



UNIVERSIDAD  
TORCUATO DI TELLA

# ESCUELA DE DERECHO

Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 13 (Agosto de 2012)

## **SOBRE LA DEROGACIÓN DE LOS DEBERES DE FIDELIDAD Y COHABITACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

Ezequiel Spector

### **I. INTRODUCCIÓN**

El objetivo de este ensayo es marcar una asimetría en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial; más precisamente, en la parte que regula la institución del matrimonio. Argumento que, en el ámbito patrimonial, el Anteproyecto representa un avance en términos de la autonomía de la voluntad. En cambio, en el ámbito no patrimonial, si bien se pretende avanzar en ese sentido, este avance es ilusorio.

### **II. EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

Una tradicional discusión en derecho de familia es aquella entre dos ideales diferentes: la autonomía de la voluntad y el orden público. Esta discusión se encuentra impregnada no sólo en el derecho de familia, sino también en las ramas del derecho restantes, y pretende

buscar una respuesta a la pregunta más importante en el derecho (al menos para los que tenemos una concepción liberal de la sociedad): ¿Hasta qué punto puede interferir el Estado en la esfera privada de los individuos? Esta pregunta concierne al artículo 19 de la Constitución Nacional, que expresa que las acciones que no dañen a terceros ni ofendan la moral pública están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

El artículo 19 se interpretó de dos formas: la forma perfeccionista y la forma liberal. De acuerdo con la visión perfeccionista, “ofender la moral pública” es diferente de “dañar a terceros”. Así, para que una acción esté permitida deben cumplirse dos requisitos: que esta acción no dañe a terceros y que esta acción no ofenda la moral pública.

En cambio, de acuerdo con la visión liberal, dañar a terceros y ofender la moral pública son sinónimos, de modo que las acciones que no dañen a terceros deben estar permitidas. Así, las personas tienen derecho a perseguir el plan de vida que crean conveniente, a menos que implique un daño a terceros.

En este ensayo adopto la interpretación liberal del artículo 19. Al hacerlo, estoy bien acompañado. Por ejemplo, Carlos Nino afirma que la visión perfeccionista, según la cual “ofender la moral pública” es diferente de “dañar a terceros”, es inconsistente con los antecedentes del artículo 19, dado que esta norma está inspirada en la Declaración de los Derechos del Hombre, que exigía únicamente el daño a terceros para prohibir una acción.<sup>1</sup>

### **III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL MATRIMONIO**

En lo que respecta al derecho de familia, y en particular a la institución del matrimonio, el Anteproyecto del Código Civil y Comercial representa en algunos casos un verdadero avance en términos de la autonomía de la voluntad. En otros casos, este avance es ilusorio.

Un genuino avance en términos de la autonomía de la voluntad es que el Anteproyecto contempla la posibilidad jurídica de celebrar contratos prenupciales para que cada integrante pueda mantener su patrimonio individual separado de la sociedad conyugal; esto es, no solamente los bienes que lleva al matrimonio, sino también los que se adquieren luego de celebrado el matrimonio (art. 446). Nótese que esto no es un deber, sino un derecho. Los futuros contrayentes podrían elegir ajustarse al clásico sistema de bienes gananciales vigente actualmente, si así lo desean, pero también pueden apartarse de él por contrato. Es precisamente este rasgo el que hace que la eventual reforma represente un

---

<sup>1</sup> Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 1992), pág. 317.

avance en términos de la autonomía de la voluntad: el Anteproyecto les otorga a los futuros contrayentes un abanico más amplio de oportunidades.

No podemos decir lo mismo, y he aquí la asimetría entre ambos sistemas, del tratamiento que el Anteproyecto hace de los deberes matrimoniales. Parece en principio una reforma liberal, aunque analizándola detenidamente nos damos cuenta de que no lo es. Voy a explicar por qué.

Actualmente, el Código Civil contempla tres deberes matrimoniales: el deber de fidelidad, el deber de cohabitación y el deber de asistencia. Los futuros contrayentes no pueden renunciar a ninguno de estos deberes por medio de un contrato prematrimonial, de modo que el Estado les impone ciertos planes de vida a los cónyuges: el plan de cohabitar, de ser fieles y de asistirse. El Anteproyecto, en cambio, toma el deber de fidelidad y el de cohabitación como deberes morales, sin consecuencias jurídicas. Solamente contempla el deber de asistencia (art. 431).

Podría parecer, entonces, que al excluir el deber de fidelidad y el deber de cohabitación, el Estado pretende entrometerse menos en la vida privada de las personas. De hecho, ésta es la forma en la que los fundamentos del Anteproyecto presentan la reforma, al decir, aludiendo al deber de cohabitación y al de fidelidad, que los “deberes de carácter moral o ético quedan reservados al ámbito privado”.<sup>2</sup>

No obstante, el *nivel* de intromisión es el mismo: sólo cambia el *tipo* de intromisión. Actualmente, los futuros contrayentes no pueden celebrar un contrato prenupcial de acuerdo con el cual ambos renuncien al deber de fidelidad y al deber de cohabitación. A la luz del Anteproyecto, los futuros contrayentes no tienen más opciones, sino que son obligados a perseguir el plan de vida contrario: no tienen la libertad de, por medio de un contrato prematrimonial, ajustarse al sistema actual, que establece la cohabitación y la fidelidad como deberes jurídicos. He aquí la asimetría respecto de la reforma en el ámbito patrimonial, donde sí pueden elegir ajustarse al sistema de bienes gananciales que rige actualmente, así como también a un sistema diferente.

En otras palabras, la reforma concerniente a lo patrimonial es un avance en términos de la autonomía de la voluntad, dado que el Anteproyecto establece tanto la posibilidad de ajustarse al clásico sistema de bienes gananciales como la posibilidad de ajustarse a otro sistema. En lo que concierne a los deberes matrimoniales, el Anteproyecto no les otorga más opciones a los contrayentes; simplemente cambia aquello que les impone: hoy el Código Civil no les permite renunciar por contrato a los deberes de fidelidad y cohabitación. El Anteproyecto no les permite establecer la fidelidad y cohabitación como deberes jurídicos, es decir, ajustarse al sistema actual.

---

<sup>2</sup> Anteproyecto del Código Civil y Comercial: Fundamentos (2012), pág. 75.

Así, el cambio respecto de los deberes matrimoniales no es un cambio a favor del principio de la autonomía de la voluntad; el Anteproyecto sigue haciendo prevalecer el orden público; solamente define de forma diferente qué es de orden público.

Uno podría pensar que la reforma respecto de los deberes matrimoniales sí es liberal porque los cónyuges podrían ponerse de acuerdo en ser fieles y cohabitar. No son deberes jurídicos, pero ello no significa que los cónyuges no puedan hacer un pacto ético respecto de ellos. Sin embargo, encuentro eso poco convincente dado que ese pacto no sería reconocido por el derecho, es decir, no se les permitiría a los cónyuges ajustarse jurídicamente al sistema que hoy tenemos. Ello no respeta la autonomía de la voluntad de los cónyuges porque, como dice Nino, parte de respetar la autonomía de la voluntad es darle a la persona el derecho a renunciar a un poco de esa autonomía obligándose jurídicamente. Esto es lo que él llama “principio de dignidad de la persona”, que trata a los individuos como seres adultos y responsables, capaces de obligarse jurídicamente, con las consecuencias jurídicas correspondientes por el incumplimiento.<sup>3</sup>

Alguien podría sostener que, en el ámbito patrimonial, el Anteproyecto sí permite ajustarse tanto al sistema actual de bienes gananciales como a otro porque en este ámbito la autonomía de la voluntad es especialmente importante.

No obstante, esta idea resulta oscura. No es claro por qué en el ámbito patrimonial, en el que hay dinero en juego, la autonomía de la voluntad es más importante que en el ámbito no patrimonial. Las libertades económicas, civiles y políticas son igualmente importantes e interdependientes: todas son necesarias para poder llevar a cabo el plan de vida que uno crea conveniente, independientemente de qué concepción del bien tengan los gobernantes.

Ahora bien, si acaso se insistiera con la idea de que en ciertos contextos la libertad es más importante que en otros, entonces pareciera que es en el ámbito no patrimonial donde es más importante la autonomía de la voluntad. Ello es así porque puede estar en juego la libertad religiosa: el deber de fidelidad, por ejemplo, está íntimamente vinculado con la religión. La sociedad no será más respetuosa de la autonomía de la voluntad por prohibirles a personas religiosas establecer como deberes jurídicos la fidelidad y cohabitación; lo será si les da la posibilidad tanto de hacerlo como de no hacerlo.

Es esta asimetría entre la reforma en el ámbito patrimonial y el no patrimonial la que quería recalcar.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

---

<sup>3</sup> Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, pág. 174.

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial representa un avance en términos de la autonomía de la voluntad en algunos casos; en otros, el supuesto avance no es tal.

Un genuino avance es que el Anteproyecto contempla la posibilidad jurídica de celebrar contratos prenupciales, de modo que cada persona pueda mantener su patrimonio individual separado de la sociedad conyugal (art. 446). En cambio, en el ámbito no patrimonial, este supuesto avance no es tal. Solo cambia aquello que les impone a las personas. En efecto, actualmente, el Código Civil no les permite renunciar por contrato a los deberes de fidelidad y cohabitación; y el Anteproyecto no les permite establecer la fidelidad y cohabitación como deberes jurídicos, es decir, ajustarse al sistema actual.

El debate sobre si consagrar o no los deberes de fidelidad y cohabitación como deberes jurídicos es en realidad un debate sobre cuál es la mejor forma de controlar la vida de la gente en ese aspecto. Aquellos a los que los deberes jurídicos de fidelidad y cohabitación les parezcan “una locura” se esforzarán por que el Código Civil les prohíba a las personas establecer estos deberes como jurídicos por contrato. Aquellos que sostengan que los deberes de fidelidad y cohabitación deben ser jurídicos (por ejemplo, por razones religiosas) se esforzarán por que el Código Civil establezca esos deberes como jurídicos en todos los casos. El que es respetuoso de las libertades individuales no se esforzará por imponerles a las personas lo que él piensa que es correcto. En una sociedad libre ellas mismas deciden qué es correcto para ellas.