

Lineamientos generales de la regulación del matrimonio, divorcio y uniones convivenciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial

Por Gabriel Eugenio Tavip*

Sumario: 1. *Introducción*; 2. *Sistematización de las normas relativas al derecho de las relaciones familiares*; 3. *Fundamentación de las reformas proyectadas*; 4. *Principales lineamientos en materia de matrimonio*; 4.a *Aspectos generales*; 4.b *La igualdad de tod@s y la libertad de elegir con quien casarse*; 4.c *La flexibilización de los deberes personales de los cónyuges*; 4.d *La ampliación en relación a la elección del régimen patrimonial del matrimonio*; 5. *El divorcio en la reforma*; 6. *La regulación de las uniones convivenciales*; 7. *Reflexiones finales*.

1. Introducción

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina¹ que desde el mes de julio de 2012 se encuentra en estudio de la comisión bicameral formada especialmente en el Congreso Nacional² prevé cambios, en muchos casos sustanciales, en diferentes instituciones de nuestra realidad jurídica.

Dentro de esas modificaciones, son especialmente destacables las introducidas en el ámbito del derecho de las familias en donde el proyecto impacta de manera especial, ya sea reafirmando nuevas maneras de mirar a esta parte del derecho privado -y que ya habían tenido recepción normativa³ -, modificando aspectos de algunas instituciones⁴, profundizando cambios en otras⁵, realizando un verdadero giro en su concepción⁶ o introduciendo nuevas regulaciones hoy no previstas⁷.

* Juez de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba. Especialista en Derecho de Familia (Universidad de Rosario). Docente de las cátedras de Derecho Privado VI –Familia y Sucesiones- y Derecho Privado I –Parte General- de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Investigador de la Secretaría de Ciencias y Técnica –Secyt- de la UNC y de la Universidad de Barcelona (España).

¹ El proyecto se viabiliza con el dictado del Decreto N° 191 de fecha 23 de febrero de 2011 en el que el Poder Ejecutivo de la Nación le encarga su elaboración a la denominada “comisión de reformas” integrada por tres de los más prestigiosos juristas del país como son Ricardo Lorenzetti, Helena Highton de Nolasco (miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y Aida Kemelmajer de Carlucci (ex integrante de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza). Una vez finalizado, es presentado con fecha 12 de junio de 2012 al Congreso de la Nación (Mensaje N° 884 del P.E.N.) bajo el nombre de “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”.

² La “Comisión bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” fue creada por Resolución de la H.C.D.N (aprobada el día 04/07/2012) y está integrada por “treinta miembros, observando la siguiente composición: quince senadoras/es nacionales y quince diputadas/os nacionales, designados por los presidentes de cada Cámara, respetando la proporción de las representaciones políticas en cada una de las Cámaras”, según lo establece el art. 4.

³ Un ejemplo de esto es la confirmación de la posibilidad de **matrimonio entre personas del mismo sexo**, con idénticos alcances que los matrimonios heterosexuales que ya había sido regulada en el año 2010 por la ley 26618.

⁴ En materia de *parentesco y nulidad matrimonial*, entre otras, se realizan algunas modificaciones sin alterar la estructura central de esas instituciones, tal como están diseñadas en la actual redacción del Código Civil.

⁵ Las normas proyectadas en materia de *adopción*, importan una modificación a la luz de los aportes jurisprudenciales y doctrinarios de los últimos años, pero sin una modificación de los sustentos de la institución tal cuál diagramada por la ley 24779 del año 1997.

En el presente trabajo abordaré en primer lugar los fundamentos generales en que se basan los cambios propuestos para pasar luego esbozar los lineamientos generales y básicos en los que el Proyecto se asienta en relación a tres instituciones vinculadas entre sí, como son las modificaciones al régimen del matrimonio y del divorcio, así como la regulación, por primera vez en nuestra legislación civil, de las denominadas “uniones convivenciales”.

2. Sistematización de las normas relativas al derecho de las relaciones familiares

Las normas relativas al derecho de las familias son receptadas en el Libro Segundo del Proyecto de Código Civil y Comercial bajo la denominación “*relaciones de familia*”, designación acertada ya que la misma pretende ser abarcativa de las diferentes configuraciones familiares que son receptadas en el mismo cuerpo normativo.

Dentro de este libro se desgranar los ocho títulos que contienen los grandes contenidos de la materia y que se detallan a continuación: el matrimonio (Título I); el régimen patrimonial del matrimonio (Título II); las uniones convivenciales (Título III); el parentesco (Título IV), la filiación (Título V); la adopción (Título VI); la responsabilidad parental (Título VII) y los procesos de familia (Título VIII).

3. Fundamentación de las reformas proyectadas.

La reforma del Código Civil y Comercial tiene un basamento central en el denominado proceso de constitucionalización del derecho privado que desde hace dos décadas⁸ ha impregnado la realidad jurídica de nuestro país de manera cada vez más profunda, proyectándose sobre las prácticas sociales concretas⁹.

⁶ Destaco especialmente en este supuesto, las normas proyectadas en materia de *matrimonio* - en especial lo relativo a los efectos y posibilidad de elegir un régimen patrimonial diferente al legal-, *divorcio* – eliminándose un sistema de cuasación del mismo- y en materia *responsabilidad parental*.

⁷ Las *uniones convivenciales* son receptadas de manera acabada en el proyecto. También se incorporan de manera sistemática y en un capítulo específico normas relativas a los denominados “*procesos de familia*”.

⁸ La constitucionalización del derecho privado tiene un enclave central en Argentina con la reforma constitucional del año 1994 especialmente con la incorporación de una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos al texto mismo de la Carta Magna. Para una mayor profundización recomiendo la lectura de: RIVERA, Julio, Cesar, *El derecho Privado Constitucional*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado de la Reforma Constitucional, N° 7, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994. P 30 y ss.; ALBANESE; Susana, *Los valores en el sistema de derechos humanos*, en BIDART CAPOS, Germán., GIL DOMINGUEZ, Andrés (Directores), *Los valores en la Constitución argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 124 y ss; MANILI, Pablo, Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003; GIL DOMINGUEZ, Andrés, *El artículo 75 inc. 22 de la Constitución argentina como regla de reconocimiento constitucional y como nuevo orden simbólico*, en: *A 10 años de la reforma de la Constitución Nacional*, AAVV, Asociación argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2005, entre otros.

⁹ En este sentido se ha expresado que en general “la “constitucionalización del derecho privado trata cuestiones de hondo calado cuya respuesta compromete, entre otras cosas, un determinado modelo de sociedad” (Cfr: DE DOMINGO, Tomás, *El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del Derecho*, en Rev. Derechos y Libertades, Madrid, año VII, Enero-Dic. 2002, pág. 251)

Entre los fundamentos centrales para la nueva regulación pretendida, los autores del Proyecto han destacado de manera central el respeto a la igualdad, a la libertad y a la autonomía privada de las personas¹⁰.

En este sentido los miembros de la Comisión de reformas expresan con precisión el sentido, alcance y basamento de las modificaciones que se proponen al afirmar que “*en materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar*”. Luego añaden que “*se incorporan normas relativas al matrimonio igualitario y las uniones convivenciales, mientras que se reconoce la filiación por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida y por adopción. Se regulan los efectos del matrimonio igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial*”.

Así, el foco desde el que se establece la proyectada regulación está basado en la posibilidad de dar respuesta a diferentes opciones de vida que se presentan en una “sociedad pluralista” y “multicultural”, sin que ello importe la preferencia de uno u otra configuración familiar.

De este modo, los habitantes de nuestro país, en ejercicio de su voluntad autónoma podrán elegir sin injerencias extrañas sus modos de vida en base al principio de igualdad y al respeto a su dignidad que configuran acabadamente el respeto a su intimidad¹¹, bajo la protección que le brindarán las leyes.

El proyecto sigue así las ejemplares directivas que en los últimos tiempos ha esgrimido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sancionar a diversos países de la región por prácticas fácticas y jurídicas que no condecían con los lineamientos de los Tratados Internacionales de proyección de los derechos fundamentales de las personas¹².

¹⁰ Cfr: LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, 2009, p. 76. Los autores entienden que el nuevo derecho de familia vigente desde la sanción de la Constitución del año 1994 privilegia la autonomía de la voluntad –libertad como un principio rector lo que produce un quiebre que incide primordialmente en lo que denominan un “*nuevo orden público familiar*”.

¹¹ El derecho a la intimidad ha sido definido como “*el derecho que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda el orden público y la moral pública, no perjudique a otras personas*” (RIVERA, Julio Cesar: *Instituciones de Derecho Civil*; Abeledo Perrot, Buenos Aires, T II, p. 79) o como “*el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos*” (CIFUENTES, Santos: *El derecho a la Vida Privada –tutela de la intimidad-* La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 19)

¹² En este sentido se ha expresado relevante doctrina nacional de los últimos años. Cfr. Lloveras, Nora - SALOMON, Marcelo, *El derecho de familia desde la constitución nacional*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2009; GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*. T I, p. 2 y ss., Ediar. Buenos Aires. 2006; BONZANO de SAIZ, María de los Ángeles, *La patria potestad a la luz del derecho constitucional humanitario* - Semanario Jurídico: Número: 1416 10/07/2003. Cuadernillo: 2 Tomo 88 - Año 2003; LLOVERAS, Nora, *Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual*, en LLOVERAS, NORA (Directora), *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Alveroni, Córdoba, 2010; MIZRAHI, Mauricio, *Familia, Matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998;

En este sentido la Corte ha entendido que “... en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de familia.... La corte ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcativo a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”¹³.

La revalorización de la autonomía privada, como proyección del art. 19 de la Constitución Nacional¹⁴ también cobra relevancia importante en el proyecto de Código Civil y Comercial y se extiende especialmente dentro del ámbito del derecho de familia¹⁵, lugar en donde tradicionalmente había sido relegado¹⁶.

Esto se verifica de manera profunda en el ámbito del derecho matrimonial, con lo que se dejan de lado las ideas que impregnaban la tradicional mirada de este derecho y que hacían hincapié en un “orden público” estricto e infranqueable a la hora de la regulación de las relaciones jurídicas matrimoniales y familiares y que en los últimos tiempos habían sido objeto de reproche desde numerosos pronunciamientos judiciales¹⁷.

DUPRAT, Carolina, *El respeto de la autonomía de la voluntad en la disolución del vínculo conyugal. La necesidad de una reforma en materia de divorcio*, en LLOVERAS, Nora y HERRERA, Marisa (directoras), *El derecho de familia en Latinoamérica 2*, Vol 2, Córdoba, 2012, p 78 a 803; entre otros.

¹³ CIDH: Caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. (Par. 142). Para su consulta se puede acceder a la página web de la CIHH <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=385>. Esta misma noción se referenciada por el tribunal internacional en el caso “Formeron vs. Argentina Fondo, Reparaciones y Costas”, resuelto el 27 de mayo de dos mil doce (Parr. 98). En igual sentido la Corte afirmaba en la opinión consultiva 17-02 que “*El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refirió a la titularidad de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar ‘no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio’.*”

¹⁴ El Art. 19 de la Constitución Nacional de Argentina dispone que “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*”

¹⁵ Para profundizar sobre el tema de la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho familiar recomiendo la lectura de LLOVERAS, Nora: Nota editorial en *La autonomía personal en las relaciones de familia*, Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia N° 50, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 1/4.; MORCILLO, Silvia, *La Libertad y divorcialidad*, Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia N° 50, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 957106; TAVIP, Gabriel Eugenio, *El impacto de la autonomía de la voluntad en el surgimiento de diversos tipos de familia, en los derechos y deberes conyugales*, en LLOVERAS, Nora, *El derecho Latinoamericano de Familia 2*, Vol. 2, pgs. 763/787; entre otros.

¹⁶ En este sentido desde la doctrina se ha expresado que “*el cuerpo normativo propuesto tiene el gran valor de resguardar la libertad individual, privacidad y dignidad de los sujetos; como así también, al mismo tiempo, logra insertar reglas esenciales que hacen a la solidaridad familiar; priorizando a su vez la defensa de los derechos de los niños, tras la eliminación del juicio contencioso de divorcio*” (MIZRAHI, Mauricio Luis *Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto*, LA LEY 04/07/2012, 04/07/2012, 1 - LA LEY 2012-D, 888.

¹⁷ Ya en el año 1986 la CSJN habló del impacto de la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho matrimonial al habilitar el divorcio vincular cuando no era reconocido legislativamente en nuestro país (CFR: CSJN, Caso “Sejean c/ Sejean” 27/11/86, LL 1986-E-647). Por otra parte desde hace algún tiempo diversos tribunales del país han cuestionado diversos aspectos de la legislación vigente en materia de divorcio (según los postulados de la ley 23515/87) basándose justamente en el lugar que debe dársele a la autonomía privada.

4. Principales reformas en materia de matrimonio.

4.a Aspectos generales

En materia matrimonial el Proyecto de Código Civil y Comercial por una parte mantiene y consolida la nueva concepción que había introducido la Ley 26618¹⁸ del año 2010, al tiempo que plantea ciertas modificaciones a algunos aspectos en materia de impedimentos –se incorporan ciertas reformas que buscan compatibilizarlo con otras normas del ordenamiento civil¹⁹- y en la oposición de la celebración se readecuan las normas actuales con el objeto de brindar una mejor sistematización del sistema²⁰. Con respecto a la forma de celebración se realizan ciertas distinciones que se adecuan al nuevo régimen personal y patrimonial del matrimonio²¹ y en relación a las causales de nulidad relativas se elimina por ejemplo la de impotencia –actualmente receptada en el art. 220 inc. 3 del C.C.-²², entre otras.

Cfr: CNCiv., Sala B, del 6/5/1999, LL 2000-B-360; “B., R. B. y L., M. A.”, Trib.de Flia. Mar del Plata No.2. del 17/7/ 06, R.D.F. 2007 I, pags.105 y s.s., Edit. Lexis Nexis; CNCiv., Sala L, voto del Dr. Polak, del 15/12/1994 en LL 1996-B-44; Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 11/05/2011, M., R. J. y M., R. B., LLBA 2011 (agosto) , 771, JA 18/01/2012, 87, AR/JUR/17962/2011.

¹⁸ La ley 28618 de matrimonio civil (sancionada el 15 de julio de 2010 y promulgada 21 de julio de 2010), llamada generalmente de “matrimonio igualitario” modificó la tradicional concepción de matrimonio como la unión permanente y estable de hombre y mujer para receptor la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo.

¹⁹ Señalo como un ejemplo, que se elimina la causal de impedimento por ser sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, así como que la causal de impedimento por limitaciones a la salud mental se adecua a lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad – que con su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006, y ratificadas por Argentina por ley 26.378 del año 2008- y con la ley 26657, de “Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias” (Sancionada el 25/11/2010 y Promulgada el 02/12/2010. Publicada en el B.O. el 03/12/10). Así el art. 405 del Proyecto de C.C. establece que “*en el supuesto del inciso g) del artículo 403, puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial. La decisión judicial requiere dictamen previo de los equipos de salud sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes, sus representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente*”. Para una mayor profundización sobre el tema de protección de personas con capacidades limitadas véase: VILLAVERDE, María Silvia, *Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o personas con apoyo? El Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación ante la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU)*; DFyP 2012 (septiembre), 01/09/2012, 151; MUÑIZ, Carlos; *Personas con incapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental en el Proyecto de Código Civil y Comercial*; DFyP 2012 (septiembre), 01/09/2012, 158.

²⁰ Por ejemplo se limitan los legitimados activos para la oposición (ya no lo podrán hacer el tutor o el curador, como en el sistema vigente); por otra parte, en un mismo inciso se incluyen quienes son las personas unidas por parentesco que pueden realizar la oposición y finalmente se unifica en un solo artículo las cuestiones procedimentales que la figura implica.

²¹ Está previsto por ejemplo que el oficial público lea sólo el art. 431 del proyecto que refiere a la asistencia que se deben los cónyuges tal como se transcribe a continuación “*Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca*”.

²² En los fundamentos se explicita que esta supresión de la causal por impotencia se debe a diversas razones ya que “*atenta a la dignidad de las personas ventilar este tipo de intimidades en un proceso judicial cuya prueba es invasiva de la intimidad; las causas de la impotencia pueden ser diversas, de carácter objetivas y subjetivas, es decir, con determinada persona y no con otras, todo lo cual dificulta la prueba*”

Por otro lado realiza una sustancial alteración al tradicional régimen de deberes y derechos de los cónyuges con una mirada nueva que se proyecta de lleno en la vida matrimonial y se da una mayor libertad a los miembros de la pareja para elegir el régimen patrimonial que los regirá.

Las normas son receptadas entre los artículos 401 y 434 del Título I (Libro Segundo) del Proyecto. Allí se distribuyen los siguientes siete capítulos: 1) “Principios de libertad y de igualdad”, 2) “Requisitos del matrimonio”; 3) “Oposición a la celebración”; 4) “Celebración del matrimonio; 5) “Prueba del matrimonio”; 6) “Nulidad del matrimonio” y 7) “Derechos y deberes de los cónyuges”.

4.b La igualdad de tod@s y la libertad de elegir con quien casarse

Como eje central de la regulación legal del matrimonio adquiere relevancia principal lo establecido en el art. 402 que bajo la denominación “**Interpretación y aplicación de las normas**” especifica con precisión que “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 sexo”.

El proyecto sienta así las bases de la regulación del matrimonio, reafirmando dos de los principios generales que campean en todo el Código como son la igualdad de todos y todas y la libertad, que al ser receptados en esta norma general y abarcativa, se constituye como regla de interpretación que no puede ser vulnerada.

El respecto a la igualdad, tiene profundos basamentos constitucionales principalmente en lo preceptuado en el art. 16 de la C.N²³, pero también es referenciado en otros artículos del mismo ordenamiento máximo²⁴, así como es eje central de una serie de tratados internacionales de derechos humanos que forman parte de nuestro supremo ordenamiento jurídico²⁵.

El derecho a la igualdad se verifica no sólo en este principio general establecido por el art. 402 del Proyecto de Código Civil y Comercial, sino también que está presente en la regulación de todas las instituciones relativas al matrimonio y a las diversas relaciones jurídico-familiares²⁶.

²³ El art. 16 de la C.N. dispone que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

²⁴ Art. 1, 4, 14, 14 bis, 17, 20, 28, 37, 42, 43, 75 inc. 19 y 23, entre otros.

²⁵ Por ejemplo, de todo el articulado de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer surgen los postulados que mandan a los países legislar evitando cualquier discriminación por sexo; los art. II y XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; diversos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre muchos otros.

²⁶ Por ejemplo en materia de nombre de los hijos el proyecto prevé en el art. 64 que “El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro”, es decir que se posibilita la libre elección de los padres a la hora de designar el apellido familiar a la prole. Por su parte el art 67 permite a cualquiera de los cónyuges llevar el apellido de casado de su esposo/a, dejando de lado la discriminación existente en el que esa elección era sólo para que las mujeres usaran el apellido marital de su esposo (o desde la sanción de la ley 26618 para los matrimonios del mismo sexo).

Por tal motivo queda vedada cualquier regulación sea civil o de cualquier otra índole, que brinde una solución diferente teniendo en cuenta el sexo de la persona²⁷, o que limite los derechos por causa de orientación sexual.

Este último aspecto, es decir el poder decidir con quién conformar la unión matrimonial –con un hombre o con una mujer- no solo está protegido por el derecho a la igualdad señalado, sino por el respeto a la libertad de la voluntad que ya había tenido recepción en nuestro sistema con la sanción de la Ley 26618, tal como ya referenciara²⁸.

4.c La flexibilización de los deberes personales de los cónyuges

Uno de los grandes cambios que planta el Proyecto de Código –y que ha suscitado opiniones confrontadas en la doctrina que lo ha comentado²⁹ - es el relativo a la flexibilización de los deberes personales de los cónyuges ya que se suprime el deber de cohabitación, al tiempo que la fidelidad adquiere sólo un sentido moral. Cabe recordar que en cambio, en el sistema civil vigente, ambos deberes, junto a la asistencia/alimentos son elementos estructurantes de la institución matrimonial³⁰.

Así en el Capítulo 7 del proyecto, en el que se regulan los “*derechos y deberes de los cónyuges*”, el 431 establece que “*los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca*”, para luego desarrollar en los tres artículos siguientes los deberes alimentarios que tienen los cónyuges entre sí.

Es claro entonces que en el sistema pensado tanto la fidelidad, como el desarrollo de un proyecto de vida en común se configuran como metas que son esperables de quienes

²⁷ Así se eliminan en el proyecto la preferencia materna en materia de cuidado de los hijos menores de 5 años presente hoy en el art. 206 del C.C. o la figura de la nuera viuda sin hijos del art. 3576 bis del mismo cuerpo normativo.

²⁸ Para una mayor comprensión del sentido y alcance de la Ley 26618 recomendamos la lectura de los abundantes trabajos doctrinarios que se publicaron en ocasión de su sanción. Cfr: LLOVERAS, Nora, FARAONI, Fabián, ORLANDI, Olga, *El matrimonio civil argentino, Análisis de la ley 26618 - Código Civil - Modificación - Matrimonio civil*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010; GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Matrimonio Igualitario y derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2010; CHECHILE, Ana M., *La Ley de Matrimonio Igualitario y su incidencia en las relaciones paterno-filiales. Algunas oportunidades perdidas*. RDF 2011-48-107; BOSSERT, Gustavo, *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*, Astrea, Buenos Aires, 2011; FERRER, Francisco y otros, *Nuevo régimen legal del matrimonio civil, Ley 26618*, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2010, entre otros.

²⁹ Diferentes posturas aprobatorias o reprobatorias en relación a este aspecto del proyecto se puede ver en: MEDINA, Graciela, *Matrimonio y disolución*, en RIVERA, Julio Cesar, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 313 y ss.; BASSET, Ursula, *El matrimonio en el Proyecto de Código*, LA LEY 05/09/2012, 05/09/2012, 1.; MAZZINGHI, Jorge (h.), *El nuevo perfil del matrimonio (Primeros apuntes sobre el Anteproyecto de Código Civil y Comercial)*, 4/6/2012, Diario jurídico El Derecho, N° 13009, p. 3; HERNÁNDEZ, Lidia, B. OCAMPO, Carlos y UGARTE, Luis, *Matrimonio y divorcio en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial*; LA LEY 30/05/2012, 30/05/2012, 1 - LA LEY2012-C, 997; CÁRDENAS, Eduardo José, *La familia en el Proyecto de Código Civil*, LA LEY 15/08/2012, 15/08/2012, 1 - LA LEY2012-D, 1394.

³⁰ Véanse los art. 198, 199 y 200 del Código Civil.

contraen matrimonio, pero que no generan ningún tipo de responsabilidad ante su incumplimiento.

Se vincula de manera clara con el sistema de divorcio incausado que desarrollaré luego por lo que no será posible sancionar conductas de los cónyuges atribuyéndoles a ninguno la “causa” de la finalización del vínculo matrimonial.

Sólo subsiste un sólo deber jurídico y que se relaciona con la obligación alimentaria recíproca que tienen los cónyuges durante la convivencia o la separación de hecho (art. 432) o las limitadas situaciones en los que subsiste luego del divorcio (art. 434) –para el cónyuge con una enfermedad grave preexistente o a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos-.

De esta manera el proyecto centraliza en la “asistencia” al único deber personal derivado del matrimonio. Los otros deberes constituyen ideales a seguir de acuerdo a lo que cada matrimonio decide para su intimidad, instando a los cónyuges a desarrollar un proyecto de vida en común en el que la fidelidad se constituye como un deber de carácter eminentemente moral.

Así se deja de lado todo aquello que hace al ámbito de la intimidad, solución que a mi entender importa un acabado resguardo del derecho a la “libertad personal” e “intimidad personal” y que a la vez implica una clara valla a las acciones directivas del Estado en la vida de las personas³¹.

4.d La ampliación en relación a la elección del régimen patrimonial del matrimonio.

Otra de las grandes innovaciones planteadas por el Proyecto de Código Civil en materia de derecho matrimonial es la apertura–de manera limitada- el campo de la autonomía privada de los cónyuges a la hora de la elección del régimen que regirá sus relaciones patrimoniales, dejando de lado así el estricto sistema que rige en el actual ordenamiento³².

De esta manera se da cabida a la opinión doctrinaria mayoritaria del país que desde hace varios años proponía la reforma de la regulación limitativa vigente propiciando que se posibilitara a los cónyuges la elección del régimen patrimonial³³, que había sido incluida en

³¹ Esta posición la he sostenido en el trabajo doctrinario publicado en el año 2012. Cfr: TAVIP, Gabriel, *El impacto de la autonomía de la voluntad en el surgimiento de diversos tipos de familia, en los derechos y deberes conyugales*, en LLOVERAS, Nora y HERRERA, Marisa, *El Derecho de Familia en Latinoamérica* 2, Vol II, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2012 763 y ss.

³² Se recuerda que en el sistema hoy vigente las normas de la denominada “sociedad conyugal” está contempladas entre los art 1217 y 1322 en donde se establece un sistema legal y forzoso de comunidad del que los cónyuges no pueden prescindir.

³³ Cfr. KEMELAMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Autorregulación de las relaciones patrimoniales del matrimonio*, en VAZQUEZ, Humberto, y LLOVERAS DE RESK, María Emilia, *Derecho patrimonial de Familia*, Alveroni, Córdoba, 2000. P. 137 a 177.; MEDINA, Graciela, *El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial*; DFyP, LL 2012 (noviembre), 01/11/2012, p. 5; KRASNOW, Adriana, *Autonomía y orden público en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, Situación en el Derecho interno y en el Derecho comparado*, en KRASNOW, Adriana (Directora), *Relaciones Patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja*; Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011, p. 25 a 55, entre otros números trabajos y ponencias sobre el tema. Se ha expresado en relación a la limitación a la libre voluntad de los cónyuges presente en el régimen vigente que “como aspecto central de la estructura vigente, que las normas imperativas que la regulan y la limitación estricta de la autonomía de la voluntad responderían a las

el proyecto de Código Civil para la Argentina del año 1998³⁴ y que es una constante en la mayoría de los sistemas jurídicos del derecho comparado³⁵.

En el Proyecto que se comenta, y bajo la correcta denominación “*régimen patrimonial del matrimonio*” son receptadas en el Título II del Libro Segundo en donde además se sistematizan todas las normas relativas a la cuestión. De esta manera, no sólo se innova en relación a la posibilidad de elección del régimen, sino que también realiza cambios en numerosos aspectos centrales de la vida patrimonial de los cónyuges³⁶.

Más allá de estipular la posibilidad de elegir entre sólo dos régimen patrimoniales, se prevén normas comunes a ambos, que según los fundamentos están destinadas “*a la protección de los intereses familiares comprometidos*”.

Ese “régimen primario” será de orden público, imperativo e inderogable ya que no podrá ser desestimado por la voluntad de las partes (art. 454) y en el mismo se establecen las cuestiones relativas al deber de contribución que tienen los cónyuges entre sí y en relación a sus hijos (art. 455); disposiciones de protección de la vivienda conyugal (art. 456, 457 y 458); el mandato entre cónyuges (art. 459); la responsabilidad por deudas por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes (art. 461).

Como anticipara, el proyecto brinda la opción de elegir el régimen patrimonial del matrimonio, pero limitando las opciones a dos: el de comunidad –de carácter supletorio³⁷-, cuya regulación está prevista con una extensa estipulación entre los art. 463 á 504³⁸ o el de separación de bienes, entre los art. 505 a 508.

La opción podrá realizarse antes de la celebración del matrimonio mediante una convención matrimonial –según lo dispone el art. 446 inc. d)-³⁹ o puede modificarse el

necesidades del siglo XIX, pero difícilmente puedan ser mantenidas en la actualidad debido a las notorias diferencias que existen entre ella” (Cfr. AZPIRI, Jorge, *Algunas pautas para la reforma al régimen de bienes del matrimonio*, RDF N° 52, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 12).

³⁴ Proyecto de Código Civil de la Republica Argentina Unificado con el Código de Comercio, Decreto 685/95- Proyecto “1998”,

³⁵ En la actualidad son escasos los sistemas jurídicos del derecho comparado que mantienen un régimen patrimonial matrimonial en el que no es posible la elección en base a la voluntad de los cónyuges. Entre ellos se encuentra Argentina, Bolivia, Cuba y en algún Estado de México.

³⁶ Por el objetivo de este trabajo no se pueden agotar en este trabajo las diferentes reformas en materia patrimonial del matrimonio, por lo que sugerimos la lectura entre otros de MEDINA, Graciela, *El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial*; DFyP, LL 2012 (noviembre), 01/11/2012, p. 3; KRASNOW, Adriana N. *Las Relaciones Patrimoniales entre Cónyuges en el Proyecto*, DFyP, LL 2012 (julio), pp. 106/107; CAMPOS, Roberto, *La regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Código proyectado*; DFyP L.L. 2012 (noviembre), 01/11/2012, p. 43.

³⁷ Según el art. 463 “*A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el artículo 449*”.

³⁸ En las ocho secciones que abarcan el capítulo relativo al régimen de comunidad se incorporan las disposiciones relativas a los bienes incluidos y a las deudas, las formas de gestión de los mismos, las causas de extinción de la comunidad, las cuestiones relativas a la indivisión post-comunitaria y a su liquidación, la forma de realizar la partición.

³⁹ El proyectado artículo 446 establece que “*Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código*”.

elegido después con la condición que la nueva convención sea otorgada por lo menos un año después de la de la aplicación del régimen patrimonial originalmente elegido (art. 449).

En ambos casos –convención prematrimonial o modificación posterior- deben ser realizadas en escritura pública (art. 448) y sólo producirán efectos frente a terceros en los casos en que sean anotadas marginalmente en la partida de matrimonio (art. 448 in fine).

Para concluir con este aspecto de la reforma, entiendo que si bien la propuesta avanza en relación al respeto de la autonomía de la libertad de las personas, permitiéndoles la elección del régimen patrimonial que resolverá estas cuestiones en su vida matrimonial, no obstante ello esta “libertad” es limitada.

Debería, en cambio, haberse posibilitado la elección entre diferentes regímenes, incluso alguno autodiagramado por los propios cónyuges, sin que ello implique que ellos puedan sustraerse de ciertos aspectos básicos – que como anticipara- están contemplados en normas de orden público y que hacen a aspectos centrales de la institución matrimonial como son la asistencia recíproca y la protección de la vivienda familiar.

5. El divorcio en la reforma.

Otro de los aspectos en donde el Proyecto de Código Civil realiza una sustancial modificación es en materia de divorcio, finalizando así un ciclo que comienza con la ley 23515⁴⁰ del año 1987, momento a partir del cual se introduce en el derecho argentino la posibilidad de finalización del vínculo matrimonial por acción o voluntad de las partes.

Los ejes centrales de la reforma en materia de divorcio, que ha generando opiniones confrontadas en la doctrina que la han comentado⁴¹, pueden sintetizarse en: 1) El **divorcio** es la única solución a la crisis matrimonial -ya no se le da cabida a la separación personal⁴²-; 2) la

⁴⁰ Sancionada: Junio 3 de 1987; Promulgada: Junio 8 de 1987, publicada en el B.O.: 12/06/87.

⁴¹ Cfr: MIZRAHI, Mauricio, *Hacia una reforma de la ley de divorcio*, en RDF N° 52, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 23; LLOVERAS, Nora, *El divorcio en el anteproyecto de Código Civil*, Revista de Jurisprudencia Argentina, número especial, 2012-II, Editorial Abeledo Perrot, p. 23; MEDINA, Graciela, “*Matrimonio y disolución*”, en Rivera, Julio Cesar (Director) *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. 2012*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 313 a 348; TAVIP, Gabriel y Monjo, Sebastián, *El divorcio en Argentina y España: diferentes abordajes desde el método comparado, como aporte al Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial*, Revista J.A. (en prensa); HERNÁNDEZ, Lidia B., OCAMPO, Carlos G., UGARTE, Luis A., *Matrimonio y divorcio en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial*, LA LEY 30/05/2012, 30/05/2012, 1 - LA LEY2012-C, 997; ROVEDA, Eduardo, SASSO, Lorena y ROBBA, Mercedes, *El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial* y VELOSO, Sandra, *El proceso de divorcio según el Proyecto de Código Civil y Comercial*, ambos en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Julio 2012, p. 36 a 44 y 45 a 65; SAMBRIZZI, Eduardo *El divorcio en el anteproyecto de reforma al Código Civil*, SIRKIN, Eduardo, *El divorcio en el Proyecto de Reformas al Código Civil. Sintaxis del matrimonio y divorcio en la Argentina. Sus implicancias socioculturales a través de las distintas épocas. Responsabilidad de las decisiones del o los cónyuges*, ambos en Eldial.com (doctrina); DUPRAT, Carolina, *El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil*, Microjuris.com, 6 septiembre 2012, MJ-DOC-5924-AR | MJD5924, entre otros.

⁴² La supresión de la separación personal –hoy presente en nuestra legislación- obedece según los fundamentos a 1) los datos de la praxis judicial ya que prácticamente no se verifican en los hechos acciones de este tipo. Un ejemplo de ello es la investigación realizada en las Cámaras de Familia de la ciudad de Córdoba de la que se extraen datos corroborados de la no utilización de la figura legal de la separación personal. (Cfr: Cfr. BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia y CROCCIA, Laura: *El impacto judicial en la crisis familiar: divorcio vincular y separación personal*, en “*Gestión del sistema de administración de justicia y su impacto social*”, Colección de investigaciones y ensayos, N° 3, Centro de Perfeccionamiento Ricardo Nuñez, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2007, pag. 17 a 52) y 2) su razón de ser en un

judicialización del proceso –no se admite el divorcio administrativo-⁴³; 3) recepción de manera exclusiva del **divorcio remedio** (eliminación de causales)⁴⁴, que se relaciona de manera directa con la eliminación de los deberes de los cónyuges tal como están pensados en el sistema actual y 4) es el resultado de una decisión de **ambos** cónyuges o la **decisión unilateral** de uno de ellos, por lo que ya nadie podrá limitar al otro la voluntad de finalizar el vínculo⁴⁵.

Lo esencial de las normas proyectadas radica en la eliminación de las causales de divorcio –objetivas o subjetivas–, así como la exclusión de cualquier tipo de requisitos temporales para su procedencia ya que como se expresa claramente en los fundamentos “*esta postura legislativa también se funda en la necesidad de evitar intromisiones estatales irrazonables en el ámbito de intimidad de los cónyuges*”.

Los cónyuges además, ya no tendrán que resignar ámbitos de su privacidad porque no será necesario demostrar al juez las causales que hacen imposibles la vida en común –tal como está hoy regulado en el art. 236 del C.C. para el divorcio por presentación conjunta–, cuestión que hace a su más profunda intimidad⁴⁶.

El respeto a ultranza de la autonomía de la voluntad al tiempo de finalizar la unión matrimonial es el eje central por el que sobrevuela la cuestión y que se plasma de manera clara en el art 437 que expresa que “*el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges*”.

El único límite se encuentra dado en el art. 438⁴⁷ que estatuye los requisitos y el procedimiento, obligando a incorporar junto a la demanda el convenio regulador de los

contexto jurídico y social diferente al actual como eran los primeros años de la consolidación de la democracia de los años '80. En ese tiempo se planteó como una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular.

⁴³ Entre las diversas propuestas que trabajó la comisión reformadora –y que no fue acogida en el texto final– se encontraba una que posibilitaba el divorcio en sede administrativa, cuando ambos cónyuges se presentaran de común acuerdo, no hubiera hijos y tuvieran patrocinio letrado.

⁴⁴ La comisión reformadora destaca el alto verdadero valor de protección de la familia que tiene el divorcio remedio al afirmar que “la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible”.

⁴⁵ Sobre el impacto de la autonomía de la voluntad en materia de divorcio recomiendo la lectura de MORCILLO, Silvia, *La libertad y la divorcialidad*, en RDF N° 50, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 98 y ss

⁴⁶ Esta postura ya la he sostenido en Tavip, Gabriel, *Divorcio por presentación conjunta: ¿es legítima la intromisión del Estado cuando los cónyuges deciden finalizar su vínculo matrimonial?*, en RDF, N° 44, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009. p. 178. La jurisprudencia también se ha expedido en este sentido al expresar que “*la invasión al derecho a la intimidad que produce el pedido de explicaciones a un magistrado, en los términos de los arts. 215 y 236, CCiv., es notoriamente arbitrario e irrazonable, a punto de afectar la dignidad de las partes*” (Juzg. Familia Río Gallegos n. 2, 22/6/2010-O., N. E. v. P., J. L.).

⁴⁷ El art. 438 del Código Proyectado dispone que “*toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los*

efectos del divorcio⁴⁸, más allá que el desacuerdo en relación al contenido del convenio no suspende el trámite de mismo.

En relación a los efectos también se innova en el proyecto ya que se incluye una figura ajena a la legislación argentina como son las compensaciones económicas que se deben los cónyuges⁴⁹, así como incorpora normas claras relativas a la atribución de lo que fue la vivienda conyugal (art. 443 á 446)⁵⁰.

Como reflexión final entiendo que la incorporación del divorcio sin causa, sin plazos de espera y sin atribución de culpabilidad importa una verdadera preservación de la paz familiar ya que se propone una solución armoniosa ante el conflicto conyugal. Ello a la vez no supone situar a alguno de los miembros de la pareja en una situación de vulnerabilidad, ya que de los efectos del divorcio proyectado prevé soluciones que buscan una acorde protección del más débil.

6. La regulación de las uniones convivenciales.

Por último, en esta síntesis de aspectos de la legislación proyectada analizaré sucintamente otra de las grandes novedades del Código en análisis como es la regulación por primera vez en nuestra historia jurídica de las denominadas “uniones convivenciales”.

Son receptadas en el Título III, del Libro dos, -ubicadas luego de la regulación del matrimonio y el régimen patrimonial del matrimonio-, marcando un cambio central, una nueva dimensión en la visión social y su consecuente recepción legislativa pasándose de

intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local”.

⁴⁸ El propuesto art. 439 prevé los requisitos y contenido del convenio regulador el que debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges. Además debe contener lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria.

⁴⁹ Las compensaciones económicas son definidas en el art. 441 que determina que “*el cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez*”. Para profundizar sobre este tema es necesario recurrir a la doctrina española para lo que recomiendo la lectura de SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria, criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004; PAZ GONZALEZ, María Paz, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005. También en el derecho argentino se puede consultar a ARIANNA, Carlos, *Reflexiones sobre las prestaciones post divorcio*, en RDF N° 52, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 33 y ss.

⁵⁰El núcleo central de la atribución de la vivienda familiar esta establecido en el art. 443 que dispone que “*Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuye la custodia de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar*”.

una tesis abstencionista⁵¹ como la existente en la actualidad⁵² a una que la recepta, acepta y regula.

Las bases esgrimidos para la recepción normativa se pueden sintetizar en que: 1) se han incremento notablemente del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de la unión convivencial; 2) la aceptación de diferentes formas de organización y configuración familiar (prevista en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados y 3) en el creciente reconocimiento de efectos a uniones estables, permanentes, singulares y públicas en algunas leyes especiales nacionales y locales y en fallos judiciales.

Un punto de central importancia, según dan cuenta los fundamentos, fue la denominación de la institución como “unión convivencial”, desechándose de plano su designación como concubinato ya que se parte de la idea de la “no neutralidad del lenguaje” y “la palabra “concubinato” receptada en el Código Civil vigente, tiene sentido peyorativo”⁵³.

La conceptualización está presente en el art. 509 que las define como “*la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo*”.

Es decir que esa relación afectiva de dos personas del mismo o de diverso sexo tiene como elementos estructurantes: 1) debe ser singular, por lo que no se puede configurar más de una en un mismo tiempo; 2) tiene que ser pública y notoria: es decir que debe ser conocida por los “otros”; 3) deber presentar caracteres de estabilidad y permanencia, o sea que tiene que prolongarse ininterrumpidamente en el tiempo (por lo menos dos años de acuerdo a lo establecido en el art. 510).

Las uniones pueden ser registradas, pero esa inscripción sólo tiene efectos probatorios (art. 511), ya que su existencia podrá ser acreditada por cualquier medio probatorio (art. 512).

Un aspecto que a mi entender genera una verdadera tensión es el relativo a la autonomía de la voluntad y la regulación de estas uniones de hecho. Es decir qué solución se le brinda a aquellas parejas que no quieren ser sometidas a un estatuto legal por el sólo hecho de convivir en una relación afectiva.

En este punto el proyecto permite en el art. 513 realizar pactos –que deben ser hechos por escrito- por lo que los miembros de la unión puedan desligarse de la regulación

⁵¹ Esta tesis “abstencionista” en relación a la regulación de las uniones de hecho tiene raigambre en el Código de Napoleón, época en la que la doctrina expresaba que “*Si les concubines se passent de la loi, la loi se desinteresse d’eux*” (Si los concubinos prescinden de la ley, la ley se desinteresa de ellos).

⁵² Los efectos previstos hoy en nuestra legislación para las parejas de hecho son escasos y se pueden sintetizar en beneficios previsionales, en la posibilidad de continuación de la locación por la persona que convivía con el locatario, o como presupuesto de adquisición de determinados derechos (por ejemplo el matrimonio in extremis del art. 3573 del C.C.), entre otros.

⁵³ CFR.: FAMA, María Victoria, *Convivencias de pareja: aportes para una futura regulación*, en RDF N° 52, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p 57.

legal, pero esos acuerdos no pueden alterar el denominado “núcleo duro” de las uniones como es lo establecido en los art. 519, 521 y 522.

Esa base irrenunciable está constituida por: 1) los alimentos durante la convivencia; 2) la solidaridad por las deudas contraídas por cualquiera de ellos para solventar necesidades del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos comunes y 3) la protección de la vivienda familiar.

Esta restricción a la autonomía de la voluntad tiene base, según lo expresado en los fundamentos en un “orden público” que es estos aspectos es irrenunciable y que posibilita la protección de los “derechos fundamentales” de los miembros de la unión.

El proyecto incorpora una serie de efectos para las uniones convivenciales que cumplan los requisitos establecidos para su conformación y que se explayan en las relaciones patrimoniales (art. 518).

La regulación prevé: 1) un sistema de libre administración y disposición de bienes (con excepción de lo dispuesto a la vivienda y los enseres familiares y a la responsabilidad por deudas para gastos domésticos (art. 521); 2) un régimen de asistencia mutua, que contempla un derecho-deber de prestarse alimentos mientras dure la convivencia (art. 519); 3) la determinación de formas equitativas y conjuntas de contribución a los gastos del hogar (art. 520); 4) se prevén también normas que determinan las maneras de hacer frente a las deudas contraídas con terceros (art. 521) y 6) disposiciones de protección de la vivienda de la familia (art. 522)⁵⁴.

Por último, la regulación proyectada estipula las causas y los efectos ante la finalización de la convivencia. Así el art. 523 determina que el cese se produce frente a la muerte o ausencia con presunción de fallecimiento –sin generar derechos sucesorios-; por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros o de los convivientes entre sí; por acuerdo de ambos o decisión de alguno de ellos; o por el cese de la convivencia por un período superior a un año.

Estos efectos se establecen, como una regulación similar a la del divorcio, compensaciones económicas (arts. 524 á 525), y la forma de atribución del uso de la vivienda familiar (art. 526 y 527). También se determina la forma de distribución de los bienes habidos durante la unión (art. 528).

⁵⁴ Para una mayor profundización recomiendo la lectura de SOLARI, Néstor, *Las Uniones convivenciales en el Proyecto*, en RDFyP, Julio 2012, La Ley, Buenos Aires, p. 98 y ss; KRASNOW, Adriana, *Las uniones convivenciales*, en RIVERA, Julio Cesar, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 371 y ss; PELLEGRINI, María Victoria, *Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código Civil*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y HERRERA, Marisa (coordinadoras), *El derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, Número especial de Jurisprudencia Argentina, 2012-II, p 3. ; FAMA, María Victoria, *Convivencias de pareja: aportes para una futura regulación*, en RDF N° 52, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p 55 y ss; GIOVANNETTI, Patricia y ROVEDA, Eduardo, *Las Uniones Convivenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil*, ELDIAL diario jurídico on line; SOJO, Agustín *Efectos de la pretendida regulación de las uniones convivenciales*, ELDIAL diario jurídico on line

Corresponde precisar como conclusión que la novedad legislativa importa un avance necesario en pos de la consideración de la igualdad a las diferentes relaciones jurídicas familiares y brinda una protección a los miembros de la pareja que se condice con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos.

Más allá de ello entiendo que de acuerdo a la legislación proyectada existe en este aspecto una limitación impropia a la autonomía de la voluntad en tanto no se permite a los miembros de la unión desligarse absolutamente –mediante un pacto- de una regulación forzosa (el denominado “núcleo duro”) en caso que así lo decidan, constituyendo por lo tanto en una intromisión impropia a su intimidad.

7. Reflexiones finales.

1. El Código proyectado importa un avance significativo en el respeto a la autonomía de la voluntad de las personas, constituyéndose en un instrumento idóneo para la protección de los derechos fundamentales de las personas.
2. El diseño del matrimonio en el Proyecto se enmarca adecuadamente dentro de la legislación vigente que posibilita su celebración con otra persona del mismo o de diverso sexo.
3. La readecuación de los deberes matrimoniales manteniendo la asistencia mutua como único deber jurídico es apropiado a una nueva visión de la institución matrimonial.
4. La posibilidad de optar por un régimen patrimonial diferente al hoy vigente importa también un sustancial avance en la protección de la libertad de elegir de los miembros de la pareja conyugal. No obstante debería haberse diseñado un sistema de mayor libertad a la hora de elegir el régimen que puede regir la vida económica del matrimonio.
5. La “incautación” del divorcio presente en el Proyecto implica que la legislación busque salidas apropiadas ante la crisis matrimonial, evitando procesos causados e inculpatorios que en cada contribuyen a la paz familiar.
6. La regulación de las uniones convivenciales importa un verdadero respeto a la diversidad y una protección a quienes eligen una forma relacional diferente. Sin perjuicio de ello entiendo que debería autorizarse la posibilidad de que los miembros de la unión en ejercicio de su voluntad autónoma decidan que sobre ese vínculo no exista ningún tipo de regulación.