

## DE LA DESTRUCCION DEL MATRIMONIO EN LA SOCIEDAD CIVIL ARGENTINA

*Belisario Ortiz B.*

El tema, tal como está propuesto, indica una evolución histórico-normativa, por la cual la institución matrimonial legislada civilmente, después de la organización político-jurídica del país, se ha ido desfigurando mediante sucesivas reformas legislativas hasta perder su carácter absolutamente institucional para adquirir uno nuevo, cercano al contractualista.

El enfoque está tomado desde la sola perspectiva de la ley civil, ya que el tópico, de suyo, otorga muchas y mayores posibilidades. Pero es el caso hacer notar, que entre los fines de toda norma, y también la humana-temporal, está el *docente* ya que la ley, además de mandar, prohibir, permitir o punir, enseña al legislado lo que debe hacer o abstenerse, por ser regla y medida de conducta común.

En este sentido, al legislador le cabe una función y una responsabilidad consecuente, de carácter didáctico, pues en la medida que muestra lo lícito e ilícito, a la luz de sus normas, crea hábitos de conducta en el prójimo legislado y forma costumbres en la sociedad que tiene a su cuidado. De ahí la importancia de este aspecto docente de la norma, y las consecuencias que puede acarrear cuando ésta se convierte en "iniquidad".

La discusión se plantea desde antaño, entre los contractualistas y los institucionalistas, en materia matrimonial. El Código Civil Argentino, en su primera redacción de 1871, se inclina netamente por la tesis del matrimonio-institución; pese a que no contiene una definición concreta de matrimonio posee varias normas que autorizan indubitablemente a concluir esta aseveración. Así, el art. 345, por ejemplo, sostiene que "el parentesco es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descenden de un mismo tronco".

La tradición jurídica se mantiene en el anteproyecto BIBILONI de reformas de 1936 que define en cierta forma a la familia diciendo: "Este código reconoce a la familia legítima la base principal de la sociedad y en el matrimonio la fuente de aquélla". Aquí se encuentran ligados por relación causal a la familia con el matrimonio, de lo que se puede inferir que el estado familiar condiciona la formulación matrimonial o casamiento.

Pero donde mejor se nota la orientación institucionalista del codificador es en el capítulo que se refiere al "divorcio". Vélez Sársfield se basó prin-

principalmente en fuentes canónicas, ya que constitucionalmente el Estado Argentino sostiene el culto católico, apostólico y romano; dejando librado al juez eclesiástico la dilucidación de las causas de divorcio, entre los casados según el rito de la Santa Madre Iglesia.

Así el art. 167 establecía: "El matrimonio entre personas católicas debe celebrarse según los cánones y solemnidades prescriptas por la Iglesia "Católica", y el juez civil sólo tenía atribuciones en materia ejecutoria, para fijar los alimentos y litis expensas que debía pasar un cónyuge a otro, según lo resuelto en el fuero eclesiástico por el juez competente.

Para los casados sin intervención de la Iglesia, el codificador instituyó sólo tres causales de divorcio: a) el adulterio, b) la tentativa contra la vida del otro cónyuge, y c) las ofensas físicas o malos tratos. Pero lo que queda a salvo en todos los casos es la subsistencia del vínculo matrimonial, el que no se ve disminuido ni alterado por una declaración de divorcio la que sólo tiene efectos de separación jurídico-personal.

Lo único que caduca con la declaración de divorcio es el deber de cohabitación y se disuelve la sociedad conyugal en cuanto a los bienes que componen el acervo patrimonial, pero subsisten los demás deberes y derechos, como el de fidelidad y el de prestación alimentaria, como así también la vocación hereditaria respecto del cónyuge inocente.

Pero esta legislación estupenda, y acorde con el sentir y la constitución del país, sólo tuvo diecisiete años de vigencia. El primer ataque provino de la Ley de Matrimonio Civil de 1888, que reivindicó para el juez civil laico las potestades otorgadas al juez eclesiástico respecto de los cónyuges casados según el rito católico. Además amplió las causales de divorcio, agregando la provocación a cometer adulterio u otros delitos, las sevicias, injurias graves y el abandono.

No obstante, mantuvo en su capítulo sobre el divorcio el criterio institucionalista reconociendo que la única disolución del vínculo matrimonial era factible por la muerte de uno de los cónyuges. El divorcio consensual o por mutuo consentimiento, aun en este aspecto restringido de la separación corporal, se mantenía explícitamente proscripto, así como lo había proscripto Vélez Sársfield.

Los ataques a la institución matrimonial no se circunscribieron a la sanción de dicha ley, sino que hay un sinúmero de antecedentes parlamentarios de proyectos que no obtuvieron sanción y que propiciaban el divorcio vincular. Son de recordar, el del diputado Juan Balestra de 1888, del diputado Carlos Olivera de 1901, que casi obtuvo sanción parlamentaria, pues los divorcistas perdieron por sólo dos votos, el de 1907 de Alfredo Palacios que incluía como causal el mutuo consentimiento; el de 1933 del diputado Angel M. Giménez y otros.

El ataque frontal al matrimonio llegó finalmente con la sanción de la ley 14394, aprobada la misma noche de su presentación el 14 de diciembre de 1954, que acordaba el divorcio vincular, y que felizmente tuvo muy corta vigencia, pues fue derogada en este aspecto por decreto-ley 4070, del año de 1956. Pero ya estaba abierta la brecha por la cual irrumpiría toda una campaña divorcista en el país.

Finalmente llegamos a la sanción de la ley 17.711, que agrega un art. 67 bis a la ley de Matrimonio Civil, incluyéndose por primera vez el divorcio por mutuo consentimiento, pero con ciertas modalidades y limitaciones sugeridas por el episcopado nacional, como se reconoce en el mensaje ministerial. Este tipo de divorcio tampoco aparece como vincular y tiene los efectos de una sentencia pronunciada por culpa concurrente.

El sistema se establece para matrimonios con dos años al menos, y mediante dos entrevistas personales y secretas ante el juez del domicilio conyugal que procurará avenimiento, con un intervalo mínimo de dos meses y máximo de tres, bajo pena de desistimiento tácito e "ipso iure" de la acción entablada. Los efectos no son vinculares, sino sólo extensivos a la separación personal y a la disolución de la sociedad conyugal.

La presentación conjunta de los cónyuges sólo requiere que se exprese la "existencia de causas que hacen moralmente imposible la vida en común", las que serán luego explicadas verbalmente en sendas audiencias con el juez competente y que no constarán, en manera alguna, en las actas ni en la sentencia o resolución a pronunciarse. La función del magistrado se circunscribe, en la emergencia, a procurar conciliación y a resolver según su ciencia y conciencia.

La primera cuestión que se plantea, es saber si este procedimiento ha ampliado o no el número de causales de divorcio taxativamente enumeradas en la ley. La doctrina se divide y los que se inclinan por la negativa sostienen, con razón, que la ciencia del juez es la propia ley, y que, por lo tanto, no cabe hablar de una ampliación de causales, sino de una averiguación secreta de que las causas alegadas coinciden con alguna de las causales previstas en la norma positiva.

Pero la norma habla también de la "conciencia" del juez. Y aquí cabe preguntarse, ¿de qué conciencia se trata? Parecería que de la "conciencia moral", pues la conciencia jurídica se identificaría con el conocimiento de la ley con lo que repetiría los mismos términos de "ciencia" y "conciencia". Ahora bien, la conciencia moral sabemos que puede ser escrupulosa o laxa, y en este segundo caso corremos el riesgo que un juez interprete extensivamente las causales de divorcio.

En la práctica, esta fórmula ambigua y equívoca ha llevado a que los Tribunales atiendan a cualquier tipo de invocación. Basta decir ante un juez que hay dificultades económicas insalvables, que ya no existe el amor,

que se sostienen fuertes disputas, que hay incompatibilidad de caracteres, para que el juzgador entienda, como lo pretenden los interesados, que hay causas lo suficientemente graves para tornar imposible la vida en común, y decrete la separación personal.

Esto ha producido una relajación de costumbres tal, que es ya corruptela que toda presentación conjunta de divorcio obtiene sentencia favorable, como si el juez se encontrara atado de pies y manos para efectuar su evaluación o merituación de la situación real que plantean los cónyuges. Y por otra parte, el sistema no admite ninguna instancia probatoria, ni ninguna facultad judicial para averiguar la verdad de los hechos alegados, con lo que se cae en el absurdo de que los cónyuges en convivencia pueden inventar la causal más horripilante para motivar y fundamentar una resolución favorable a sus intereses.

Lo que parecía una facilidad en los trámites tribunales, y una ventaja por el sigilo con que se trataban las cuestiones conyugales, se ha trocado en un cambio de mentalidad en el tratamiento del tema matrimonial. La ley ya no fomenta el sentido institucional del matrimonio, sino que crea la conciencia contractualista. La letra descalifica el divorcio vincular, pero el espíritu de la reforma lo introduce por vía del mutuo consentimiento.

No pocas veces se nota a los cónyuges en presentación conjunta ser reticentes en audiencia ante el juez civil, pues subconscientemente consideran que sus motivaciones son cuestiones íntimas que no deben ventilarse en los Tribunales, y que el juez está obligado para con ellos a acceder a sus peticiones sin cuestionarlas. Este es justamente el efecto nocivo de la prédica legal, éste el efecto de una enseñanza perniciosa.

Como si no fuera poco, la jurisprudencia se ha vuelto asaz laxa en el tratamiento de los requisitos o extremos legales exigidos para una declaración de divorcio de esta naturaleza. Se considera que la segunda entrevista prevista en la norma apuntada no sería necesaria, pues bastaría que los cónyuges manifestaran que subsisten las causales y situaciones relatadas en la primera entrevista, como asimismo su voluntad de separarse.

Recientemente, la Corte Suprema ha entendido que no es necesario tampoco la presencia personal de los cónyuges a la segunda audiencia, como lo preceptúa la ley; bastando a tal efecto un mandato suficiente en procurador o abogado que los represente en ese acto. En una palabra, cada vez el Tribunal reviste un carácter más decorativo, nada de juzgamientos y merituaciones, sólo un trámite burocrático, un papeleo y asunto concluido.

Otra cuestión que se ha visto desnaturalizada por vía de interpretación, es la del desistimiento "ipso iure" ante la inasistencia personal a las audiencias, o del exceso de los términos legales de las entrevistas. Los Tribunales han entendido que se puede tener indefinidamente abierta una

instancia de divorcio por mutuo consentimiento, y solicitar nuevas instancias sin que pueda considerarse desistido el trámite.

Finalmente, si los cónyuges empeñados en legalizar su separación personal se encontraren con un juez de conciencia estricta que rechazara sus pretensiones motivadas en razones fútiles, siempre les quedaría abierta la instancia de apelación ante el Tribunal de Alzada, frente al que podrían exponer una bien urdida trama para fundar sus agravios y obtener la revocación de la sentencia de rechazo.

La norma inserta, en contra de una buena tradición jurídica, contiene una contradicción interna. Por una parte exige la intervención valorativa de un Tribunal, con lo que se pone en evidencia el interés societario por el matrimonio y la familia, y por otra, niega a ese mismo Tribunal la posibilidad de averiguar la certeza de los hechos alegados, con lo cual toda pareja bien instruida por un abogado inescrupuloso obtiene sus propósitos divorcistas.

Los terribles efectos de esta reforma se notan asimismo en los llamados "divorcios de expectativa". Un matrimonio desavenido que quiere "rehacer su vida" cada cual por su lado, pero que aún cohabitan, pues todavía no han encontrado personas con quienes convivir, recurren a este procedimiento fácil del art. 67 bis de la ley de Matrimonio Civil, y obtienen una sentencia de separación personal y disolución de la sociedad conyugal, con la cual quedan autorizados a constituir un nuevo patrimonio propio que fundamente una convivencia adúltera.

Si bien la ley prevé la posibilidad de promover acción posterior al divorcio declarado, persiguiendo la declaración de culpabilidad sobreviniente del cónyuge inocente, en este procedimiento especial tal situación no se dá, pues la declaración es siempre por culpa concurrente y no cabe modificación en este sentido, prohibiéndose de esta suerte las uniones ilícitas "a posteriori" de la declaración.

Hemos dicho al comienzo que la norma puede ser prescriptiva, prohibitiva, permisiva y punitiva; pero si una norma prohibitiva se convierte en permisiva, como la precedentemente analizada, cambia todo el sentido de la ley, ya que lo que en principio se prohibía, ahora se permite, que es una suerte de mandar o prescribir, con lo cual se favorece directamente el fin que en un comienzo se pretendía evitar con la prohibición.

El divorcio vincular no está vigente en la Argentina, aunque por breve lapso lo estuvo; sin embargo, la legislación facilita la práctica de la bigamia no denunciada, ya que crea en la conciencia de la gente la noción de que el matrimonio civil es un contrato que se puede revocar, con sólo presentarse conjuntamente ante el juez del domicilio conyugal, y exponerle reiteradamente sobradas razones que lo justifiquen.

Crea asimismo, en la conciencia de los Tribunales, la noción que frente a cónyuges resueltos a legalizar su separación personal no hay nada que oponer y es "humanitario" facilitarles las cosas para evitar hacer públicas sus desavenencias. Es la docencia inicua de la ley que niega al magistrado la jurisdicción de decir en cada caso el derecho y el deber de cada parte, dejándolo en manos de los propios interesados.

Cuando la legislación particular es dictada por los propios interesados, estamos en presencia de un típico contrato en los cuales las convenciones hacen ley para las partes. Si esto es llevado al plano matrimonial se convierte a la institución natural, fundamento de la sociedad natural, en un contrato revocable, fundamento de la sociedad artificial que puede resolver destruirse por un pacto en contrario.

Una sociedad que admite en su fundamento —la familia— el principio de revocabilidad, es una sociedad que se suicida. Una norma que fomenta el convencimiento que el matrimonio es por naturaleza revocable no hace a la cohesión social, sino que es disolvente; no es ley, decimos que es iniquidad. El bien de la comunidad, decimos, que proviene del bien de la parte social, y el primero y principal de esos bienes, es su propia existencia como matrimonio y como familia.