómo se establece la vivienda conyugal o familiar? Hay que atender a que la regulación actual que aparece en los Arts. 245 y 246, admite que ser registrada por el cónyuge o el conviviente y dura la protección mientras uno de los beneficiarios siga habitando de hecho el inmueble (Art. 247). La afectación es inoponible a acreedores de causa anterior a esa afectación (Art. 249). De la lectura armónica de este texto con las normas de familia, se sigue inevitablemente –salvo error mío– que podría haber más de una, en detrimento de los acreedores.
- iv. No resulta claro qué debe entenderse por convivencia y separación de hecho. Derogado el deber de cohabitar, tal vez debería definirse que es convivir y cuando se está separado de hecho. Si no es obligatorio cohabitar, no se advierte por qué podría tener relevancia jurídica autónoma el instituto de la separación de hecho. Por otra parte, cabe preguntarse qué es estar separado de hecho. Cuánto tiempo es necesario no convivir para que deba entenderse cómo separación de hecho, por ejemplo. Así las cosas, nos parece que la separación de hecho podría ser hoy una institución jurídica irrelevante para el derecho, al menos tan irrelevante como la obligación

de cohabitar. Si los cónyuges no están obligados a cohabitar, no se explica por qué sería relevante que no tengan voluntad de unirse. Sin embargo, estos términos son utilizados una veintena de veces en el Código Civil proyectado. En este sentido, se advierte la proyección de esta ambigüedad en materia de ejercicio de la responsabilidad parental, en el cuál la convivencia y la separación de hecho causan efectos diferenciados. Sin embargo, no se advierte cuál es la solución en el caso de que no haya cohabitación pero sí voluntad de unirse eventualmente o incluso de vivir separados como materialización de un proyecto de vida (¿se rige por la convivencia o por el caso de separación? ¿qué sucede si los padres viven en países diferentes?). En fin, que tal vez sería conveniente despejar estas ambigüedades a fin de evitar el aumento de litigios por falta de claridad del texto legislativo.

v. Para ser coherente, deberían eliminarse todas las consecuencias de la separación de hecho. Si la cohabitación no es relevante, no existe causa para regular en función de la convivencia o separación de los cónyuges. No hay obligación de unirse que surja del matrimonio, dado que ésta surgía del deber de cohabitación, que traía implícitos los fines unitivos del matrimonio; que, con la nueva redacción, fueron derogados. Así, la retroactividad de los efectos de la sentencia de divorcio a la separación de hecho sin voluntad de unirse, carece de causa jurídica (Art. 480). Si los cónyuges tienen

28. Tomo esta sugerencia de una conversación con el Dr. Néstor Solari.



obligación jurídica de unirse ni de cohabitar, no hay causa para anclar los efectos a la separación de hecho sin voluntad de unirse: no hay ilicitud, porque no hay deber roto. El estado de cosas de estar separado de hecho sin voluntad de unirse pasa a ser parte de una vida marital plena, puesto que los cónyuges pueden convenir estar separados de hecho sin voluntad de unirse (viviendo en el Canadá, como dijimos, uno; y en Francia, el otro) sin alterar en nada la esencia del matrimonio.

VI. La cohabitación está íntimamente vinculada al deber de fidelidad, y como tal, a las presunciones de filiación derivadas. De hecho, tampoco cabría en teoría hacer cesar la presunción por separación de hecho (como en el Art. 566). En realidad, las presunciones, para ser coherentes, deben desaparecer, porque se fundan en la unión de los cónyuges que estaba implícita en el deber de cohabitación. Tal vez no resultó del todo evidente, pero el deber de cohabitación implicó siempre el de la donación íntima de los cónyuges. Suprimido el deber de cohabitar, se suprime también esa nota del matrimonio, en consecuencia (sumado a la supresión del deber de fidelidad), parecería más razonable para preservar armónicamente el derecho a la identidad, la supresión de las presunciones y la realización de un ADN en cada caso, a fin de evitar sustituciones de identidad.

VII. No puede utilizarse como criterio “el hogar” si no hay hogar desde el punto de vista jurídico, toda vez que la cohabitación pasa a ser jurídicamente irrelevante.

Adviértase que los alimentos pueden fijarse “durante la convivencia” en el artículo 433. Pero si la convivencia carece de relevancia jurídica, no cabe otorgársela al hogar (por lógica consecuencia). Por la misma razón, el “deber de contribución al hogar” (Art. 455), carece de fundamento óntico. La responsabilidad solidaria para responder a las necesidades ordinarias del hogar conyugal, debería suprimirse (Art. 461). La referencia a las cosas muebles del hogar conyugal del Art. 462, debería correr la misma suerte. Lo mismo, respecto de los gastos comunes del hogar, que son a cargo de ambos progenitores, en el Art. 666.

VIII. Así, necesario revisar el asunto de las cargas (Art. 489). No hay hogar conyugal sin convivencia, ergo no tiene sentido incluir dentro de las cargas, las derivadas de su mantenimiento.

IX. Por último, dado que no hay deber de cohabitación, podría suceder que durante la vigencia del matrimonio, se expusiese al niño al régimen de contacto propio de una pareja divorciada, solamente que sin “plan de parentalidad”, como sí hay en el caso de divorcio. ¿A dónde enviará el colegio las notificaciones escolares? ¿Deberán hacer constar los padres sus diversos domicilios? ¿Cómo se establece cuál es el domicilio del hijo menor? ¿Deberá haber un acuerdo judicial o constar en algún registro quién convive con el menor? En cuanto a las cargas del matrimonio: ¿se extenderán a ambos domicilios? Apenas algunas de las preguntas que suscita la regulación.

c) Deber de fidelidad

El Código proyectado suprime el deber de fidelidad. Desde el punto de vista estrictamente lógico jurídico, cabe señalar las siguientes paradojas:

i. En el Código pactado, la fidelidad no puede pactarse (por imperio del Art. 466), en cambio sí cabría la infidelidad. El deber de fidelidad puede ser de derecho público o privado. Dentro del derecho privado puede ser impuesto por ley o pactado por las partes. Si fuera de derecho público, podría ser objeto de una acción penal, lo cual no es el caso. En el caso del derecho de fidelidad de derecho privado impuesto por ley (caso del Código actual), nada impide que las parejas tengan prácticas que difieran del mandato imperativo. Ahora bien, si uno de los miembros de la pareja no está de acuerdo, tiene acción para alegar el “breach of duty” (incumplimiento del deber). Otra alternativa es permitir que las parejas pacten. En el Código proyectado vale la infidelidad, pero las parejas no podrían pactar la fidelidad y protegerse por la infracción y el agravio subsecuente. Vale decir, no todos los proyectos de vida son igualmente reconocidos por el Estado. Así, una mujer tendría que aceptar sin ocasión de obtener resarcimiento alguno, que su esposo la visite a su ámbito laboral con su pareja en presencia de sus compañeros de trabajo, sin sanción económica o jurídica alguna. Como nota simpática y para retomar más adelante, quisiera contar que en Italia, el conocido prof. Antonio Zaccaria decía hace menos de un mes en relación al Anteproyecto del Código Civil Argentino, que se alegraba de ver que por fin se había sancionado el derecho humano a la infidelidad.

ii. La supresión del deber de fidelidad como exclusividad, es incoherente con la regulación sobre las uniones convivenciales. Para acceder al régimen de uniones convivenciales, se exige a las parejas singularidad y permanencia. Con lo cuál se daría el resultado incoherente de que las parejas de hecho de menos de dos años de relación, tendrían más carga de deberes que el matrimonio o las uniones convivenciales de más de dos años de duración.

iii. La supresión del deber de fidelidad perjudica la estabilidad del estado de familia²⁹ e incrementará la litigiosidad en torno al emplazamiento de estado. La obligación de fidelidad fue históricamente impuesta especialmente a las mujeres, para garantizar la correspondencia entre la realidad biológica y la identidad social del niño.³⁰ Al carecer de fundamento la presunción de paternidad, es razonable pensar que más niños y adolescentes duden del emplazamiento paterno. La incidencia de pleitos en materia de acciones de emplazamiento podría multiplicarse.

iv. La supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño. Podría haber discordancias entre la realidad biológica y el emplazamiento presuntivo, que no se resolvieran, quedando en consecuencia los niños emplazados en un estado en el

cuál se suprime su identidad biológica, como en las apropiaciones.

v. Si se suprime el deber de fidelidad no se entiende por qué no resulta también admisible la poligamia. Si la multiplicidad de parejas es legítima, también debería serlo el reconocimiento de esa multiplicidad ante la ley. Louise Ch. A. Allemand decía: "El deber de fidelidad es una consecuencia de la prohibición de la poligamia".³¹ Es razonable que si no interesa el deber de fidelidad, no haya obstáculos a la realización de un proyecto de vida poligámico.

vi. La solución en torno al deber de fidelidad es incoherente con otros sistemas normativos. En el derecho laboral la infidelidad del empleado se sanciona con el despido. En el derecho de familia, la infidelidad del esposo, no tiene sanción alguna.

Entre los textos de la literatura nacional, hemos procurado encontrar los argumentos de tal supresión. Los autores sostienen que este estado del arte no puede sustentarse, dado que hay una ausencia evidente de un código universalmente aceptado que reúna dichas reglas morales sobre las que los autores pretenderían apoyar la moralidad matrimonial.³² Por otra parte, otros autores han sostenido que el deber de fidelidad no es exigible.³³ Otros han sostenido que su juicio es el sistema del divorcio sanción y desaparecido éste, no se

justifica su mantenimiento.³⁴

Respecto del pluralismo: En líneas generales, estamos de acuerdo con la primera de las afirmaciones precedentes. En un sentido descriptivo, las costumbres morales son variadas y el pluralismo es un criterio en auge. No obstante, la realidad sociológica en Argentina posiblemente no sea tan plural como la sociedad canadiense o las sociedades europeas, en las que el choque de culturas es más manifiesto. Cabe sospechar que la mayoría de los habitantes del país entienden que la fidelidad implica exclusividad y no una relación abierta. Con lo cuál la supresión del deber de fidelidad probablemente no sea concorde con el sentir de los habitantes de la Argentina, a quienes está dirigido el Código. Y, como el Código es para el "hombre común" como decía Reale, podría suceder que se desenfoque la regulación respecto de sus destinatarios, por mantener una línea de principios libertarios. Decía la sabiduría medieval: No tensar tanto el arco, que al final se rompa. O, en palabras de Díez Picazo: El derecho debe marcar el paso, pero no distanciarse radicalmente de la sociedad. Se podría objetar, que dado que el Código será para todos, su sistema valorativo tiene que servir para las prácticas sexuales de las grandes urbes, así como para todos los demás habitantes del país, y ello se logra suprimiendo los deberes

29. Ha sido Marcos Córdoba quién ha observado este punto con agudeza en una conversación mantenida con él.

30. CASTELLI, Mireille D. y GOUBAU, Dominique, *Le Droit de Famille au Québec*, Presses Universitaires de Laval, Laval, 2005, p. 186.

31. ALLEMAND, Louis Charles Antoine, *Traité du Mariage et de ses effets*, Thorel y Leboyer, Paris, 1847, p. 342

32. GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ, HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia*,...cit., p. 255-256, pero en general todo el capítulo, especialmente su colofón y la definición de fidelidad como regla de lealtad traducida en sinceridad, pero no de exclusividad (p. 271). 31. En la doctrina nacional, es la postura de Eduardo Zannoni. Es el contenido de la ponencia presentada por María Victoria Famá y Moira Revsin en las XIX Jornadas Nacionales de Rosario (2003), que no fue seguida por la votación general. 31. Ponencia presentada por María Victoria Pellegrini en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Rosario (2003), que no fue acompañada por la votación mayoritaria.



conyugales. Sin embargo, esto tampoco es exacto, como dijimos más arriba, el derecho no ingresa hoy, con la ley 23.515, en la privacidad de los cónyuges. Lo expresan los mismos autores citados: “Si los cónyuges deciden adecuar sus relaciones personales a sus referencias individuales, aunque éstas no co-incidan con aquello que la ley (...) ha entendido como propias de la relación matrimonial: ¿es posible impedirlo?”

Respecto de la autonomía: Se dice que la derogación tiene relación con la autonomía de la voluntad y la libertad de intimidad. Sin embargo, no hay ley más invasiva que la propuesta. La ley vigente no ingresaba dónde los cónyuges no la dejaban ingresar. La ley actual ingresa a la privacidad, alterando la ecuación de los cónyuges que sí quieren deberse fidelidad (no pueden pactarla siquiera, porque la ley se los prohíbe en el Art. 447).

Respecto a la afirmación de que se trata de un deber moral (que, quiero aclarar, en beneficio de la Dra. Lloveras y su hidalguía, que no fue una incorporación de la Comisión). Cabe señalar también que hay un malentendido respecto de la naturaleza del deber de fidelidad. Se ha entendido que es un deber de naturaleza moral. Sin embargo, desde siempre se ha sabido que sobre el deber de fidelidad se

estructura un complejo edificio de presunciones y deberes y derechos dependientes del matrimonio. Desde el Código Napoleón, el deber de fidelidad fue considerado como estrictamente jurídico y no moral.³⁵

Respecto a la coherencia con el divorcio sanción: Que se derogue el divorcio sanción, no obsta a conservar el deber de fidelidad, porque el cónyuge que no consintió siempre podría reclamar una indemnización económica reparadora, cosa que aboliendo el deber de fidelidad, queda excluida. La víctima de infidelidad queda sin remedio jurídico.

d) Deber de Asistencia
En cuarto lugar, el deber de asistencia, pensamos que así como está redactado, se da a entender que el deber de asistencia se refiere sólo a lo que los franceses llaman *devoir de secours* (deber de provisión económica).

El deber de asistencia se refirió desde siempre tanto a las necesidades “del alma y del corazón” como también aquellas “del cuerpo”.³⁶ Porque los esposos se donaban recíprocamente el alma y el cuerpo.³⁷ En la doctrina nacional, el criterio de que el deber de asistencia incorpora los cuidados materiales (alimentarios), sino también los espirituales y morales.³⁸

La enunciación actual podría dar a entender que el deber de

asistencia sólo se refiere a los alimentos (el único contenido efectivamente regulado bajo el acápite).

En consecuencia, se despojaría al matrimonio de deberes tales como el cuidado en la enfermedad, o la asistencia en situaciones traumáticas o dolorosas. Si bien esto es consistente con la supresión del deber de cohabitación (que, de no llevarse a cabo puede despojar de la cotidianeidad condividida); y el deber de fidelidad (que, de no ejecutarse puede llevar a algún extrañamiento entre los cónyuges); impacta en un deber que ha sido indiscutidamente considerado como constitutivo de la vida conyugal: a saber, la solidaridad familiar.³⁹

Creemos que sería conveniente incorporar la dimensión moral y espiritual del deber de asistencia y mecanismos explícitos de ejecutabilidad jurídica del mismo. No se entiende bien qué significa el matrimonio si en la enfermedad ni siquiera es un deber jurídico que los cónyuges se asistan recíprocamente.

4. SOBRE REGULACIÓN DEL MATRIMONIO: NO SE EXPLICA, MENOS EN COMPARACIÓN CON LA UNIÓN CONVIVENCIAL.

Enrolándome en los principios rectores y las doctrinas expresamente expuestas por sus autores, no puedo menos que concluir que no se explica

33. En la doctrina nacional, es la postura de Eduardo Zannoni. Es el contenido de la ponencia presentada por María Victoria Famá y Moira Revsin en las XIX Jornadas Nacionales de Rosario (2003), que no fue seguida por la votación general.

34. Ponencia presentada por María Victoria Pellegrini en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Rosario (2003), que no fue acompañada por la votación mayoritaria.

35. MOURLON, Frédéric, Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoleon, Marescq Ainé, Paris, 1857, Vol I, p. 376

36. OUDOT, DEMANGEAT, Du droit de famille, ...cit. p. 58 : « Mais ils établissent dans les époux, l'aloï de se prêter assistance dans les besoins de l'aâme et du cœur, comme dans ceux du corps, d'avoir la patience que tolère, la bienveillance qui prévient, la sympathie que console ».

37. ALLEMAND, Traité du mariage et de ses effets, ... cit., p. 342.

38. BELLUSCIO, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, Abeledo, Buenos Aires, 2011, p. 360, par. 192.

ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires, 2006, T. 1, p. 443 y p. 445 par. 335. MAZZINGHI, Jorge A. Tratado de Derecho de Familia, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 253 y ss. Entre otros.

39. Para MÉNDEZ COSTA (op. cit.) es uno de los principios que rigen las relaciones de familia.



por qué el matrimonio sigue siendo regulado. Pietro Rescigno, en un interesantísimo artículo publicado en 2002, se refería a que el principio de autonomía debía terminar por hacer desaparecer el matrimonio institución, en el sentido de decidir un molde estandarizado. El matrimonio regulado como un proyecto de vida individual autorreferencial sin relación con los fines sociales que gravitan sobre él, sin exigencias de perdurabilidad, excluida la procreación como un fin, termina por ser irrelevante como institución social en la que el Estado deposite su interés. Vale decir, los derechos humanos universales sólo pueden ser restringidos o regulados para su coordinación en orden a promover el bienestar general. No hay interés público en regular la institución, ni en limitar las garantías de libertad que ofrece la institución. Limitar el derecho de propiedad en el régimen sucesorio o patrimonial derivado del matrimonio, limitar la libertad a casarse con importantes regulaciones burocráticas como contiene el Código, sólo tiene sentido cuando el matrimonio presta un interés a la sociedad en su conjunto. Por eso no termina de advertirse cuál es la razón por la cuál un matrimonio que es menos que un contrato (porque

el contrato roto unilateralmente genera responsabilidad, la infracción de los deberes contractuales la genera, puede pactarse su modalidad y existen vastos derechos y obligaciones recíprocas) sería limitado por la legislación.

5. EL CASO DE LA BUROCRATIZACIÓN HUERA DEL IUS CONNUBII

Lo cierto es que en España se temió que el divorcio expres transformara al **matrimonio en una unión sin fines**, amorfa e indefinida, carente de objeto.⁴⁰ Esta situación incide lógicamente sobre el consentimiento y la aptitud para consentir.⁴¹ Se ha dicho que establecer nítidamente el perfil del matrimonio tiene efectos jurídicos importantes, para distinguir una institución simulada o fraudulenta del verdadero matrimonio.⁴² Esta consideración es aplicable para el matrimonio así como se regula en el nuevo Código. Una vez que el matrimonio pierde su especificidad propia, es prácticamente imposible contextualizarlo en el derecho civil. Es un caso curioso de contrato típico, nominado, personalísimo, formal, legítimo⁴³ (si se puede sostener que sea un contrato), cuyo contenido es inespecífico. El problema de diluir el matrimonio-estado termina incidiendo en los requisitos del consentimiento,

que es el acto fundacional que ha trasuntado el derecho matrimonial desde sus raíces más remotas. Las leyes que regulan el consentimiento se han ido vaciando de contenido. La incomprensión sobre la naturaleza consensual del ius connubii desembocó, como es lógico, en una creciente incomprensión de la institución de la nulidad, que estuvo a poco de derogarse en el Proyecto actual, y de hecho, ya no existe en muchas legislaciones. Al mismo tiempo, el matrimonio se ha estatizado, siendo de tremenda importancia regulaciones de tipo burocrático. Al punto que el acceso al matrimonio es hoy, sobre todo una suma de actos burocráticos sin finalidad propia (los fines del matrimonio: tanto el procreativo como el asistencial, desaparecen). Toda esa burocracia desemboca en un espacio yermo: el matrimonio estado, sin fines ni naturaleza propia. De ahí que quienes han seguido estas ideas sobre el matrimonio, no sólo han creado una institución ineficaz para quienes buscan la libertad, sino también ineficaz para quienes buscan el compromiso.

6. IMPEDIMENTOS Y UNA EXCEPCIÓN EN RELACIÓN AL INCESTO. UN DERECHO CIEGO.

En cuanto a los impedimentos,

40. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, "El matrimonio deconstruido", en *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 95-128. Otro análisis sobre el divorcio express, en sentido crítico, en MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO -catedrático de Derecho civil en la Universidad Jaime I, de Castellón), *El concepto de matrimonio en el Código civil*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, especialmente pp. 27 y ss. El catedrático español de Zaragoza Martínez de Aguirre, en el artículo citado, afirma: "...el matrimonio deconstruido es, en realidad, una forma (una formalidad) y una inercia legal.", dice el autor, que carece de fines. Cuánto más diría del matrimonio argentino que no sólo ha sido vaciado de sus fines, si no de los deberes tan inherentes a la institución, como lo son el deber de cohabitación y fidelidad.

41. MARTÍNEZ de AGUIRRE, "El matrimonio deconstruido"... cit.

42. "... la cuestión de la determinación del concepto legal de matrimonio en nuestro Derecho positivo no es puramente teórica. Tiene una relevancia práctica inmediata, en la medida en que puede servir para identificar cuándo un consentimiento es verdaderamente matrimonial, y por tanto cuándo no lo es. A su vez, esta eficacia es la que sirve para saber cuando estamos ante un verdadero matrimonio, y cuando estamos ante una simulación, ante un matrimonio de complacencia, con finalidades fraudulentas (señaladamente, en este momento, con la exclusiva finalidad de obtener permiso de residencia, y más tarde la reagrupación familiar, o de tener más fácil acceso a la nacionalidad española)." MARTÍNEZ de AGUIRRE y ALDAZ, Carlos, "El nuevo matrimonio civil", en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial. 2008, p. 23.

43. RESCIGNO, Pietro, « Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio », *Famiglia*, 2004, p. 438.



en general, conservan su estructura. No obstante, por una vía totalmente colateral acontece una novedad inesperada. La incorporación de la FIV heteróloga, sin registros ni publicidad en punto a donantes, implica que los niños concebidos por donación de gametos de un mismo donante, podrían contraer nupcias entre sí. Genéticamente, es incesto propiamente dicho. Solo que el derecho sería ciego a esta realidad. Un estudio que ha roto lanzas en Estados Unidos sobre los efectos de la difusión de la fecundación in vitro con gametos de terceros, demostró que uno de los mayores temores de los hijos así concebidos es cometer incesto en una relación romántica o incluso a través del matrimonio. Es que nada lo impide, ya que la regulación de la fecundación in vitro heteróloga es ciego a la fraternidad que nace por compartir el donante. Para el derecho no son hermanos... y, sin embargo, habrá incesto. Como la regulación de la filiación por FIV se lanza antes de regular los registros y los controles en torno al matrimonio, el incesto será inevitable.

7. MATRIMONIO Y DIVORCIO

Se dice que lo que se dice sobre el divorcio dice bastante sobre la esencia del matrimonio. Los codificadores han insistido en que la regulación trasunta una idea del valor que se le asigna al matrimonio. Pues, aún si existen esas buenas intenciones, los textos cobran autonomía de las intenciones subjetivas de su autor, y expresan ideas. Un divorcio exprés, sin tiempo de reflexión ni de espera, cuya ruptura culpable no tiene sanción

especial ni general —y por lo tanto es más fácil y menos gravosa que la ruptura de cualquier contrato— dice que el matrimonio no tiene importancia para el Estado. Aunque los legisladores no lo piensen así, ese es el mensaje que objetivamente se transmite comparando instituciones dentro de un mismo código. Por otra parte, la idea de que esta regulación del divorcio apacigua, no me convence. Pues como dijo recientemente un autor comentando el Código, el “hágase” del texto legal no es suficiente para eliminar la conflictividad real. Cuando las partes tienen un conflicto, si no lo pueden encauzar en el litigio del divorcio, lo encauzarán en los acuerdos de régimen de visitas, alimentos, tenencia o liquidación y disolución de la sociedad. Los conflictos no desaparecen por decisión del legislador. La prueba es que a pesar de que con los años se han facilitado todos los procesos de divorcio, los tribunales de familia están saturados como nunca hasta ahora. Y la tendencia se incrementa.

No convence la idea de que reduzca la litigiosidad el que se quiten las causales, porque lo más probable es que se produzca un desplazamiento del litigio. Pero, además, el derecho comparado ha demostrado que en donde se instaure el divorcio exprés, las tasas de divorcio aumentan. Estadísticas en Canadá y en diversos estados de Estados Unidos, España, Reino Unido, entre otros, vienen a probar este resultado. El divorcio exprés trae más divorcio (y por lo tanto más litigio). Es verdad que con el tiempo, el crecimiento inicial del divorcio se estabiliza, pero también lo es

que eso se debe a que la regulación cada vez más abierta del matrimonio, lejos de atraer a la institución, parece que cada vez espanta más adeptos. Curiosamente, cuanto más se facilita el matrimonio, menos gente quiere casarse. Tampoco parece que colabore a eliminar los conflictos el quitar el tiempo de espera. Pese a que está comprobado que son pocos los matrimonios que se reconstituyen instaurando un tiempo de espera, un matrimonio salvado merece el empeño. Un informe y un plan de 2011 y 2012 respectivamente, recomiendan instaurar procedimientos de acompañamiento de la pareja en crisis, que es el verdadero paliativo de la litigiosidad. Se trata de un informe “Every family matters” de Inglaterra; y el Plan de protección de la familia que acaba de publicar Italia

8. LA SUPRESIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE SEPARACIÓN PERSONAL

Sobre la separación personal, nos parece que constituye una restricción a la autonomía de la voluntad de las partes y a la libertad de conciencia, restringir la posibilidad de que las partes puedan decidir separarse personalmente. Que haya pocos casos no es óbice para reconocer el derecho de las minorías.

9. UNA CURIOSIDAD SOBRE LOS ALIMENTOS

Respecto de los alimentos, es interesante que en esa institución ingresan póstumamente un deber de fidelidad y la idea de perdurabilidad de la unión, como legítimos mecanismos para pautar su monto (así como por otra parte se observa en el

derecho comparado, pero en dónde en general siguen existiendo los deberes conyugales como los conocemos hasta ahora).

10. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA CONYUGAL

Es interesante hacer notar a este respecto que podría alocarse sobre la base de los "intereses de otras personas que integran el grupo familiar". Dado que el término grupo familiar no parece estar definido –al menos en los textos de que disponemos–, se abre el juego a integrar al dilema marital a terceros de manera notable, en perjuicio del cónyuge propietario. Respecto de las reglas de atribución, nos parece que sería necesario compatibilizar el Art. 445 con el 499, sobre atribución de la vivienda conyugal y atribución preferencial de bienes. En parte, hay superposición de reglas que son parcialmente divergentes. Entre las facultades del Juez del Art. 444, parecería conveniente agregar la facultad del juez de fijar un plazo (que aparece implícita en el 445 y es consistente con el derecho comparado sobre el particular).

11. UN NUEVO ORDEN PÚBLICO E INTERÉS FAMILIAR PÓSTUMOS

Es interesante señalar que la autonomía de la voluntad postdivorcial aparece fuertemente restringida. El Juez podría revisar unilateralmente los acuerdos y aún actuar de oficio provocando actividad probatoria no ofrecida por las partes. Nuevamente se trata de un orden público póstumo, como lo que Louis Josserand decía jocosamente del régimen de comunidad.

La única vez que hacen aparición el orden público y el interés familiar, es póstumamente: vale decir una vez disuelto el matrimonio. La idea de interés familiar, en materia de efectos personales aparece notablemente sólo luego de la disolución. La fidelidad resucita póstumamente para sostener la continuidad de los alimentos. Nos han respondido que, efectivamente, tenemos razón. Al Estado no le importa el matrimonio, sino su ruptura.

12. BALANCE

De estarse a los principios libertarios que plantea como punto de partida el Código proyectado, lo más coherente parecería ser sería eliminar la institución matrimonial del derecho de familia y dejar librada a la privacidad de las partes sus acuerdos económicos. Si se trata de restringir la intervención del Estado en la libre elección del proyecto de vida de los particulares, lo coherente es terminar con una cáscara burocrática vacía y dar la máxima libertad. Finalmente, no queda ya elemento alguno de interés público para restringir las libertades individuales en función del matrimonio.

De nuestra parte, y en el contexto de otros debates, sostuvimos que sería más fácil crear nuevas instituciones con nuevos contenidos, dando más opciones a la sociedad, que desmantelar las instituciones existentes para adecuarlas a determinado credo de ideas o convicciones morales o personales. Humildemente consideramos que hubiera sido más simple dejar el matrimonio para los pocos osados que se atrevieran a ingresar a esa

institución (con fidelidad, cohabitación, perdurabilidad, etc), y abrir el abanico de opciones para los que quieren pactar o ingresar a otras modalidades más "light" de relación. Seguimos pensando que el derecho debería ofrecer más derechos y no restringir los existentes.

En 1998 en el Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Mendoza, se decía que el nuevo derecho de familia debía hacer lugar a la autonomía de la voluntad. Precisamente por esa razón se habló de pactar los deberes y derechos emergentes del matrimonio y de la responsabilidad civil de las relaciones familiares, que permitiría enderezar acciones que protegieran los derechos individuales en las relaciones de familia, al igual que en el derecho civil. El nuevo orden público permite un matrimonio en que los cónyuges sean infieles. Ese estilo de vida es jurídico y reconocido por el derecho, al punto de eliminar las sanciones jurídicas derivadas. En cambio, el derecho es ciego y no reconoce el proyecto de vida del que persigue opciones de vida social más exigentes. De modo que no hay una pluralidad libre de opciones de vida, sino que determinados modelos de vida (entre ellos, los socialmente más exigentes, y que según estudios mejores beneficios reportan en la crianza de los niños) no tienen cabida en el derecho, sino en lo que Jean Carbonnier llamaba espacio de no derecho. En tanto, la infidelidad, como dijo el profesor Antonio Zaccaria en Verona hace apenas un mes, se ha convertido en un derecho humano inviolable. En el nuevo Código Civil hay



libertad de ser swinger, llevar adelante un matrimonio abierto, no respetar la fe mutua de los cónyuges, no convivir; pero no hay libertad de ser fiel al voto moralmente más exigente de perdurabilidad del vínculo matrimonial, que beneficia a la sociedad. Vale decir, hay libertad para la laxitud moral, pero no hay libertad para las opciones morales exigentes. Esto podría aparecer como un nuevo sistema moral único, que no tolera otras opciones ni les da cabida en la sociedad. Sobre estas cuestiones, nunca se repetirá suficientemente la cita del jurista francés Philippe Malaurie, que tan bien refleja los problemas estructurales del razonamiento privatizador: "La aparente dulzura muelle de estas tendencias abiertas

respecto de la familia, tiene en realidad una dureza inflexible. La "libre competencia de las familias" es inmisericorde con los niños, con los débiles, con los que no tienen acceso a la educación, con los que se equivocan, con los que sufren y con aquellos a los que ni el origen social ni la suerte les ha sonreído. (...) Toda civilización forma un todo: Cada vez que retrocede el derecho, la ética desaparece."⁴⁴

44. MALAURIE, Philippe, FULCHIRON, Hugues, *La famille*, Paris, 2006, Défrenois, p. 29: "Ce 'désengagement' a, sous sa molle douceur apparente, une dureté inflexible. La 'libre concurrence des familles' est impitoyable aux petits, aux faibles, aux mal éduqués, à ceux qui se trompent, à ceux qui souffrent et à ceux auxquels ni l'origine sociale ni la chance n'ont souri (...) Tout civilisation forme un tout: chaque fois que le droit recule, la morale (l'etique) s'efface".



APUNTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES DE ACTUALIDAD

Foro de Abogados de San Juan

ACERCA DE LA AUTORA



Dra. Ursula
Cristina Basset

Abogada (Universidad de Buenos Aires - U.B.A.).

Doctora en Derecho (Pontificia Universidad Católica Argentina - U.C.A.).

Especializada en Derecho de Familia (U.C.A.).

Profesora a cargo de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones (U.C.A.).

Profesora adjunta con Dedicación Especial a la Investigación Aplicada (Perfil 2 - U.C.A. - 2009 en adelante).

Profesora adjunta en Derecho de Familia (UNPFA - 2010).

Profesora invitada al Seminario de Postgrado de Violencia Familiar (Universidad Católica de La Plata - UCALP - 2010).

Profesora invitada al Curso de Derecho Procesal de Familia, Carrera de Especialización en Derecho de Familia (UCALP - 2010).

Profesora invitada de Posgrado, Curso de Actualización en Derecho de Familia (U.B.A.- 2010).

Ayudante de segunda, concurso ganado como primera en orden de mérito, en Derecho de Familia (U.B.A. - 08/2010).

Profesora invitada a dictar curso de Posgrado, Posgrado de Derecho de Familia (U.B.A. - 2009).

Profesora invitada de Posgrado (Universidad Católica de Salta - 2008).

Profesora invitada al Posgrado de Derecho de Familia (Universidad Nacional del Litoral - Dres. María Josefa Méndez Costa y Carlos H. Rolando).

Profesora invitada en Filosofía del Derecho (Cátedra Dres. F. A. Lamas y D. A. Herrera).

Designada investigadora en torno a los temas relativos a la dignidad de la vida



EMBRIONES Y CORTE EUROPEA

La sentencia de la Corte de Justicia de Europa, emitida el pasado martes 18 de octubre del corriente año referida a la indisponibilidad de usar células o líneas celulares obtenidas de embriones humanos ha sido noticia que en estos días comenta el mundo entero. Leamos en primer lugar lo positivo. La sentencia afirma que es posible un procedimiento que hace uso de embriones humanos si el mismo tiene por finalidad realizar un diagnóstico sobre el embrión o en otro caso, una terapia que mejore el embrión mismo, si fuese posible técnicamente. Todo un estímulo para la ciencia entonces. Pero la sentencia avanza prohibiendo lo contrario: no puede ser objeto de experimento un embrión si su uso mira sólo fines de investigación científica. La Corte precisa también que los procedimientos que previenen el tomar células estaminales de embriones humanos en el estadio de blastocisto – como sabemos, es el embrión que apenas ha alcanzado cinco días después la fecundación- y luego son destruidos, no podrán ser realizados. La Corte no interviene sobre la posible creación de embriones humanos, pero pone un límite significativo a su instrumentalización. Previo a esta sentencia, no han faltado intentos a modo de lobby, de influenciar en el criterio. De hecho, en la revista científica "Nature" del 28 de abril, se publica un llamado del investigador Austin Smith del Wellcome Trust Center de Cambridge y colegas, y en Italia la voz se alza desde la "Unistem" dell'università de Milán. Ambos grupos habían suscitado el debate con el fin de que la Corte autorizase la posibilidad de hacer uso de células embrionales humanas. En ese documento se sostenía que las células estaminales embrionales son solo líneas celulares y no embriones. Pero el mismo texto omitía deliberadamente decir que estas

líneas proceden en su origen de la destrucción de embriones humanos, a los que podemos llamar seres humanos en vía de desarrollo. Existen a la fecha centenares de experimentos de estas líneas, sobre todo en los EE. UU.

La sentencia de la Corte se debe a una serie de actuaciones que tuvieron su origen en un recurso presentado en Alemania. Greenpeace había impulsado el proyecto, contrario a los experimentos realizados en 1999 por parte del profesor Oliver Brustle, ahora en la universidad de Bonn, quien había sí procedido con células neuronales derivadas de embriones comercialmente disponibles. Greenpeace sostenía que tal proceder violaba la convención europea de procedimientos experimentales de 1973, por entenderlo "contrario al orden público y a la moralidad". En el 2006 la Corte federal de Munich ha recibido esta denuncia de Greenpeace. Por tanto el prof. Brustle ha presentado su recurso opuesto a la Corte de justicia europea.

En esta sentencia del pasado 18 de octubre, que el diario "L'Osservatore romano" del día 20 saluda como una sentencia en favor de la dignidad de la persona, se establecen principios claves y fundamentales: las células en el primer estadio de un cuerpo humano en desarrollo deben ser clasificadas como embriones y por tanto no objeto de experimento; incluso el estadio de blastocisto debe ser entendido como verdadero embrión. Como ha sostenido la Corte, el principio de dignidad humana de la ordenanza 98/44 que "prohíbe el uso de embriones humanos para fines comerciales e industriales" es un principio que se ha de aplicar no solo a una persona humana adulta o a un neonato, sino también al cuerpo humano desde su primer estadio del desarrollo.

ACERCA DE LA AUTOR



Pbro. Dr.
José Juan García

- >Doctor en Teología (Pontificia Universidad Gregoriana, Roma, Italia - 1994)
- >Doctor en Filosofía (Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina - 2000)
- >Director del Instituto de Bioética y
- >Director de la Escuela de Cultura Religiosa y Pastoral (Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina)
- >Miembro Correspondiente de la Pontificia Academia para la Vida (Roma, Italia)
- >Autor de 8 libros de bioética, 4 de poesías y decenas de artículos en libros y revistas internacionales.

Por tanto también las así llamadas células estaminales embrionales han de seguir la regla, pues no pueden ser obtenidas del blastocisto y acabar con el embrión. La investigadora española Mónica López Barahona, creó en Madrid un centro de células troncales procedentes de adultos o de cordón umbilical, y trabaja con su equipo en esta área, sin problema legal y moral alguno. Nunca una ofensa a la dignidad personal como la que hemos de atribuir a los embriones humanos. Y espera obtener resultados benéficos para curar graves enfermedades genéticas. Conjuga así ciencia y ética. Un ejemplo. También la sentencia de la Corte europea es un ejemplo. Y como dice el diario romano citado recién, esperamos solamente que dure en el tiempo.

REGIMEN PENAL TRIBUTARIO- MODIFICACION ACTUAL A LA LEY 24.769- Ley 26.735-

Aplicación de la Ley Penal más benigna-
Postura del Procurador General de la Nación (Dictamen RGM 5/12)

Dra. María Paula Carena.

Como consecuencia de la necesidad de la actualización cuantitativa de los montos previstos en los tipos penales de la ley 24.769, nació un proyecto de reforma de Ley por parte del actual Gobierno, Poder Ejecutivo Nacional, que con fecha 17 de marzo de 2010, - por Mensaje N° 379-, el que se sometió a consideración ante el Honorable Congreso de la Nación .

Se entendió la necesidad de adecuar los importes mínimos exigidos para considerar verificada la condición objetiva de punibilidad, atento que desde la sanción de aquella ley (24.769) hasta la actual modificación no había sufrido ninguna modificación.

Con ésta modificación se pretendió mantener una razonable proporción entre las distintas figuras típicas consideradas y la magnitud del bien jurídico protegido en relación con el contenido del injusto de los diferentes delitos.

Actualmente, la modificación fue introducida por la ley 26.735- promulgada en fecha 27.12.11- donde se aumentan los montos en las distintas hipótesis de evasión, y se incluyen bajo el ámbito de protección de la ley penal a los tributos del fisco provincial y los de la C.A.B.A (Ciudad Autónoma de Bs. As).

Quiero referirme- en el presente artículo- específicamente a los tipos penales donde la ley ha modificado los montos, así se

puede visualizar el de “evasión simple” (art. 1° de la ley 24.769) un monto de pesos cuatrocientos mil (\$ 400.000); para las distintas hipótesis del art. 2°, es decir “evasión agravada”: inc a) sólo si el monto evadido supera la suma de cuatro millones de pesos (\$ 4.000.000), inc. b) y c) otros dos supuestos de evasión agravada, en estos, si el monto evadido supera la suma de ochocientos mil pesos (\$ 800.000). También sufrió una modificación las evasiones simple y agravadas del pago de aportes o contribuciones, o ambos conjuntamente correspondientes al sistema de la seguridad social (art. 7 y 8), donde el monto exigido exceda la suma de ochenta mil pesos (\$ 80.000) por cada mes. En el caso de la evasión agravada, la modificación exige un monto mínimo de inc. a) pesos cuatrocientos mil (\$400.000), inc. b) pesos sesenta mil (\$ 160.000). Así como el caso de las retenciones de los aportes por parte del empleador, donde el monto debe superar la suma de veinte mil pesos (\$ 20.000) por cada mes.

Como consecuencia de dicha modificación, es oportuno delimitar su posible aplicación, conforme la excepción consagrada en el art. 2 del C. P. que prevé la aplicación retroactiva de la ley penal que sea más benigna para los casos en que tenemos imputada una o varias personas contribuyentes y/o empresas,

en un proceso penal iniciado con anterioridad es decir- estando en vigencia la ley 24.769.

Atento que la nueva norma en análisis modifica el monto exigido como umbral necesario para que se cumpla la condición objetiva de punibilidad, cabe aclarar el significado de éste último. Corresponde precisar que en materia penal tributaria, se utiliza la expresión “condiciones objetivas de punibilidad” para referirse a los montos mínimos a partir de los cuales se configura el delito en la ley penal tributaria, si bien se ha discutido sobre la naturaleza de este elemento, como parte del delito, aparece hoy, indiscutible que las reformas legislativas sobre “el monto”, están modificando una norma penal completa, y precisando la conducta incriminatoria, y no una mera norma extrapenal, lo que me lleva a una visión donde “la condición objetiva de punibilidad (monto de la evasión)” forma parte del resultado de la acción, así ha sido conceptualizado por la CSJN, en el caso “Legumbres, S.A. y otros”

En tal sentido, tomando como ejemplo el supuesto de una evasión simple de años anteriores a la nueva reforma, por ejemplo “evasión del impuesto a las Ganancias período fiscal 2008 por una suma de pesos Ciento Treinta y Cinco Mil (\$ 135.000), y la conducta típica vigente al momento del hecho resultó



ahora modificada, por la ley 26.735, que ahora establece en su art. 1°: “Será reprimido con prisión de dos a seis años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción u omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al Fisco nacional, al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que el monto evadido excediere la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual aún cuando se tratare de un tributo instantáneo o de periodo fiscal inferior a un año”

En consecuencia, se advierte que la nueva disposición legal resulta más benigna para el hecho que nos ocupa, por cuanto ha introducido una importante modificación al aumentar el mínimo a \$ 400.000 como límite punible de la evasión simple.

En este sentido, cabe decir que el principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna se funda en la verificación de que es inadmisibles imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera delito, o bien una pena que ha devenido desproporcionada en relación con la menor gravedad que la sociedad atribuye ahora a ese hecho (sobre ello Fallos 311:2473). Según la opinión sentada por la sala II de Cámara de Casación Penal “la ley penal más benigna es la que en la situación jurídica en que se encuentra el interesado, lo favorece o lo hace en mayor medida, sea porque el hecho imputado, objeto de la condena, ha dejado de ser delictuoso o contravencional; sea porque se castiga menos severamente o se ponen mayores exigencias para castigarlo o menores para

reprimirlo más benignamente o para eximirlo de pena o acordarle un beneficio”

La doctrina explica que debe entenderse como ley penal más benigna aquellas leyes existentes entre la que regía al momento de la comisión del hecho y la que se encuentra en vigor al dictarse la sentencia y para el caso que de algún modo beneficien al imputado de conformidad con lo establecido por el art. 2° del Código Penal, deben ser aplicadas ultraactivamente. Habiéndose pronunciado la Corte en reiterados fallos, que los efectos de la benignidad normativa en materia penal “se operan de pleno derecho”, es decir, aún sin petición de parte (Fallos 277:347; 281:297 y 321: 3160).

Por otro lado, este principio ha sido establecido en Tratados de orden Internacional, que desde la reforma constitucional de 1994, en virtud del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna que asignó rango constitucional a distintos tratados internacionales de derechos humanos, es posible sostener que el principio de la ley penal más benigna –antes considerado un beneficio legal– posee jerarquía constitucional, pues ha sido reconocido por tales convenciones (Arts. 9, 2° disposición de la Convención Americana sobre Derechos humanos, y 15 inc. 1° 3° disposición del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos). La doctrina es prácticamente unánime en sostener que el artículo comentado no alude solamente a la ley penal más benigna, pues refiere –genéricamente– a la ley más benigna

Cabe citar como precedentes en materia penal tributaria, lo aplicado por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 23/04/2002, “Carrera Mario C. S rec. De

Casación”, (LL, 2002 –E, 542): “... Resolvió que correspondía aplicar la Ley 24.587 a un hecho de evasión fiscal cometido durante la vigencia de la ley 23.771, por resultar más favorable para el imputado, toda vez que su art. 8°-del Título V-modificó el art. 2° de la ley 23.771 e introdujo un umbral de punición mayor por debajo del cual las conductas que no superen los montos allí establecidos serán consideradas meras infracciones administrativas...”; y lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23//10/2007, “Palero, Jorge Carlos s/ rec. De casación”, siguiendo el dictamen del Procurador Fiscal, en un caso análogo donde se aumenta a diez mil pesos el límite a partir del cual es punible la apropiación indebida de recursos de la seguridad social, previsto en el art. 9 de la ley 24.769.

Además otro fallo importante – ahora en discusión– que apoya esta postura, es el precedente de La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Palero, Jorge Carlos s/ recurso de casación” (fallos: 330-4544), donde se dispuso aplicar retroactivamente el art. 13 de la ley 26.063, que aumentó de cinco mil pesos a diez mil pesos el monto mínimo a partir del cual era punible el delito de apropiación indebida de recursos de la seguridad social...”.

Sin embargo, una vez en vigencia la Ley 26.735, el Procurador General de la Nación, por resolución (RGN 5/12), fechada el 8 de marzo de 2012, instruyó a los señores Fiscales con competencia penal, para adoptar su oposición a la aplicación retroactiva de dicha ley, por aplicación de los arts. 9° y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,



exponiendo en sus considerandos que “ el aumento de los montos mínimos de la ley penal Tributaria que dispuso la ley 26.735 respondió al objetivo principal de actualizarlos compensando la depreciación sufrida por la moneda nacional durante el período de vigencia de la ley 24.769. En efecto, en el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo del proyecto que – con reformas- se convertiría más tarde en la ley 26.735, se sostuvo que el ajuste propuesto propiciaba “adecuar los importes mínimos exigidos para considerar verificada la condición objetiva de punibilidad, considerando el tiempo transcurrido desde su sanción....”

Expresó como fundamento para oponerse a la aplicación del principio de benignidad por el aumento de montos mínimos de evasión – entre otros- el entender que la aplicación retroactiva de las leyes penales no es “mecánica o irreflexiva” ; sino que corresponde “... evaluar si la nueva ley es la expresión de un cambio de valoración de la clase de delito que se imputa”. En base a ello, su postura es que en casos de “reajustes y/o corregir los efectos de la depreciación de la moneda nacional”, debe garantizarse la igualdad de trato en el tiempo, y que la intención de la norma en este caso sería la de mantener constante el valor económico real a partir del cual un ilícito fiscal es punible.

Con esto, si bien se abrió una discusión dogmática en la que se ponen en relieve conceptos jurídicos importantes, el debate ya ha quedado obligatoriamente puesto a los resultados de la contienda judicial, puesto que en definitiva decidirá la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Puesto que ya varios Juzgados y

Cámaras han comenzado aplicar retroactivamente la nueva ley penal, incluso en el Juzgado Federal de San Juan.

En definitiva, en base a ello, y sin dejar de reconocer que la tesis del Procurador General es fundada, me permito disentir con tal doctrina.

A mi entender, las causas cuyos montos se encuentren por debajo del umbral dado por la nueva ley 26.735 (modificatoria de ley 24.769), y por aplicación del art. 2 del C.P. – retroactividad de la ley más benigna- a los fines de la tipicidad de los distintos tipos de evasión, la conducta aparece como atípica al no alcanzar el monto exigido, por cuanto me inclino a entender que el monto mínimo exigido evadido es un requisito de la figura penal. Ello considerando la solución alcanzada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Palero” en el cual se receptó como aplicable al caso por el art. 2 del C.P., la retroactividad de la modificación introducida, importando una desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a la nueva cifra, donde se resaltó que resolver de otra manera importaría una vulneración a aquel principio receptado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Propiciando dicha solución, la consecuencia lógica sería que en los procesos penales en trámite donde los montos denunciados ahora caen por debajo de la nueva ley, y haya personas físicas y / o empresas contribuyentes, imputados indagados y/o procesados por delitos de evasión bajo el anterior régimen, se beneficiarán con un sobreseimiento del delito investigado.

ACERCA DE LA AUTORA



Dra. María
Paula Carena

Abogada recibida en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1996.

Secretaria Letrada designada desde el 11 de Diciembre de 2000 hasta la presente fecha, a cargo de la Secretaría Penal N° 5 del Juzgado Federal N° 2 de San Juan.

Especialista en Derecho Penal título otorgado por la Universidad del Litoral, dictado en la Universidad Nacional de Cuyo, Ciudad de Mendoza.

Especialista en Investigaciones en la Lucha contra el Narcotráfico, instrumentado en el marco de los Decretos del P.E.N N° 623/96, 1341/02 y 2300/02 (Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico).

Reconocimiento de Mención Especial por la dedicación, y mejores esfuerzos, título otorgado por la Universidad Nacional de Córdoba, por la confección del DIGESTO Normativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. (1997 a 1999).

Profesora de la asignatura “RESOLUCION DE CONFLICTOS SOCIALES” y creadora del material a trabajar, guías y trabajos prácticos, como la currícula de la materia, del Colegio Jesús María de Córdoba, años 1998,1999.- (Carga horaria 6 horas semanales).

Designada como Profesora Ordinaria Adjunta, la Cátedra de Introducción al Derecho- Plan de Estudios- año 2000 y 2001- (Universidad Nacional de San Juan).

Profesora de la materia Crimen Organizado en la Licenciatura de seguridad Ciudadana de U.C.C. (2012).
Disertante y Autora en numerosos cursos y diversos trabajos jurídicos en materia de Derecho Penal.