

## ELECCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO: ¿UN MAL NECESARIO?

ANDRÉS SUTELMAN\*

**Resumen:** El Régimen Patrimonial del Matrimonio es una institución de derecho que ha sufrido modificaciones y embates a lo largo de su desarrollo.

El Derecho, como ciencia que se encarga de normar las conductas de las personas entre sí y en relación con los bienes, se encuentra fuertemente ligado a la sociedad del momento, a las circunstancias que lo rodean en tiempo y espacio.

A medida que la sociedad fue evolucionando, el Derecho la siguió por detrás, mutando para poder dar respuesta a las necesidades que iban surgiendo.

La rama del Derecho de Familia está sometida a esa realidad cambiante y, con el correr de los años y con las alteraciones que sufrieron las familias “clásicas” o “tipo”, fue adaptándose según los usos y costumbres de cada población.

Es en este contexto de permanente adaptación en que hay que vislumbrar el Régimen Patrimonial del Matrimonio, como uno de sus institutos más controversiales y trascendentes en la vida cotidiana de las personas.

El siguiente trabajo permitirá, en forma sucinta, explicar la realidad actual que está atravesando el régimen, con sus dificultades y alternativas, y cómo llegamos hasta la misma, para poder intentar configurar un mejor panorama para la República Argentina.

**Abstract:** The system of marital property is a legal institution which has undergone changes and has been ravaged throughout its development.

Law, as the science in charge of regulating the behavior of people towards one another and in connection with property, is deeply connected with the society of the time, with the existing circumstances regarding time and space.

As society evolved, Law followed suit, changing so as to respond to the needs that emerged.

\* **Estudiante de Abogacía (UBA).**

Family Law is subject to such changing reality and, as time passes, and together with the changes experienced by the “classic” or “standard” family, accommodated to the customs and practices of each population.

It is taking into account such context of permanent adjustment that the system of marital property must be addressed as a legal institution highly controversial and relevant regarding people’s daily life.

This article provides a brief explanation of the current situation of the system, including its difficulties and its alternatives, and of the path followed to get to such situation, so that a more encouraging outlook for Argentina can be attempted.

**Palabras clave:** Derecho de familia- Sociedad conyugal- Régimen patrimonial matrimonial.

**Keywords:** Family Law – community property – system of marital property.

El Régimen Patrimonial del Matrimonio es una institución de derecho que, como tantas otras, ha sufrido distintas modificaciones y embates a lo largo de su desarrollo.

El Derecho, como ciencia que se encarga de normar las conductas de las personas entre sí y en relación a distintos bienes, se encuentra fuertemente ligado a la sociedad del momento, a las circunstancias que lo rodean en tiempo y espacio.

A medida que la sociedad fue evolucionando, el Derecho la siguió por detrás, mutando para poder dar respuesta a las necesidades que iban surgiendo y así, convertirse en una ciencia exitosa.

La rama del Derecho de Familia comparte esa realidad constantemente y, con el correr de los años y las alteraciones que sufrieron las familias “clásicas” o “tipo”, fue adaptándose según los Usos y Costumbres de cada población.

Es en este contexto de permanente adaptación en que hay que vislumbrar el Régimen Patrimonial del Matrimonio, como uno de sus institutos más controversiales y trascendentes en la vida cotidiana de las personas.

El siguiente trabajo permitirá, en forma sucinta, explicar la realidad actual que está atravesando el régimen, con sus dificultades y alternativas, y cómo llegamos hasta la misma, para poder intentar configurar un mejor panorama para la República Argentina.

## MONOGRAFÍA COMO INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.

Antes de comenzar el desarrollo mismo del siguiente trabajo, creo conveniente hacer una pequeña, pero valiosa aclaración al respecto.

Mucho se ha escrito sobre el Régimen Patrimonial del Matrimonio y se han analizado las distintas corrientes explicativas al respecto. En este caso, sin dejar de lado todo el bagaje con que cuenta la discusión doctrinaria, se tomarán dichas ideas con un objetivo claro. Se intentará sobrepasar los límites de una monografía para poder convertirse, humildemente, en un trabajo de investigación. De esta forma, se planteará un conflicto actual existente en nuestra sociedad para reflexionar sobre dicha situación y poder buscar posibles soluciones ante al mismo, plantear nuevos panoramas posibles para el Régimen Patrimonial del Matrimonio Argentino.

La Dra. Ana Kunz explica que el proceso de una investigación es “la aparición continua de un número determinado de actividades que resultan de tal forma interdependientes, que el primer paso en buena parte determina la naturaleza del último. El hecho de saltar alguna de las etapas hace que surjan dificultades, que pueden llegar, incluso, a imposibilitar la conclusión del trabajo. Las etapas fundamentales de una investigación son:

- a. Selección del tema;
- b. Planteo del problema;
- c. Diseño de la prueba;
- d. Respuesta al problema.

Existe una etapa que no pertenece estrictamente a la investigación, pero que resulta tan importante como todas ellas: la redacción del informe final. La comunicación de los resultados es una parte esencial de las responsabilidades del investigador”<sup>1</sup>.

De esta forma, el primer paso, previo al real trabajo investigativo, consiste en una selección bastante amplia que permite un primer acercamiento. En este caso concreto, se vería reflejado por el Régimen Patrimonial del Matrimonio. Sin embargo, ante esta elección, uno se encontraría frente a

<sup>1</sup> KUNZ, Ana, “Estudios de Sociología y Metodología”, publicado en *Lecciones y Ensayos* n° 50 (1988), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, pp. 85-97.

una excesiva cantidad de información diversa que podría ser tildada de relevante.

Por lo tanto, conviene especificar el campo de investigación para asegurarse que la evidencia conseguida es relevante para las preguntas planteadas. De este modo, el siguiente trabajo se enfocará en los conflictos existentes frente a la elección de regímenes “económicos” para el matrimonio. ¿Debería mantenerse la Imperatividad del Código Civil o permitirse la Autonomía de la Voluntad de las Partes para convenir lo que crean más conveniente para su relación particular? ¿Deben permitirse las Convenciones Matrimoniales, como gradualmente se viene observando en el Derecho comparado, o debemos mantener la tradición del Régimen Legal y Forzoso?

Frente a estas preguntas, intentaré brindar una hipótesis que permita ordenar el enfoque de la investigación y adelantaré que creo pertinente una modificación legislativa que avale el régimen convencional en materia “patrimonial-matrimonial”. No debe dejarse a un lado la legislación actual, sino mantenerla y reafirmarla, pero con un tinte supletorio, es decir, ante la falta de elección del régimen que crean más conveniente los futuros cónyuges. A lo largo de la investigación, intentaré desarrollar esta hipótesis y sus fundamentos, mediante la recolección de datos (doctrina, legislaciones...) que sirvan de sustento a la misma.

Es así que nos encontramos en este momento en la última etapa de la Investigación científica de la Dra. Kunz, en el Informe Final que permita transmitir los conocimientos adquiridos, los resultados logrados.

#### ALGUNOS CONCEPTOS EN CLARO...

Para poder precisar el tema a investigar, es necesario enfocarse en el núcleo de la discusión.

Existen muchas definiciones sobre el Régimen Patrimonial del Matrimonio, aunque suelen ser bastante similares.

Al respecto, el Dr. Vidal Taquini lo considera un “conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con los terceros”<sup>2</sup>. Y, para entrar en un mayor detalle, Ambroise Colin

<sup>2</sup> VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Régimen de bienes en el matrimonio”, Editorial Astrea, tercera edición, año 2001, p.4.

y Henri Capitant, en su obra conjunta, lo especifican como “el conjunto de reglas que fijan las relaciones pecuniarias de los esposos durante el matrimonio, los derechos de los terceros que contraten con ellos o que, por una u otra causa, lleguen a ser sus acreedores, y finalmente, los derechos respectivos de cada esposo el día que llegue a disolverse el matrimonio”<sup>3</sup>.

Por otra parte, se suele decir del régimen que posee tres características básicas:

- Necesidad: Debido a que, con la celebración del matrimonio, aparecen cuestiones patrimoniales que deben ser reguladas.
- Legal o Convencional: Teniendo en cuenta si dicha regulación proviene de la ley o de las partes en cuestión (más allá de la crítica que se tratará a continuación).
- Mutable o Inmutable: Dependiendo si la opción por un régimen que regule dicho aspecto patrimonial se puede realizar en cualquier momento o exclusivamente antes de la celebración del matrimonio.

De ahí surge la importancia de poder analizarlo tan detenidamente. Porque, como su esencia lo indica, todo país civilizado debe contar con un régimen patrimonial del matrimonio –aunque sea absolutamente convencional– que reglamente cómo se manejarán los esposos entre sí y con relación a terceros durante la vigencia del matrimonio –y hasta luego de disuelto–.

Asimismo, al ser un instituto tan controversial, ha sido analizado desde distintos ángulos y así surgieron distintas clasificaciones al respecto. En este trabajo, únicamente haré mención a la proporcionada por el Dr. Castán Tobeñas<sup>4</sup> por razón del origen de los regímenes. Así, pueden ser convencionales o legales. A su vez, proporciona subclasificaciones: en el convencional pueden observarse aquellos regímenes de libertad absoluta y aquellos de elección entre varios tipos preestablecidos por la ley; y el legal puede subdividirse según se aplique obligatoriamente o supletoriamente.

<sup>3</sup> COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri, en “Curso elemental de derecho civil”, Madrid, Reus, año 1926, t. III, vol. 1, p. 3, citado en la obra de VIDAL TAQUINI, Nota N° 2.

<sup>4</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, “Derecho civil español, común y foral”, Madrid, Reus, año 1941, t. III, p. 531-532, citado en la obra de VIDAL TAQUINI, Nota N° 2.

En el caso particular de Argentina, se encontraría en un régimen legal que se aplica obligatoriamente, pero que permite la aplicación restringida de unas pocas convenciones enumeradas taxativamente.

Por otro lado, como en el caso de Bolivia o aquellos en que sigue rigiendo el derecho soviético, existen países en que el régimen legal obligatorio no admite ninguna convención en contrario.

Sin embargo, esta clasificación sufre de una sola, aunque sustancial crítica y es que, en definitiva, la ley es la única fuente de todo régimen. Crítica con la que no me encuentro en disconformidad debido a que, inclusive en aquellos regímenes donde se obligue a adoptar un régimen en forma convencional –como en México en cuyas oficinas del Registro Civil se entregan a los novios que son ignorantes en la materia, formularios con las cláusulas más comunes de los dos regímenes “convencionales” admitidos-, de todas formas, hay una norma que regula dicha opción de elección. Siempre es la ley la que permite en mayor o menor medida que las partes puedan concertar dichas convenciones, debido al orden público que rige en el derecho de familia, en miras a la protección del interés familiar.

## EVOLUCIÓN CONSTANTE

Aclarado el punto anterior, seguiré con otro punto que, a mí entender, permitirá comprender cómo llegamos a nuestros días, con nuestra legislación.

Ante todo, no debe perderse de vista que el derecho es esencialmente ciencia en continua evolución. Especialmente, explica el Dr. López del Carril que “en el Derecho Civil no caben las ‘revoluciones’, sólo caben las ‘evoluciones’ de acuerdo con las condiciones sociales, éticas y económicas permanentemente cambiantes que se operan en toda sociedad civilizada.”

<sup>5</sup> Y es así que los distintos “regímenes patrimoniales-matrimoniales” responden a las diferentes concepciones ético-socio-jurídicas de cada sociedad determinada en un momento histórico también determinado.

El codificador Vélez Sarsfield había redactado la legislación matrimonial (con su consecuente régimen patrimonial), teniendo en cuenta fundamentalmente “las costumbres de nuestro país”, según se encarga de aclarar en su Nota al Título de la Sociedad Conyugal. Así, en un célebre fragmento

<sup>5</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., “Prólogo a la Primera Edición”, año 1971, en Ob. Cit. en Nota 2, pp. IX-XII.

de su pensamiento argumenta que “esas leyes no han sido necesarias en la República, pues nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y si su falta no hace menos felices los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país (...) La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y para el derecho de terceros”. Esta corriente de pensamiento luego la volcaría en el articulado de su codificación.

Pero vale aclarar que se refería a las costumbres del país, en una época determinada y frente a una población específica. Los tiempos han cambiado desde aquel 1869 y con ellos, la legislación también. No hay que perder de vista que el país se encontraba teñido de una fuerte impronta religiosa. Tuvieron que pasar varios años antes de que se pudiera conseguir un derecho realmente secular, no religioso.

El Dr. Vidal Taquini, al respecto, opina, con gran acierto, que “el derecho debe servir para armonizar y facilitar la vida del individuo, de la familia, de la sociedad... Todo régimen matrimonial debe responder a las necesidades económicas y a la manera de ser del pueblo al que es destinado, siempre presidido por el factor ético”<sup>6</sup>.

Este mismo panorama puede observarse, en líneas generales, en la evolución de dicho instituto a nivel mundial.

No es casualidad advertir cómo fueron desarrollándose los regímenes patrimoniales del matrimonio con el avance de las sociedades y su corolario en la mutación de las familias.

El Dr. Augusto Cesar Belluscio<sup>7</sup> realiza un breve racconto –con la ayuda de la recopilación de distintos autores referentes en la materia– de los antecedentes históricos de esta figura que permite comprender su evolución. En lo personal, el derecho francés es un claro ejemplo para un mejor entendimiento, pero, para eso, hay que entender también otros derechos “clásicos”.

En el Derecho Romano –explica– existían dos variantes de matrimonio: el *cum manu* que conllevaba un régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido, debido a la incapacidad de la

<sup>6</sup> VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Advertencia del Autor”, en la obra citada precedentemente, pp. XIII-XV.

<sup>7</sup> BELLUSCIO, Augusto Cesar, “La elección de régimen matrimonial por los esposos”, Especial para La Ley, T. 1994-A, Sec. Doctrina, pp. 799-810.

mujer casada que quedaba sometida a la potestad del marido o a la de su pater-familia, según el caso; y el *sine manu* que implicaba la separación de bienes como consecuencia de la independencia patrimonial de los cónyuges. Recién aparece el primer acercamiento a las convenciones matrimoniales con el surgimiento de la Dote (como adelanto de herencia hecho por el pater-familia a la novia en el matrimonio cum manu, o como aporte de bienes al marido por parte de la mujer o de un tercero para ayudar a solventar las cargas del hogar y el sostenimiento de los hijos).<sup>8</sup>

Por otro lado, en el Derecho Germánico se daba una situación inversa. Se realizaba una especie de compra de la novia por el novio, quien entregaba el *Wittum*, convertido finalmente en donación del marido a la mujer y la *Morgengabe*, regalo efectuado después de iniciada la cohabitación. Sin embargo, el régimen se limitaba a una comunidad de administración en manos del marido.<sup>9</sup>

En una situación diferente se encontró el Derecho Español que poseía dos visiones opuestas entre sí. Por un lado, en Castilla sólo se permitieron las convenciones que contenían la constitución de la dote o la manifestación de los bienes aportados por cada uno de los cónyuges al matrimonio —en una situación semejante a nuestro actual derecho argentino—. Por otro lado, en los derechos forales (conjunto de ordenamientos jurídicos de derecho privado que se aplican en algunas zonas del país, como en Cataluña, Aragón y Navarra), las capitulaciones matrimoniales fueron utilizadas desde la Edad Media y alcanzaron su esplendor en los siglos XVII y XVIII, marcando una clara diferenciación entre ambas regiones<sup>10</sup>. No

<sup>8</sup> MAYNZ, Charles, “Cours de droit romani”, t. III, 3<sup>o</sup> ed., parág. 393, París-Bruselas, 1974; TIMBAL, P.C., “Droit romani et ancien droit français (régimes matrimoniaux, successions, libéralités)”, París, 1960, N<sup>o</sup> 10, N<sup>o</sup> 11, N<sup>o</sup> 12 y N<sup>o</sup> 15; ARIAS RAMOS, J., “Derecho Romano”, 11 ed. Revisada por J. A. Arias Bonet, t. II, parág. 297, Madrid, 1969; JÖRS, Paul, “Derecho privado romano”, edición refundida por Wolfgang Kunfel, parág. 180, Barcelona, 1965, citadas en obra nombrada del Dr. BELLUSCIO, Augusto Cesar.

<sup>9</sup> TIMBAL, P.C., *ob. cit.* en nota anterior, N<sup>o</sup> 38, 46, 47 y 48; OURLIAC, Paul - DE MALAFOSSE, Jean Louis, “Histoire du droit privé”, t. III; “Le droit familial”, París, 1968; PLANITZ, Hans, “Principios de derecho privado germánico”, trad. De la 3<sup>o</sup> ed. Alemana por Carlos Melón Infante, parág. 81, I, y 85, I y IV, Barcelona, 1957, citadas en la obra del Dr. BELLUSCIO.

<sup>10</sup> LACRUZ, José Luis - ALBALADEJO, Manuel, “Derecho de Familia. El matrimonio y su economía”, N<sup>o</sup> 185, Barcelona, 1963; CASTAN TOBEÑAS, José, *ob. cit.* en Nota 4, t. V, “Derecho de Familia, vol. 1<sup>o</sup>”, “Relaciones conyugales”, 11 ed. Actualizada por GARCÍA CANTERO, Gabriel y CASTAN VÁZQUEZ, José M., pp. 313/15, Madrid, 1987, citados en *ob. cit.* del Dr. BELLUSCIO.

habría diferencia alguna entre dichas capitulaciones y las convenciones actuales, salvo por la conceptualización que implica el término “capitulación” que debería reservarse exclusivamente para aquellos pactos que se realicen antes del matrimonio porque capitular implica la concertación previa de algo. En cambio, el término “convención” tiene una conceptualización más abarcadora, sin dicha limitación temporal.

Por último, es el ejemplo del Derecho Francés el que permitirá una clara ilustración –a mí entender– de la evolución histórica. En un comienzo, en la época merovingia (entre los siglos V y VIII), se ensamblaron la dote romana y la germánica. Sin embargo, debieron transcurrir tres siglos más para que surgiera la regulación convencional de algunos derechos de los cónyuges entre la alta aristocracia<sup>11</sup>. La evolución hizo que se fijaran ciertas reglas consuetudinarias hasta la llegada de Jean Lecoq (allá por el 1400) que permitió algunas convenciones matrimoniales. Así siguió el desarrollo y, por la necesidad de lograr una unificación en su regulación, con motivo de la movilidad territorial que comenzó a sufrir la población a partir del siglo XVI, se admitió finalmente la elección del régimen matrimonial, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes<sup>12</sup>. Permiso que se mantuvo con el Código de Napoleón y que se amplió con una reforma en las últimas décadas, admitiéndose la mutación del régimen después del matrimonio.

Aquí se puede comprender cómo la realidad de las distintas épocas va consiguiendo una adaptación concreta del derecho, según las necesidades lo van requiriendo.

Tras analizar la evolución en distintos derechos “clásicos”, es hora de abocarse a nuestra legislación y su regulación a lo largo de los años.

En un primer momento, como ya se aclaró previamente, Vélez redactó un Código Civil en el que, en materia matrimonial, decidió apartarse de sus referentes internacionales, para legislar de acuerdo a los usos y costumbres del país del momento. Es así que, teñido de una fuerte religiosidad, consideró al matrimonio como un régimen deseado e indisoluble. Siendo así, el codificador se adhiere al principio de Legalidad en materia de régimen

<sup>11</sup> OURLIAC, Paul - GAZZANIGA, Jean Louis, “Histoire de droit privé français de 1<sup>o</sup> An mil aun Code civil”, pp. 300-302, Paris, 1985, *ob. cit.* del Dr. BELLUSCIO.

<sup>12</sup> TERRE, François - SIMLER, Philippe, “Droit civil. Les régimes matrimoniaux”, N<sup>o</sup> 150, Paris, 1989; OURLIAC - GAZZANIGA, *ob. cit.* en nota 11, p. 309, citados en la obra del Dr. BELLUSCIO.

patrimonial del matrimonio y lo impregna de una fuerte imperatividad en su regulación. De esta manera, los cónyuges debían atenerse a respetar el Orden Público que se había impuesto en miras a la protección de la familia e, indirectamente, a los terceros que contrataban con los esposos.

Es así que Vélez comienza el Título II, De la Sociedad Conyugal, prohibiendo las convenciones matrimoniales. En una clara manifestación de oposición a la posibilidad de que los cónyuges pudieran pactar el régimen económico por el cual se regirían durante la vigencia del matrimonio (*para evitar así las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio*), comienza dicha sección admitiendo unos pocos contratos entre cónyuges. Luego, dicho art. 1217 Cód. Cit. se vería modificado por la reforma de la Ley 17.711 (de 1968), derogando dos incisos del mismo, pero manteniendo la esencia de la prohibición de realizar convenciones nupciales. De esta forma, el artículo queda finalmente redactado con el siguiente tenor: “Antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1 - La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 2 - Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa.”

Vale aclarar antes del análisis de dicho artículo, como primera crítica, que no se entiende porqué la Ley 17.711 mantuvo la redacción del segundo inciso, marcando una clara diferenciación entre marido y mujer, y atentando contra la igualdad de los cónyuges.

Al comenzar su Título con respecto a la Sociedad Conyugal de esta manera, Vélez demarca la prohibición general de contratar entre los cónyuges, y sólo admite dos contratos específicos, ambos de carácter prenupcial, es decir, antes de la celebración del matrimonio: Contrato de Inventario de los bienes que cada uno lleva al matrimonio y Donaciones que se hicieren antes de dicha celebración.

Asimismo, los dos artículos siguientes remarcan su tajante negativa con respecto a los contratos en el matrimonio. Así reza el art. 1218 del Código Civil: “Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor”, y el art. 1219 del mismo código expresa: “Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado.” Asimismo, a lo largo del articulado en la materia, se pueden encontrar otros ejemplos de la imperatividad que tiñe

todo el régimen patrimonial. El art. 1231 aclara que “la esposa no podrá hacer por el contrato de matrimonio donación alguna al esposo, ni renuncia de ningún derecho que pueda resultarle de la sociedad conyugal”, el art. 1261 demarca que “la sociedad principia desde la celebración del matrimonio, y no puede estipularse que principie antes o después” (es decir que, con la celebración del matrimonio, comienza la sociedad conyugal y, con ésta, el régimen patrimonial vigente de Participación en los Gananciales con Administración Separada). En la misma línea, “la sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges” (art. 1291), y se deben añadir como causales taxativas, la Ausencia con Presunción de Fallecimiento –incorporada por la ley 14.394– y el Divorcio Vincular –incorporado por Ley 23.515–.

En definitiva, se puede observar con claridad la postura que han mantenido nuestros legisladores a lo largo de la historia del régimen.

Sin embargo, en los últimos años, la sociedad argentina –como reflejo de las sociedades en general– ha sufrido severas modificaciones que llevaron a que, cada vez con mayor frecuencia y fuerza, se oigan posturas contrarias a dicho régimen impuesto.

Como corolario, nos encontramos frente a una realidad innegable, y es que el derecho en general y el régimen patrimonial del matrimonio en particular, se encuentran en constante evolución y en tanto esto configura parte de su esencia misma, debe estarse en una discusión constante sobre su actualidad frente a la realidad imperante o su necesidad de modernización.

## EL PROBLEMA VIGENTE

La sociedad argentina actual no es la misma que Vélez había tenido en miras al momento de regular su Código Civil.

Hoy existen distintos factores que han llevado a las personas a encarar al matrimonio desde otra perspectiva.

Un artículo publicado en el diario Infobae, con fecha del 14 de enero del corriente año, lamenta que en el 2008 hubo menos casamientos que en 1918, con el doble de la población<sup>13</sup>. Es una breve, pero concisa nota

<sup>13</sup> Página de Internet: <<http://www.infobae.com/contenidos/425912-0-0-En-2008-hubo-menos-casamientos-que-1918-doble-poblaci%C3%B3n>>, consultada en 29/04/2009.

periodística que brinda distintas posibles razones para dicho fenómeno. Según estadísticas tomadas por el periodista, hubo menos de 13.000 matrimonios en la Ciudad de Buenos Aires y, sin embargo, se entregaron 12.942 certificados de convivencia. Lo alarmante es que dicha cifra se había dado 90 años atrás, cuando la población era menos de la mitad que la actual en dicho territorio. Asimismo, aclara que sólo uno de cada 1.000 habitantes contrae matrimonio, algo que ha descendido desde la década pasada (ocho cada 1.000). En un intento de encontrar posibles explicaciones frente a estos acontecimientos, buscan la ayuda de profesionales que brindan distintas hipótesis. Desde diversos tipos de factores económicos, culturales y sociales, se busca encontrar “la” causa que originó dicha reducción en el número de casamientos. Por un lado, se considera que el ritual del matrimonio se encuentra desvalorizado y que a la gente ya no le interesa comprometerse ante el Estado. Por otro lado, se apuntan a realidades que viven las personas hoy, como la postergación de la primera unión, el aumento de la edad en que se tiene el primer hijo, la persistencia de niveles de fecundidad bajos, el aumento de uniones consensuales, la unión conyugal sin hijos, la paternidad y maternidad fuera de uniones estables y la transformación del rol de la mujer y su mayor autonomía, especialmente económica. Todas estas causales buscan pintar un panorama que explique la situación argentina actual. Por mi parte, creo conveniente añadir un motivo que se desprende de los anteriores y que tiene que ver con que, por distintas razones, la gente no confía en un régimen que implique *para toda la vida* o que, al momento de disolverse, pueda afectar su poderío económico, por más pequeño que éste pueda ser.

Sinceramente, no creo que haya una única causal que origine esta merma, sino la conjunción de todas, mas sí creo que existe un reclamo de parte de la sociedad, al menos, que exige un replanteamiento de la legislación actual en materia matrimonial.

## OTRAS LEGISLACIONES

La realidad imperante en nuestro país no es un reflejo de las distintas legislaciones que, extrañamente, suelen asemejarse más en otras materias.

Analizando el derecho comparado, se puede observar que existe una distinción entre aquellos países que no admiten las convenciones matrimoniales, sino que poseen un régimen legal imperativo, y aquellos países que sí las admiten. Dentro de esta corriente, existen algunos que se encuentran

en un extremo, avalando la absoluta libertad por parte de los cónyuges al momento de convenir acuerdos nupciales y otros que, en una postura más intermedia, admiten las convenciones, pero establecen aquellos regímenes patrimoniales entre los que los cónyuges podrán hacer su elección y regulan un régimen legal en forma supletoria, para el caso de su silencio.

A manera de ejemplo, enunciaré algunos casos para entender cómo se encuentra dividido el mundo en este aspecto, tomados de la obra del Dr. Vidal Taquini<sup>14</sup>.

Por un lado, países como Rusia, y junto a él todos aquellos que reflejen el antiguo derecho soviético, Bolivia, Ecuador y Venezuela, no admiten las convenciones de los esposos y adoptan un régimen legal, único y forzoso. Generalmente, estipulan un régimen patrimonial de Comunidad en los Gananciales. Esto se suele explicar por el carácter que aún posee el matrimonio en dichos países, al mantener una visión tradicionalista del mismo, al igual que la conservaba nuestro Codificador. En un extremo mayor aún, se encuentra India que, manteniendo el carácter sacramental del matrimonio, expresa que, directamente, no existen las relaciones patrimoniales entre esposos.

En el otro extremo, existen países que, con una fuerte inclinación por el Contrato como forma de regulación de todo tipo de relación entre las personas, aplican dicha postura en lo que atañe al matrimonio. Es así que en Inglaterra, España y algunos Estados de los Estados Unidos (como Luisiana, Texas, Arizona y Carolina del Norte) se admiten todo tipo de contratos entre los esposos, tanto previo a la celebración del matrimonio, como durante su vigencia.

Por último, en una postura intermedia se encuentran la mayoría de los países occidentales e, inclusive, algunos del Oriente también. Es una postura que regula algún régimen patrimonial del matrimonio, pero exclusivamente en forma supletoria para el caso de que los futuros cónyuges nada expresen al respecto. Si bien existen graduaciones en cuanto a la libertad de contratar entre unos y otros, existe una línea semejante entre ellos. Así, los futuros cónyuges pueden elegir entre uno de los regímenes establecidos por ley y deben concluir cualquier tipo de convención frente a alguna autoridad, ya sea judicial o administrativa. El régimen patrimonial legal es dispositivo, para el caso en que no convengan nada, y suele ser –con

<sup>14</sup> VIDAL TAQUINI, Carlos H., Parte Segunda “Legislación Extranjera”, en la *ob. cit.* de la Nota 2, pp. 25-164.

algunas pequeñas variaciones- un régimen de comunidad de bienes (ya sea de muebles y gananciales o de estos últimos nomás). La opción que suelen adoptar las partes para evitar dicha regulación es de Separación de Bienes. Existen muchos ejemplos que adoptan medidas similares, tanto en países europeos, como algunos muy cercanos a nuestras idiosincrasias. En este grupo, podemos encontrar a Alemania, Suiza, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Noruega, Islandia, Grecia, Japón, países centroamericanos, Costa Rica, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Asimismo, existen países que admiten la mutabilidad del régimen elegido durante la vigencia del matrimonio, como es el caso de Francia, Bélgica, Italia, México, Perú y Chile. En el caso de Francia, por ejemplo, se hace la aclaración de que, después de los dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, los esposos pueden convenir, en el interés de la familia, la modificación o sustitución del mismo, por acto notarial que será sometido a la homologación del tribunal del domicilio. Asimismo, el Dr. Villegas opina, en lo que respecta al derecho mexicano, aunque podría aplicarse a nivel general, que “se persigue dar seguridad jurídica a los cónyuges, de manera que exista certeza en cuanto al régimen de bienes, certeza que se obtiene por el convenio que al efecto celebran los esposos y no por presunción legal.”<sup>15</sup> Otros países, por el contrario, prohíben expresamente esta mutabilidad y disponen que sólo podrán realizar convenios y adoptar un régimen patrimonial antes de la celebración del matrimonio, como el caso de Portugal o Israel.

Viendo el panorama general, se nota cómo una gran mayoría de países se inclina por esta postura intermedia. Al mismo tiempo, remarca la necesidad de nuestra modificación legislativa el darse cuenta de que justamente son los países que nuestros legisladores tienen como referentes al momento de legislar nuevas normas o, por otro lado, se asemejan al tipo de sociedad que somos y que buscamos ser. No llama la atención entonces, que en este grupo se encuentren países como Francia, Italia, México o los Países Nórdicos, y países como Chile, Uruguay, Paraguay y Brasil.

En lo que respecta a esta materia, también existe otro punto por el cual es importante conocer dichas legislaciones.

Otro cambio que se vive constantemente en nuestros días es la necesidad de mudarse de país en búsqueda de nuevas y mejores oportunidades,

<sup>15</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Derecho civil mexicano. Derecho de familia”, México, Robredo, año 1954, t. II, vol. I, p. 417, citada en ob. cit. en Nota 14.

en un mundo globalizado en que las fronteras se encuentran desdibujadas. Por lo tanto, no sería raro que dos personas contraigan matrimonio en un país y vivan en distintos países a lo largo de su vida, o por lo menos, de la vida de la sociedad conyugal.

En nuestro caso, la Ley 23.515 de 1987, vino a sustituir el Título Del Matrimonio, del Código Civil. En lo que a este tema se refiere, el art. 163, vino a regular que “las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes, se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.” Esto se diferencia del régimen aplicable en cuanto a las relaciones personales de los cónyuges que será determinado por la ley del domicilio efectivo, es decir, donde los mismos viven de consuno (según art. 162).

Antonio Boggiano, en su “Curso de Derecho Internacional Privado”<sup>16</sup>, explica entonces que las convenciones matrimoniales de las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal y el cambio de éste no altera la ley aplicable. Los jueces llamados a resolver controversias de esta índole son los indicados en el art. 227 del mismo Código. Para obtener la jurisdicción hay que ir al último domicilio conyugal o al domicilio del demandado y, en cambio, allí rige el derecho del primer domicilio conyugal. Cabe destacar, por ejemplo, que la necesidad del asentimiento del cónyuge no titular de un bien inmueble a punto de ser dispuesto (art. 1277 del Código Civil), se aplica siempre y cuando se aplique el derecho argentino en virtud del mencionado art. 163 del Código Civil.

En este punto también es importante notar que, en este mundo globalizado en el que vivimos, se va afianzando la integración de distintos bloques territoriales. En nuestro caso, el Mercosur ha intentado asumir cierto rol integrador, aunque ha tenido sus dificultades para lograrlo. Actualmente, siguen generándose otras alternativas, como es el reciente caso de la Unasur. Pero es muy fácil observar cómo, en este caso tan puntual como es el régimen patrimonial de un matrimonio, los países sudamericanos no

<sup>16</sup> BOGGIANO, Antonio, “Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las relaciones privadas internacionales”, en la Tercera Edición Ampliada y Actualizada, de Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 2001, en el Capítulo X “Matrimonio”, pp.461-552.

coinciden en su regulación. En este caso, el que se diferencia es Argentina, impidiendo una más fácil regulación conjunta y una más fácil resolución de conflictos que puedan surgir sobre este tema.

## NECESIDAD DE CAMBIO

Habiendo realizado el análisis anterior, me encuentro en posición de opinar y argumentar que coincido con la necesidad de una reforma legislativa en la materia.

Al respecto, cuento con el apoyo de un jurista como el Dr. Borda que explica que “nadie es mejor que los propios interesados para apreciar cuál es el régimen que mejor conviene a sus intereses. Sin embargo, la mayor parte de las personas contraen matrimonio sin celebrar dichas convenciones matrimoniales, sujetándose a los regímenes legales supletorios. Pero esto no debe significar que los menos queden impedidos de establecer el régimen que ellos puedan creer más conveniente”<sup>17</sup>.

Por lo tanto, más allá de que siga existiendo gente que no encuentre la necesidad de regular expresamente sus relaciones patrimoniales al momento de contraer matrimonio, esto no implica que no sea una necesidad que se halle patente en nuestra sociedad. Lo único que generaría es que, aquellos que realmente deseen pautar ciertas cuestiones, deban cruzar las fronteras para poder llevar a cabo sus intereses.

Se suele criticar que un régimen convencional puede atentar contra la confianza en la pareja. Sin embargo, creo que ocurre exactamente lo contrario. Aquellos que sí quieren, pueden dejar “las cosas en claro” desde un principio para que después no haya confusiones. Por otro lado, tampoco se busca una modificación que implique, como en el caso mexicano, que los futuros cónyuges deban obligatoriamente elegir algún régimen, sino que pueden optar por el silencio, ateniéndose al régimen vigente actual, sin que los afecte la discusión doctrinaria que se está llevando a cabo en este trabajo.

En pocas palabras, el Dr. Fleitas Ortiz de Rozas<sup>18</sup> realiza una excelente compilación sobre las razones que generan la necesidad de cambio: “el

<sup>17</sup> BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil argentino: Familia”, en la Tercera Edición Aumentada y Actualizada, de Perrot, Buenos Aires, en la impresión de 1962, T. I, p. 201.

<sup>18</sup> FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, “¿Imperatividad o Autonomía? El régimen matrimonial de bienes en el proyecto de reforma del Código Civil”, T.1999-F, Sec. Doctrina.

régimen imperativo de comunidad se relacionaba con una estructura económica y social de la familia (la mujer reservada a la vida doméstica y a la crianza de los hijos) que ha cambiado sustancialmente, pues ahora hombre y mujer comparten el mercado de trabajo y desarrollan actividades económicas productivas en un pie de igualdad; que el pluralismo social aconseja no imponer un modelo único y permitir que los directamente interesados elijan el que más se ajusta a sus circunstancias; que la igualdad entre los cónyuges implica reconocerles la libertad para acordar sus propias reglas patrimoniales; que la evolución del derecho de familia le concede un lugar cada vez más amplio a la autonomía de la voluntad; que la vigencia del divorcio genera segundos matrimonios donde los contrayentes frecuentemente no quieren verse nuevamente atados por las complicaciones del régimen patrimonial comunitario; y que la circunstancia de que una eventual mayoría prefiera para sí el régimen de comunidad no justifica imponer esas reglas a la minoría.”

#### HIPÓTESIS DE RESOLUCIÓN

En esta línea de pensamiento actualmente existe un Proyecto de Reforma del Código Civil, desarrollado por una Comisión creada por el Decreto 685-95.

En pocas palabras, según expresa en sus fundamentos, el mismo “incorpora la posibilidad de optar entre el régimen de comunidad y el de separación de bienes al momento de la celebración del matrimonio, o de modificarlo con posterioridad. Determina como régimen supletorio para el caso de falta de opción el régimen de comunidad de bienes. Prevé disposiciones comunes a todos los regímenes patrimoniales matrimoniales inderogables por la voluntad de las partes... Permite la libre contratación entre esposos”<sup>19</sup>.

En otras palabras, se dejaría a un lado la impronta del régimen legal y forzoso para admitir la elección a cargo de los cónyuges, siempre y cuando se apeguen a unos de los tipos permitidos por ley y que no sean contrarios al orden público, a la igualdad de los cónyuges, a las buenas costumbres o a

<sup>19</sup> MEDINA, Graciela, “La posibilidad de pactar el régimen de bienes en el matrimonio. Limitaciones y proyecto de reforma del Código Civil, en Página de Internet: <<http://www.graciamedina.com/archivos/articulos/pdf/000050.pdf>>, consultada en 23/04/2009.

la buena fe. Asimismo, el Proyecto establece una regulación en protección de los terceros, al imponer la inscripción de dicha opción en el Acta de Matrimonio, así como la obligación de realizar en escrituras públicas las convenciones al respecto.

Por otro lado, esta posible Reforma agranda el abanico de posibilidades al “permitir la modificación del régimen adoptado después de dos años de aplicación del régimen” (según el art. 441 del Proyecto). La Dra. Mariana Kanefsch<sup>20</sup> opina, al respecto, que este plazo mínimo impediría que los cónyuges estuviesen cambiando constantemente el régimen patrimonial, afectando al seguridad jurídica de los terceros que quisieran contratar con ellos, y por otro lado, permitiría conocer la funcionalidad de dicho régimen para el matrimonio en cuestión.“

Por último, esta nueva regulación, manteniendo en gran medida el régimen actual, concluye diciendo que, ante el silencio o la falta de elección del tipo establecido por ley, se entenderá que los cónyuges se regirán por el régimen legal vigente, dando el pie a los artículos presentes en el Código Civil.

Desde otro punto de vista, si bien admite una mayor autonomía de la voluntad de las partes en cuestión, no por eso esta Reforma permite que los cónyuges puedan pautar lo que quisieran, aún en abuso entre ellos o frente a terceros. Por eso, incorpora un concepto que no se encontraba en nuestra legislación actual, protegiendo aún más a todas las personas afectadas por este régimen.

La Dra. Medina, propulsora de este Proyecto, explica que, más allá de que ha sido tachado como anti-solidarista y contrario al interés familiar, “es superlativamente más tuitivo de la familia que el régimen vigente al incorporar un conjunto de reglas de orden público que establecen pautas proteccionistas de los derechos a la vivienda familiar, de los muebles que en ellas están incluidos y de las necesidades básicas de los cónyuges y sus descendientes, de las que hoy se carece o se tiene en un grado reducido.”<sup>21</sup> Un ejemplo de esto se ve en la ampliación de la protección del cónyuge no titular del bien inmueble en donde está radicado el hogar conyugal (de

<sup>20</sup> KANEFSCSK, Mariana, “Autonomía de la voluntad, cambio de régimen y régimen primario”, en Página de Internet: <<http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000119.pdf>>, consultada en 23/04/2009.

<sup>21</sup> MEDINA, Graciela, “Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil”, en Página de Internet: <<http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000010.pdf>>, consultada en 23/04/2009.

acuerdo al art. 1277 del Código Civil), ya que no es requisito necesario la existencia de hijos menores o incapaces en el mismo, sino que basta para otorgarla que allí convivan los cónyuges, nada más.

Este breve resumen del Proyecto de Reforma muestra los prejuicios que existen al respecto y el estudio pormenorizado que se le ha dado al mismo para buscar una mejor solución para la sociedad y las familias que existen en nuestra sociedad actual.

## PENSAMIENTO FINAL

Para concluir con el trabajo, me gustaría acudir a dos frases que explican la necesidad de la reforma que se promueve.

Por un lado, el Dr. Borda aclama que “el derecho es disciplina al servicio de la vida del hombre; como tal no puede ignorar la realidad social; por el contrario, debe valorarla, combatirla, destruirla, tomarla, para transformarse en realidad jurídica viva y no ser una formulación vacía sin contenido social. Los cambios operados desde la vigencia del Código son profundos en las ideas, en los sentimientos, en las costumbres, los criterios y las condiciones de vida, tocantes a lo cultural, lo moral, lo económico. El derecho, por tanto, no puede permanecer impasible dejando de reflejar esas profundas transformaciones. El derecho debe adecuarse a las necesidades de los tiempos...”<sup>22</sup>.

Por otro lado, la Dra. Mariana Kanefsch trae a colación un pensamiento muy acertado. Se suele escuchar una crítica bastante fuerte con respecto a que se estaría discutiendo una regulación que afectaría tan solo a un pequeño grupo, que sería el que realmente optaría por el régimen de Separación de Bienes. Al respecto, contesta que “actualmente comienza a desarrollarse en la doctrina y la jurisprudencia una nueva idea de democracia, la del sistema jurídico que respeta las minorías. Por ello, no creo que sea suficiente argumento para no modificar el régimen patrimonial, el que sólo una minoría haga uso de la libertad de elección. Estaríamos en presencia de un sistema jurídico perverso si sólo se legislara para la mayoría y se impidiera a las minorías arbitrariamente la regulación de sus derechos”<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> BORDA, Guillermo A., “A propósito de la reforma de 1968 al Código Civil”, LL, 1981-B-1016, citado en Ob. Cit de VIDAL TAQUINI, Nota 2, p. 272.

<sup>23</sup> KANEFSCSK, Mariana, “Autonomía de la voluntad, cambio de régimen y régimen primario”, *ob. cit.* en Nota 20.

Al comienzo de este trabajo, comencé preguntándome si la posibilidad de elegir el régimen patrimonial aplicable al matrimonio era un mal necesario, si debía mantenerse la imperatividad existente en nuestro ordenamiento jurídico o si, por el contrario, debíamos inclinarnos en favor de la mayoría de las legislaciones comparadas. Al formularme dicha pregunta, buscaba ubicarme en la posición de aquellos autores que encuentran en los contratos un interés completamente opuesto al interés en juego al iniciar la vida conyugal. Sin embargo, al analizar la evolución normativa y sociológica, pude observar la verdadera *necesidad* que existe en la materia de actualizarse, aggiornarse a la sociedad en que vivimos. No logro ver el *mal* que pueda generar abrir la posibilidad a los futuros cónyuges de acordar de qué manera desean organizar su propia sociedad conyugal. Vale recordar asimismo que, en caso de no creer necesario tener que plantearse dichas preguntas al iniciar dicho plan de vida común, no hay motivo para hacerlo. Simplemente habrá que respetar la normativa existente que seguirá vigente, sólo con un tinte supletorio.

Como corolario, la sociedad pide un cambio de perspectiva. Distintos factores coadyuvan para que este cambio sea una realidad. El proyecto ya está planteado, el mundo lo recibiría con ansias, sobre todo, nuestros vecinos sudamericanos. No implica derogar la regulación actual del Código sino, tan solo, incorporar un articulado que admita la elección del régimen y que los contrayentes puedan acordar las convenciones necesarias para un mejor manejo de su vida conyugal, siempre que no alteren el Orden Público, la Buena Fe, la Moral y las Buenas Costumbres.