

# Sobre el reconocimiento civil de la indisolubilidad del matrimonio canónico<sup>1</sup>

## *Resumen de la ponencia*

La ponencia del Pbro. Dr. Samuel Jofré, que oportunamente me ha precedido, defiende la conveniencia de lograr el reconocimiento civil del matrimonio religioso, tal como sucede en la inmensa mayoría de los países democráticos, entre ellos la República de Brasil que, en el reciente 2009, firmó un plausible Concordato con la Santa Sede garantizando que el matrimonio de los católicos tenga efectos civiles por el simple hecho de su celebración religiosa, es decir, sin necesidad de que los novios comparezca a dar su consentimiento ante el oficial del Registro Civil<sup>2</sup>.

El objetivo de mi ponencia, complementaria con la de Pbro. Dr. Samuel Jofré, es sugerir que el reconocimiento civil del matrimonio canónico incluya también el derecho a la protección civil de la indisolubilidad del vínculo. Y, para fundamentar mi propuesta, la presente ponencia se estructurará del siguiente modo:

- 1) *Naturaleza jurídica del matrimonio civil argentino.*
- 2) *Matrimonio civil y matrimonio canónico: incompatibilidad ética.*
- 3) *Una propuesta para armonizar el matrimonio civil y el matrimonio canónico.*
- 4) *Una cuestión que exige previo estudio y catequesis.*
- 5) *Sugerencia para lograr el reconocimiento civil de la indisolubilidad del matrimonio.*

### **1) Naturaleza jurídica del matrimonio civil argentino**

Luis Tabernig, joven austríaco del Tirol, de religión católica, en 1865 se instaló en Esperanza, Provincia de Santa Fe, junto a otros colonizadores llegados de Europa, y allí montó un taller de herrería con el que se construiría el primer arado de hierro de la Colonia. Tabernig tenía fama de hombre dispuesto a forjar su destino como al hierro en su herrería, y habiéndose puesto de novio con una joven suiza de religión protestante (Magdalena Moritz), cuando se presentó al párroco (religioso alemán) para solicitar que lo asista como testigo cualificado en la celebración de su matrimonio, el sacerdote le exigió, inesperadamente, que la novia primero abjurase de su fe. Pero como esto era inaceptable, Tabernig rogó al cura que igual les permitiera casarse, haciéndole saber que Magdalena Moritz consentía en educar a los futuros hijos en el credo católico. El argumentó no doblegó la postura del párroco, razón por la cual muchos vecinos intercedieron movidos por aprecio al carácter jovial de los novios y a la gran laboriosidad del constructor de arados; no obstante, los esfuerzos fueron igualmente infructuosos. La historia dice que, entonces, Tabernig plantó un árbol en la plaza principal del pueblo, en un punto equidistante entre la

---

<sup>1</sup>Ponencia presentada por el Pbro. Dr. Pedro José María Chiesa en las “Décimas Jornadas Académicas de la Sociedad Argentina de Derecho Canónico”, San Juan, octubre/2011; el autor es abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires, doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba, y licenciado y doctor en Filosofía por la Pontificia Universidad de la Santa Cruz (Roma), y trató el tema, más exhaustivamente, en su tesis doctoral defendida ante la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba: *El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas* (28-IX-2010).

<sup>2</sup>Jofré, S., *El reconocimiento civil del matrimonio canónico*, ponencia presentada en las “Décimas Jornadas Académicas de la Sociedad Argentina de Derecho Canónico”, San Juan, octubre/2011; y también vid. *Concordato de la Santa Sede con la República de Brasil*, que con fecha de ratificación 27-VIII-09, en su art. 12 reconoce efectos civiles al matrimonio religioso.

parroquia y el templo protestante, y junto al mismo un letrado que decía: *Árbol de la Libertad* (aún se conservan los restos del tronco de un retoño con una placa conmemorativa); y, luego, de común acuerdo con Magdalena Moritz, envió una esquila a todos los vecinos citándolos para el domingo siguiente al pie del *Árbol de la Libertad*, sitio donde les notificaría de modo solemne un asunto personal de gran importancia para toda la comarca. Y como en la zona había trascendido la negativa del cura, el pueblo concurrió en masa, movido en gran medida no sólo por la curiosidad, sino también por el afecto popular que tenían hacia Tabernig. Una vez reunidos en la plaza, a las 17.30 hs. de aquella histórica tarde primaveral, con la puntualidad tirolesa y suiza que caracterizaba a los novios, apareció Tabernig con traje dominguero llevando en su derecha a la novia, y seguido por los padres de ésta y dos amigos. Luego, tras saludar a los presentes, el valiente tirolés se subió a una silla y en breve discurso alegó que las leyes y costumbres del país que él había adoptado como patria, y también las de la Iglesia Católica, le permitían casarse, pero no pudiendo hacerlo por la oposición infundada del cura de la colonia, lo haría en ese mismo momento ante los padres de la novia, los dos padrinos que lo acompañaban y todo el pueblo, quienes serían testigos de aquel acto en el cual, él y Magdalena, se declararían recíprocamente marido y mujer. Y tras pedir a todos que los considerasen legítimos esposos, al igual que a los hijos que nacieran de dicha unión, añadió que se reservaba el derecho a reclamar la bendición de su matrimonio en la iglesia del pueblo cuando el cura decidiera respetar las normas del Derecho Canónico. Finalmente, invitó al pueblo entero a un *lunch* en su casa.

El hecho cobró trascendencia, y el gobierno de Santa Fe interpuso sus buenos oficios ante Mons. Gelabert, obispo de Paraná (que en ese tiempo tenía jurisdicción eclesiástica sobre la Provincia de Santa Fe); y el resultado fue que pocos días después llegó una orden terminante del obispo recordándole al párroco que la única exigencia de la Iglesia Católica para la celebración de matrimonios mixtos era que la parte católica expresara a la otra su voluntad de intentar educar a los hijos en la fe católica, y con independencia de que sus intenciones se pudiesen concretar de modo efectivo. Además, la orden episcopal obligaba al cura párroco no sólo a que bendijera la unión de Tabernig y Moritz en la parroquia del pueblo, sino a todos los demás que en el futuro lo pidiesen en circunstancias semejantes. Y si me he permitido traer a colación este hecho histórico, es porque Luis Tabernig y Magdalena Moritz son digno ejemplo de dos ciudadanos que supieron dejar en claro, ante la comunidad, los siguientes principios:

- a) Los ministros del matrimonio son los contrayentes, y no el párroco.
- b) El párroco es sólo testigo cualificado de la Iglesia para bendecir la unión.
- c) La omisión de la bendición no invalida el matrimonio.
- d) El matrimonio es institución de Derecho Natural, por tanto, lo que importa es estar casados conforme a las propias convicciones, y con independencia de que leyes injustas (o leyes justas interpretadas injustamente) amparen (o no) dicha unión.
- e) El contrato de la sociedad conyugal, establecido por el Derecho Civil, regula sólo aspectos patrimoniales.
- f) El matrimonio esencialmente es una declaración de voluntad dirigida a bienes no susceptibles de apreciación pecuniaria.
- g) La injusta oposición del párroco legitimaba que el matrimonio fuese formalizado sólo ante testigos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup>El matrimonio de Tabernig y Moritz era válido para la Iglesia Católica sin necesidad de nueva ceremonia, puesto que las leyes canónicas de todos los tiempos han establecido normas equivalentes a las del actual *Código de Derecho Canónico*, cuyo canon 1116 & 1, dice: "Si no hay alguien que sea competente conforme al derecho para asistir al matrimonio, o no se puede acudir a él sin grave dificultad, quienes pretenden contraer

También transcribo el episodio porque Luis Tabernig y Magdalena Moritz son ejemplo en cuanto pareja que, con agallas ciudadanas, hizo valer sus derechos y transmitir a la sociedad un concepto adecuado sobre la esencia de la institución matrimonial; prueba de lo cual fue que el obispo, Mons. Gelabert, tuvo que darles la razón y amonestar al párroco.

Este episodio, acaecido en 1865, precedió en pocos años a la sanción del Código de Vélez Sársfield (1871), que en lo atinente a la regulación del matrimonio destacó por su notable sentido común e inspiración cristiana, ya que otorgó protección jurídica a los siguientes elementos que, para el *ius naturale*, son esenciales a todo vínculo matrimonial:

- a) Sacralidad.
- b) Institucionalidad.
- c) Indisolubilidad.
- d) Monogamia.
- e) Heterosexualidad.
- f) Exogamia.

Con el pasar del tiempo, la sabiduría del Código de Vélez Sársfield fue progresivamente pulverizada por el legislador argentino, quien transformó la regulación civil del matrimonio en un sistema antropológicamente corrupto y contrario no sólo a la ley de Cristo y de su Iglesia (que gozan de amparo constitucional: art. 2 de la Constitución), sino también a las notas fundamentales que le confiere al matrimonio el Derecho Natural.

El primer ataque lo padeció la *sacralidad del vínculo*, suprimida por ley 2.393 en el año 1888. Esta ley negó reconocimiento y protección jurídica a la ceremonia religiosa del matrimonio, estableciendo que si la misma no era precedida del matrimonio civil, las leyes argentinas la considerarían simple concubinato, a lo que se añadía una sanción penal para el párroco que asistiera a la celebración de un matrimonio sin que le constase el previo *matrimonio civil obligatorio*<sup>4</sup>.

El ataque al carácter *institucional* del matrimonio fue perpetrado por la ley 17.711, la cual, en 1968, incorporó el art. 67 bis que estableció un sistema de *separación por presentación conjunta* en el que las causas no se documentan, negándole a la sociedad el derecho a tener injerencia en orden a saber si la separación es legítima (o no). Se alegó la conveniencia de que las audiencias ante el juez fuesen secretas para evitar escándalos sociales dañosos para la familia.

---

verdadero matrimonio pueden hacerlo válida y lícitamente estando presentes sólo los testigos: 1º En peligro de muerte, y 2º Fuera de peligro de muerte, con tal de que se prevea prudentemente que esa situación va a prolongarse durante un mes"; y estimo que la arbitrariedad del párroco, sumada a las dificultades logísticas de la época, encuadran con lo establecido por el canon: *no se puede acudir a él sin grave dificultad*.

<sup>4</sup>El art. 110 de la derogada ley 2.393, decía: "Los ministros, pastores y sacerdotes de cualquier religión o secta, que procedan a la celebración de un matrimonio religioso sin tener a la vista el acta de la celebración del matrimonio, estarán sujetos a las responsabilidades establecidas por el art. 147 del Código Penal, y si desempeñan oficio público, serán separados de él"; por su parte, el art. 147 del Código Penal afirmaba: "El eclesiástico que a sabiendas autorice un matrimonio ilegal, sufrirá la pena de arresto de tres meses a un año"; además, la ley 2.393, en el art. 111 establecía: "La aplicación de las penas establecidas en los artículos precedentes será pedida por el ministerio público ante el Juzgado competente"; el 19 de junio de 1889, el Canónigo de la Catedral de Córdoba, Pbro. Apolinario Argañaraz, fue encarcelado por haber celebrado matrimonios religiosos sin previo matrimonio civil, episodio que volvería a tener lugar cuando el párroco del Valle de Punilla, Pbro. Dr. Jacinto Correa, desató la imposición de la ley civil; el Código Penal de 1886 fue modificado en 1922 (ley 11.179) y el art. 147 sustituido por el 136, que sancionaba al "oficial público que a sabiendas autorizase un matrimonio prohibido".

Pero a esta postura que se impuso holgadamente en la praxis tribunalicia, se le podría objetar que:

- a) Los hijos sufren los desacuerdos de sus padres sin necesidad de ver el expediente.
- b) El matrimonio no es sólo contrato de interés privado, sino alianza religiosa que da origen a la familia y, por tanto, debe sujetarse al orden público.
- c) No se puede desvirtuar la concepción *institucional* del matrimonio adhiriendo a un modelo excesivamente *iusprivatista*.

La *indisolubilidad* fue eliminada por la ley 23.515, que estableció el vigente sistema que faculta a los cónyuges a recuperar la aptitud nupcial por medio de un sistema de repudio unilateral, malicioso (doloso) e irrenunciable. Este sistema fue impuesto por los arts. 230 y concordantes del Código Civil. Además, esta eliminación de la *indisolubilidad* afectó el carácter monogámico de la unión, abriendo puertas a lo que Vélez Sársfield denominaba *poligamia sucesiva*<sup>5</sup>.

La *heterosexualidad* del vínculo fue suprimida por la ley 26.618 (ley de *uniones gay*), que inconstitucionalmente fuera sancionada el 15 de julio de 2010; a lo que se añade que las actuales propuestas de legitimar la fecundación in vitro, como método que permita a las parejas gay tener niños, suelen ir acompañadas de pretensiones que tratan de legitimar el ocultamiento de datos genéticos de terceros que aporten gametos, lo cual expone a los involucrados al riesgo de uniones incestuosas que atentan contra el principio de exogamia, específico de la unión matrimonial<sup>6</sup>.

Como comentario final, debo advertir que la ley 23.515 suprimió el carácter obligatorio del matrimonio civil como condición para la convivencia conyugal, que exigida por la ley 2.393 castigaba penalmente al ministro religioso que asistiera a un matrimonio religioso sin constancia del previo matrimonio civil. Es decir, desde el año 1987 (ley 23.515), el respeto al principio *Dad al César lo que es del César*, desde ningún punto de vista incluye el matrimonio civil.

Y tras la reseña que hice de la desjuridización y desnaturalización del vínculo matrimonial generada progresivamente por la legislación civil argentina, a continuación analizaré específicamente el impacto que la misma tuvo sobre la *indisolubilidad* del vínculo, por ser ésta la cuestión clave de mi ponencia.

---

<sup>5</sup>Cfr. la nota de Vélez Sársfield a los arts. 1215 y 1216 del Código Civil (párrafo octavo), donde dice: “La frecuencia y facilidad de los divorcios en Roma, había constituido una verdadera *poligamia sucesiva* parecida a la poligamia simultánea del Oriente. Porque toda la legislación romana, que rige las relaciones de los esposos, no ha sido calculada sino en vista de las separaciones frecuentes, que hacían degenerar el matrimonio en una clase de prostitución legal”.

<sup>6</sup>Sobre la inconstitucionalidad de la ley 26.618 cabe señalar que en San Miguel de Tucumán, el 30 de septiembre de 2011, bajo la presidencia de la doctora Graciela Medina (reconocida catedrática de Derecho de Familia de la Universidad Nacional de Buenos Aires y en su momento abogada ante la CSJN de la “Comunidad Homosexual Argentina”), la Comisión n° 6 de las “XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, sometió a votación una propuesta de la doctora Catalina Arias de Ronchietto (catedrática de Derecho de Familia de la Universidad de Mendoza), que se formuló de este modo: *La ley 26.618 es y debe ser declarada inconstitucional y sus efectos suspendidos de inmediato*; los especialistas de Derecho de Familia presentes en dicha sesión aprobaron la propuesta por 34 votos a favor y 26 en contra.

\* \* \*

El sistema de los arts. 230 y concordantes del Código Civil de la República Argentina facilitó el divorcio vincular en grado tan extremo que la doctrina jurídica llegó a calificarlo como *sistema de repudio matrimonial*<sup>7</sup>, pues legitima el *repudio unilateral y malicioso* como vía para recuperar la habilidad nupcial, ya que si un cónyuge abandona su hogar unilateralmente, sin voluntad de volver a unirse, transcurridos dos años podrá comparecer ante el juez para solicitar que éste decrete la separación personal (1er. paso), y tres años después podrá volver al mismo juez para exigirle que transforme dicha separación en divorcio vincular sin alegar razón alguna (2do. paso), y, luego, tras este segundo paso, ambos cónyuges recuperarán la aptitud nupcial sin necesidad de que medie el fallecimiento de ninguno de ellos, y aún cuando la disolución del vínculo fuese contraria a la voluntad del cónyuge inocente de la ruptura.

Este sistema de repudio es una de las concausas del abandono unilateral y doloso que en el presente de nuestra patria sufren gran cantidad de cónyuges y niños; y para quien tenga curiosidad e interés en analizarlo con detalle, le recomiendo una lectura atenta de los siguientes artículos del Código Civil:

- Art. 202: “Son causas de separación personal: ... 5º: El *abandono voluntario y malicioso*”.
- Art. 204: “Podrá decretarse la separación personal, a *petición de cualquiera de los cónyuges*, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años...”
- Art. 238: “(...) Transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal, *cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular* en las hipótesis de los arts. 202, 203, 204 y 205”.

Para comprender el desvarío en que incurrió el legislador argentino en 1987 al sancionar la ley 23.515 es necesario no identificar el *divorcio vincular* con el *repudio*, pues el divorcio vincular sólo admite que una persona disuelva el vínculo y vuelva a casarse si existe justa causa (injurias, calumnias, violencia, infidelidad...) o si el otro cónyuge lo consiente, pero jamás arbitraria y unilateralmente. Y como la ley argentina establece un *repudio* que ampara al cónyuge que abandonó unilateral y dolosamente al otro (y a sus hijos), para que tras un plazo máximo de cinco años (2 + 3) recupere su habilidad nupcial, puede afirmarse que, desde el 8 de junio de 1987, en la República Argentina no rige un sistema de divorcio vincular, sino de repudio matrimonial.

A lo dicho se añaden tres agravantes:

- a) La ley 23.515 consagra a los arts. 230 y concordantes como sistema *irrenunciable*, de modo que quienes se casan no pueden establecer cláusulas que lo modifiquen, pues las mismas serían nulas, de lo cual un buen ejemplo fue el caso de los ciudadanos Martín Franzini y Verónica Sisto, quienes antes de contraer matrimonio pretendieron renunciar a la posibilidad de solicitar al juez la disolución del vínculo, pero esto les fue negado en sede administrativa y en todas las instancias judiciales, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el 5 de febrero de 1998 desechó el reclamo por 7 votos contra 1 (*fallo Sisto-Franzini*).
- b) El sistema de repudio matrimonial de nuestro país autoriza a contraer nuevo

---

<sup>7</sup>Vid. Goyena Copello, H., *Las causales de divorcio proyectadas*, Revista La Ley, tomo 1986-E (pp. 1030-1032).

matrimonio incluso a quien dolosamente se niega a contribuir con el sostenimiento económico de los hijos menores de edad habidos durante el matrimonio disuelto.

- c) La ley concede aptitud nupcial, tras el cumplimiento de los requisitos legales, a los dos cónyuges, y aún cuando ambos hagan abandono de sus hijos (hipótesis del repudio unilateral, malicioso y recíproco).

La distinción entre divorcio vincular y repudio no es nueva, y entre los modernos fue difundida por Charles Montesquieu: *“La diferencia entre el divorcio vincular y el repudio es que el divorcio vincular se basa en el consentimiento mutuo o incompatibilidad recíproca, mientras que el repudio en la voluntad o ventaja de una de las partes y con independencia de la voluntad o ventaja de la otra”*<sup>8</sup>. Y aunque el repudio exista como tal desde la época de las cavernas, a poco que se piense qué significa éste, se concluirá que no contribuye en nada al orden y a la estabilidad familiar.

Por si fuera poco lo dicho, el sistema argentino no sólo prohíbe la indisolubilidad del vínculo sancionándola con nulidad *iuris et de iure*, sino que también declara nulos otros pactos que, sin llegar a negar la posibilidad de disolver el vínculo unilateral y dolosamente, podrían dificultar razonablemente dicha petición. Y para que se comprenda lo dicho propondré hipotéticas cláusulas que, aún cuando tuviesen origen en la autonomía de la voluntad y gozaran de neta razonabilidad (recuérdese que en la República Argentina *razonable* es sinónimo de *constitucional*), la ley 23.515 las invalidaría *ipso iure*:

- “No se podrá decretar el divorcio vincular mientras alguno de los hijos matrimoniales fuese menor de 18 años”<sup>9</sup>.
- “No se podrá decretar el divorcio vincular sin el consentimiento del otro cónyuge”.
- “No se podrá decretar el divorcio vincular a petición del cónyuge declarado culpable del fracaso matrimonial”.
- “Todos los plazos mínimos previstos por la ley para disolver el vínculo, por la presente declaración de los esposos, se duplican”.
- “No se podrá decretar el divorcio vincular sin proceso previo ante un conciliador que, teniendo como misión asignada procurar la reconciliación de los esposos, y habiendo sido elegido por ellos, libremente, antes del matrimonio, opine a favor de la disolución del vínculo”<sup>10</sup>.
- “No se podrá decretar el divorcio vincular mientras la parte solicitante no ofrezca, ante un conciliador previamente elegido por las partes, garantías jurídicas sobre la cuota alimentaria pertinente”<sup>11</sup>.
- “No se podrá decretar el divorcio vincular sin el previo cumplimiento de las cláusulas patrimoniales punitivas fijadas con anterioridad a la conformación del vínculo”<sup>12</sup>.

<sup>8</sup>MONTESQUIEU, Charles, *Del espíritu de las leyes*, Ed. Libertador, Bs. As. 2004 (Libro XVI, capítulo XV), p. 219.

<sup>9</sup>En relación a los objetivos de una cláusula hipotética como ésta, otras posibilidades de interés serían: “No se podrá decretar el divorcio vincular si todos los hijos no concluyeron los estudios primarios (o si alguno de ellos es aún lactante, o si por la edad o salud de alguno de los hijos se le hace gravoso a la madre desempeñar una tarea laboral, etc.)”.

<sup>10</sup>A las audiencias de conciliación a veces ni siquiera comparece el juez; por eso, no sería ilógico que hubiera quienes pretendiesen pactar, antes de separarse o disolver el vínculo, una mediación previa con alguien que les inspire más seriedad y profesionalidad en la tarea de conciliación.

<sup>11</sup>En la actual ley 23.515 quien no es capaz de asumir la cuota alimentaria recupera su aptitud nupcial.

<sup>12</sup>Ejemplo de este tipo de cláusulas fue la estipulada por los actores cinematográficos Michel Douglas y Catherine Zeta Jones: en caso de que el divorcio vincular fuese solicitado sin justa causa, el culpable debería satisfacer una pena económica de tres millones de dólares, más un millón y medio de dólares por cada año de matrimonio habido y otro millón y medio por cada hijo matrimonial; y si la causal fuese infidelidad, cinco

- “Si uno de los cónyuges estuviese discapacitado, no se podrá decretar el divorcio vincular sin su consentimiento”.
- ...

Finalmente, cabe añadir que, en el Congreso nacional, actualmente existen proyectos legales que proponen eliminar sustancialmente los plazos existentes que ya de por sí son extremadamente frágiles (y/o reducirlos), de modo que la posibilidad de la separación y del divorcio vincular ya no estaría sujeta a plazo de ninguna naturaleza, abriéndose las puertas al denominado *divorcio express*, puesto que sería más fácil deshacer un vínculo matrimonial que dar por acabado un contrato con una empresa telefónica<sup>13</sup>.

## **2) Matrimonio civil y matrimonio canónico: incompatibilidad ética**

He señalado los detalles de la progresiva desnaturalización del vínculo matrimonial civil porque deseo afirmar que dicha institución ya no aporta nada que sea relevante o digno para los cónyuges argentinos, y sí mucha confusión.

De hecho, en lo atinente al culto católico cada vez son más los fieles que omiten asistir a la celebración sacramental prefiriendo hacerse presentes al acto del matrimonio civil que suele acompañar a los festejos posteriores organizados por los esposos. Y esta actitud refleja la existencia de una fuerte confusión y/o ignorancia sobre qué es el matrimonio.

A diferencia de la actual ley de matrimonio civil, en el Código de Vélez Sársfield y mientras regía plenamente la ley 2.393, la normativa civil defendía con eficacia algunos aspectos que sí constituían un auténtico y atractivo aporte para los cónyuges. Por ejemplo, la separación exigía siempre un *juicio contencioso* destinado a precisar la responsabilidad de cada cónyuge en la ruptura (podían ser declarados culpables los dos, o sólo uno); y esta determinación de la culpabilidad o inocencia se complementaba con otras sabias disposiciones que estimulaban la buena conducta y fidelidad de los esposos, puesto que:

- a) El inocente mantenía sus derechos hereditarios, pero no el culpable.
- b) Sólo el inocente podía decidir si se continuaba (o no) con la sociedad conyugal.

---

millones más. Téngase presente que este sistema de cláusulas punitivas actualmente tiene notable expansión en los Estados Unidos (comenzó en el Estado de Louisiana y se hizo extensivo a otros veintinueve estados de la Unión); para la tendencia norteamericana a fortalecer el vínculo, vid. FUENMAYOR, A., *Revisar el divorcio: tutela constitucional de la indisolubilidad matrimonial en un estado pluralista*, Inst. Azpilcueta, Madrid 2003, y NAVARRO-VALLS, *El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses*, en Revista de Derecho Privado, Madrid 1998; de todos modos, deseo señalar que este sistema de cláusulas penales de tipo patrimonial, accesibles a personas con un mínimo nivel socioeconómico, implican el riesgo de atentar contra la dignidad del matrimonio haciendo depender la estabilidad del vínculo sólo de cuestiones financieras; por tanto, estimo que dichas cláusulas sólo podrían ser mecanismos de interés para la estabilidad en la medida en que vayan acompañadas de medidas fundadas en criterios axiológicos más elevados que garanticen el bien de los hijos y la conducta conyugal fiel.

<sup>13</sup>En la Comisión de Legislación General del Senado se sometió a estudio el *Expediente CD-7/07*, el cual fue presentado por el bloque del ARI (presidido entonces por la diputada nacional Elisa Carrió); este expediente, que se aprobó sin debate en la Cámara de Diputados de la Nación el 28 de marzo de 2007, preveía la modificación del art. 236 del Código Civil conforme a las siguientes pautas: reducir las audiencias de conciliación a una sola, suprimir el carácter conciliatorio de las mismas (el juez no debe procurar evitar el divorcio ni indagar sobre las razones de la ruptura en orden a constatar la existencia de causas graves para decretar el divorcio), y no ser necesario que a las audiencias de conciliación concurren los dos cónyuges, pues basta que vaya uno o ninguno (en este último supuesto deben presentar un escrito de común acuerdo).

- c) La tenencia de hijos se asignaba al cónyuge inocente, excepto los menores de cinco años, caso en el que la madre culpable mantenía un razonable privilegio.
- d) El adulterio tenía sanciones civiles y penales.

Esta normativa en favor del cónyuge inocente fue progresivamente suprimida por las leyes 17.711 (año 1969), 23.515 (año 1987), 26.618 (año 2010) y otras modificaciones legales de menor envergadura que extendieron algunos efectos propios del matrimonio a los concubinos; de modo que, hoy por hoy, las dos principales razones que podrían alegar los católicos para contraer matrimonio civil, son:

- a) Evitar que el párroco se niegue a casarlos por no presentar la partida de matrimonio civil, exigencia anacrónica (como procuraré demostrar) que en la práctica aplican la inmensa mayoría de los párrocos de modo implacable.
- b) Gozar de los derechos patrimoniales propios del contrato de la sociedad conyugal, la cual se constituye automáticamente con la celebración del matrimonio civil.

Al respecto, Fernando López de Zavalía enfatizaba la importancia de distinguir entre matrimonio y sociedad conyugal, pues el matrimonio en sí trata sólo cuestiones no susceptibles de apreciación pecuniaria, de manera que sería ilegítimo exagerar la exigencia de la escuálida sociedad conyugal, excepto que se pretenda correr el riesgo de ser juzgados como personas proclives al materialismo consumista. Por otra parte, la ley civil actual genera a no pocos ciudadanos serios reparos morales, como ser el caso de los oficiales del Registro civil que se oponen por cuestiones de conciencia a officiar uniones gay, o novios católicos que, adhiriendo al principio de la heterosexualidad del matrimonio, no desean realizar su declaración nupcial ante un oficial del Registro que axiológicamente considera irrelevante la heterosexualidad (o no) de la pareja, razón por la cual solicitan permiso al obispo respectivo para omitir el matrimonio civil. Y a esto se añade el hecho de que también hay quienes no quieren que sus hijos se acostumbren, con el paso de los años, a presenciar ceremonias en la que, para la unión matrimonial, la heterosexualidad no sea considerada elemento esencial<sup>14</sup>.

Además, millones de ciudadanos no tienen bienes inmuebles o muebles registrables que otorguen trascendencia a la conformación de la sociedad conyugal; de modo que a esta ingente cantidad de ciudadanos desposeídos, la sociedad conyugal les serviría sólo para que ambos fuesen pasibles de un embargo en los respectivos sueldos sobre deudas contraídas para mantener el hogar (supermercado, colegio, alquiler de la vivienda, etc.), a diferencia del régimen concubinario en que tal embargo sólo recaería sobre el sueldo del firmante del compromiso<sup>15</sup>. Y en cuanto a quienes alegan la importancia de constituir la sociedad conyugal para garantizar los derechos de los hijos, habría que hacerles notar que dicha preocupación carece de fundamento, puesto que desde 1985 la ley 23.264 equipara plenamente los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, de manera que la condición matrimonial o concubinaria de los padres nada resta o aporta.

Por lo dicho, y como bien decía Jorge Mazzinghi, sólo permanecen algunas pocas normas que regulan la transmisión de bienes inmuebles y muebles registrables, más otras

---

<sup>14</sup>Vid. *Un matrimonio rebelde* en "Revista Familia y Vida", diciembre 2011, San Miguel de Tucumán, pp. 3 y ss., artículo en el que Alexis Aversano y Hortensia Claps explican sus reparos de conciencia para negarse a contraer matrimonio civil, solicitando a quien al momento de la celebración era obispo del lugar, Mons. Héctor Luis Villalba, permiso para celebrar matrimonio sacramental omitiendo deliberadamente el matrimonio civil.

<sup>15</sup>Cfr. MAZZINGUI, J., *¿Matrimonio civil o concubinato religioso?*, Rev. El Derecho, t. 120, 1987 (pp. 863-868).

intrascendentes cuestiones patrimoniales que constituyen los únicos y escuálidos efectos vigentes de la sociedad conyugal; pero, advierte Mazzingui: “¡Nadie se casa por esto!”<sup>16</sup>

Por mi parte, siguiendo la opinión de Jorge Mazzingui y las advertencias de Fernando López de Zavalía, juristas de renombre que destacaron por la defensa de la institución matrimonial en los aeropagos argentinos, estimo que valdría la pena reformar la legislación canónica de nuestro país, la cual establece que, “cuando alguien pida ser admitido al matrimonio canónico, pero por algún motivo no vaya a realizar el llamado matrimonio civil, excepto en caso de necesidad, **se ha de pedir siempre autorización** al Ordinario [del lugar], sobre todo si ese matrimonio no puede ser reconocido o celebrado según la ley civil (*Código de Derecho Canónico*, canon 1071 & 1, 2º)”. El resaltado del texto me pertenece, y tiene como objetivo destacar que el canon invocado por la Conferencia de Obispos (canon 1071) no dice **siempre**, sino sólo cuando ese matrimonio “no pueda ser reconocido o celebrado según la ley civil”, lo cual es muy distinto<sup>17</sup>.

Además, si se recuerda que ontológicamente el matrimonio civil actual, ante el Derecho Natural no es válido como matrimonio ni siquiera para los ateos, pues perdió dos de los rasgos básicos de humanidad que hacen a su esencia (estabilidad y heterosexualidad), no tendría ningún sentido exigirlo.

A lo dicho se añade, como curiosa paradoja, que el matrimonio indisoluble que celebramos los católicos *sí está prohibido explícitamente por la ley civil argentina* (sistema del art. 230 que lo declara nulo), de modo que, desde la sanción de la ley 23.515 (año 1987), todo el que quiera casarse respetando las normativas del episcopado argentino debería solicitar permiso al propio obispo excepto que prefiera incurrir en un ilícito canónico. Obviamente, siendo esto un absurdo, sugiero reformar la normativa episcopal en orden a evitar que las molestas modificaciones de la ley civil desvirtúen la doctrina evangélica del matrimonio.

No pocos novios católicos manifiestan inquietudes de conciencia por pensar que si contraen matrimonio civil atentan contra la coherente transmisión de la fe, y si no lo hacen desobedecen las normas que rigen la confección del expediente matrimonial. Y tampoco son escasos los pastores que les recomiendan no preocuparse, diciéndoles que la exigencia canónica del previo matrimonio civil es simple trámite, pues lo que importa en verdad es el casamiento religioso. Pero estimo que mientras la preocupación de dichos novios, actualmente desatendida, es legítima, considero confusa la actitud de los párrocos que subestiman la negatividad moral que comporta exigirles, a quienes se van a casar, la realización de un rito civil, puesto que además de no ser éste obligatorio ni siquiera para la ley civil, se concibe al matrimonio como realidad explícitamente *areligiosa, inestable y asexualada*, amén de la obligación de tener que hacer públicamente, ante los amigos y familiares, una declaración de conciencia tras la cual el oficial del Registro declarará marido y mujer a quienes no se consideran casados por no haber celebrado sacramento.

---

<sup>16</sup>*Ibidem*.

<sup>17</sup>Cfr. CONFERENCIA DE OBISPOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, *Directorio para la preparación del Expediente Matrimonial: Vademécum para sacerdotes, diáconos y demás responsables*, Buenos Aires 2002, p. 132: “Cuando alguien pida ser admitido al matrimonio canónico, pero por algún motivo no vaya a realizar el llamado matrimonio civil, excepto en caso de necesidad, **se ha de pedir siempre autorización** al Ordinario [del lugar], sobre todo si ese matrimonio no puede ser reconocido o celebrado según la ley civil (*Código de Derecho Canónico*, canon 1071 & 1, 2º)”; deseo advertir que esta normativa no coincide con lo que afirma el invocado canon 1071 & 1, 2º, pues éste canon dice otra cosa (parecida sí, pero muy distinta): “Excepto en caso de necesidad, nadie debe asistir sin licencia del Ordinario del lugar: (...) 2º Al matrimonio que no pueda ser celebrado o reconocido según la ley civil”.

Adhiriendo a la opinión de juristas distinguidos, como Jorge Mazzinghi, entiendo que sería oportuno que, en la República Argentina, los párrocos no sólo no exijan más el previo matrimonio civil a los novios católicos, sino que explícitamente les inviten a reflexionar sobre los inconvenientes que genera a la evangelización adherir a un rito civil que reniega de la sacralidad de la alianza, de su carácter como institución social, de la indisolubilidad del vínculo y de su naturaleza heterosexual. Porque si desde la sanción de la ley 23.515 *el matrimonio civil ya no es obligatorio*, para qué algo confuso evangélicamente y que no es ni siquiera exigencia del César.

Además, la conducta de los católicos que prestan aval al matrimonio civil, contradice el parecer de la mayoría de los especialistas en Derecho Civil de Familia de la República Argentina, quienes en las “XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, habidas en San Miguel de Tucumán en septiembre de 2011, calificaron la ley matrimonial vigente en nuestro país como subversiva del orden constitucional<sup>18</sup>.

Finalmente, en cuanto a los efectos patrimoniales corresponde aclarar no sólo que el matrimonio civil actual es de eficacia muy dudosa para lograr dicho objetivo, sino que incluso hay supuestos en los que podrían sufrir serios perjuicios los cónyuges inocentes de una ruptura (y sus hijos), por lo que estimo poco prudente que se exija a modo de ley general, a todos los contrayentes, que previamente formalicen el matrimonio civil como requisito para acceder al sacramento<sup>19</sup>.

### **3) Propuesta para armonizar el matrimonio civil y el matrimonio canónico**

Para comprender la propuesta que deseo hacer, sugiero analizar la siguiente hipótesis:

Dos novios, Martín y Verónica, ingresan a una de las oficinas del Registro Civil de la República Argentina solicitando turno para contraer matrimonio. El oficial que los recibe les comunica que deben optar entre dos sistemas posibles; el primero admite la *disolubilidad* del vínculo en vida de los esposos; en cambio, el segundo consagra la indisolubilidad del vínculo matrimonial de modo que el mismo sólo podría darse por acabado una vez acreditado el fallecimiento del otro cónyuge. Martín y Verónica preguntan al oficial del Registro: “*Pero... ¿cuál es la diferencia?*” Respuesta: “*Si adoptan el primer sistema pueden regresar a esta oficina para celebrar nuevo matrimonio civil con tercera persona sin necesidad de que el otro cónyuge haya fallecido, es decir, no hace falta traer la*

<sup>18</sup>Vid. lo dicho en nota 6 sobre la conclusión a que arribaron los civilistas en las “XXIII Jornadas Nacionales Derecho Civil”, habidas en San Miguel de Tucumán en el año 2011.

<sup>19</sup>Para dejar en claro que no se puede afirmar con tanta simpleza que patrimonialmente es conveniente casarse para resguardar los derechos recíprocos de los cónyuges y de los hijos, propongo un ejemplo que se verifica con frecuencia en la realidad: un matrimonio formado por Juan y Laura tiene un hijo llamado Federico; Juan vende una casa que es *bien propio*, y con el importe de la venta compra una nueva casa que escritura a nombre de Laura; como no se trataba de un bien ganancial sino propio, Juan no estaba obligado a escriturarla a nombre de su esposa, pero la comunidad de amor que conforma el matrimonio lo mueve a ser generoso con ella. Pero, pasado un tiempo, Laura le es infiel con otro hombre (Ramón), y tras repudiar unilateralmente a Juan, cumplido el plazo del sistema de repudio del art. 230 del Código Civil (5 años = 2 + 3), se casa civilmente con Ramón y tiene un hijo (Gustavo) con su nueva pareja. Al morir Laura, no habiendo testamento (como normalmente sucede), LOS herederos por partes iguales de la casa que en su origen era un bien propio de Juan serán Ramón, Gustavo y Federico, mientras que Juan, pese a su inocencia absoluta en la ruptura no heredará nada de aquello que inicialmente era un bien propio suyo; y a lo dicho se añade que Juan y Federico tampoco heredarán ningún bien de Ramón cuando éste fallezca, puesto que los únicos herederos serán Gustavo y Laura.

*partida de defunción del esposo/a anterior, basta con presentar la sentencia que acredita el divorcio vincular; en cambio, si adoptan la opción que establece la indisolubilidad del vínculo, no podrán regresar para celebrar nuevo matrimonio sin adjuntar la partida de defunción del anterior cónyuge, porque en esta variante el matrimonio sólo se disuelve civilmente si fallece uno de los dos. Por tanto, sugiero que pasen a la sala de reflexión que se encuentra en el pasillo... primera puerta a la derecha, y deliberen a solas sobre qué es lo que desean hacer, es decir, si desean casarse hasta la muerte o tan sólo hasta el divorcio vincular, o, dicho de otra manera, para que deliberen sobre ¿qué entienden por matrimonio?"*

El régimen matrimonial optativo (matrimonio disoluble e indisoluble) descrito en los precedentes párrafos es hipotético, y tiene como objetivo promover su estudio para que alguna vez constituya una realidad en nuestro país.

A este sistema entiendo que se podría llegar por dos vías:

- a) Una reforma del Código Civil que permita a cualquier ciudadano acceder a un vínculo indisoluble optativo amparado por la misma ley civil.
- b) Una reforma al concordato celebrado entre la Santa Sede y el Estado Argentino, en el año 1966, que permita a los católicos concretar esta opción.

Este sistema optativo goza de antecedentes en diversas partes del mundo, aunque es ley vigente sólo en la República Dominicana y en veintidós regímenes estatales de los Estados Unidos de América (pero con leyes que no son idénticas en sus efectos al de la República Dominicana, sino sólo semejantes).

Entre estos antecedentes, cabe mencionar:

- 1) Los concordatos celebrados entre la Santa Sede y los Estados de Portugal (1940), la República Dominicana (1954) y Colombia (1973), que asignaron reconocimiento civil al matrimonio celebrado bajo la forma religiosa; a lo que se añade que el reconocimiento civil de la indisolubilidad del vínculo fue incorporado (y sigue vigente) en el concordato con la República Dominicana<sup>20</sup>.
- 2) El sistema propuesto en Francia en 1941 por el clérigo civilista Coste Floret, que no logró aprobación, y que tuviera un segundo e infructuoso intento por medio de la *fórmula Mazeaud* que fuera impulsada por los hermanos Henri y León Mazeaud con motivo de la reforma del Código Civil de Francia del año 1948<sup>21</sup>.
- 3) La ley estatal de Louisiana (Estados Unidos de América) del 15 de septiembre de

<sup>20</sup>El art. 1º de la ley 3.932 de la República Dominicana, que ratifica el Concordato, dice: "El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio", aunque luego el mismo párrafo añade: "Sin embargo, en armonía con las propiedades esenciales del matrimonio católico queda entendido que, por el propio hecho de celebrar matrimonio católico, los cónyuges renuncian a la facultad civil de pedir el divorcio, el cual no podrá ser concedido en estos casos por los Tribunales Civiles"; y esta ley se complementa con la ley 3.937 que, en su art. 1º, afirma: "Los casados conforme a las normas del Derecho Canónico que, como consecuencia de haber celebrado un matrimonio de esta naturaleza con posterioridad al 6 de agosto del año 1954 (fecha de entrada en vigor del Concordato y su Protocolo final), han renunciado a la facultad civil de pedir el divorcio, podrán formular demanda de separación personal, pero esta separación personal sólo producirá la suspensión de la vida común de los cónyuges sin autorizar a contraer un nuevo matrimonio".

<sup>21</sup>La fórmula decía: Art. 75 & 6: *El oficial del Registro Civil advertirá a los contrayentes que si quieren contraer un matrimonio indisoluble, al cual no le sea aplicable la legislación sobre el divorcio, tendrán que declararlo". Y art. 75 & 7: El oficial del estado civil recibirá de cada parte, una tras otra, la declaración de que se aceptan como marido y mujer, y, si hubiere lugar, la declaración de que contraen matrimonio que no podrá ser disuelto por el divorcio. En caso de declaraciones afirmativas concordantes, pronunciará, en nombre de la ley, que quedan unidos por el matrimonio e inmediatamente hará el acta de matrimonio".*

- 1998, así como las de otros veintidós estados de la Unión<sup>22</sup>.
- 4) El proyecto de ley presentado al Congreso argentino, en 1986, por el diputado nacional Jorge Reynaldo Vanossi<sup>23</sup>.
  - 5) Las sugerencias de diversos autores nacionales, pertenecientes tanto al ámbito del Derecho Civil, como del Derecho Constitucional y del Derecho Canónico<sup>24</sup>.
  - 6) La demanda que dio lugar al fallo *Sisto-Franzini*, sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 5 de febrero de 1998.

Entre estos antecedentes, deseo destacar el del diputado nacional Jorge Reynaldo Vanossi, presentado infructuosamente en 1986 como alternativa al sistema de repudio que consagró la ley 23.515. Esta propuesta tenía el apoyo explícito de los legisladores María Julia Alzogaray, Federico Clérico, María Cristina Guzmán, Pedro Ferré, Antonio Cavalaro, Tomás González Cabañas, etc., quienes propusieron que la ley contemplara un doble sistema matrimonial análogo al de la Fórmula Mazeaud: hasta la muerte para los que libremente lo desearan, o hasta el divorcio vincular. Y lo destaco porque, en la lista de legisladores mencionados, al tiempo en que había quienes eran partidarios de la indisolubilidad del matrimonio (Pedro Ferrés, Antonio Cavalaro y Tomás González Cabañas), había otros que defendían el divorcio vincular; por lo que dicho proyecto contemplaba las posturas antropológicas de los dos bandos, lo que permite deducir que el sistema tiene impacto incluso entre partidarios del divorcio vincular.

Soy consciente de que los sistemas matrimoniales optativos tienen fundamento en un *negativo voluntarismo*, pues el matrimonio, realidad natural independiente a la voluntad de los hombres, termina quedando sujeta a la opinión que cada uno tenga sobre su esencia. Pero, no obstante, ante la crisis axiológica y la desjuridización del vínculo que afecta a nuestro Derecho Civil, estimo que un sistema optativo sería útil para promover, *antes de formalizar la unión*, el raciocinio y la deliberación sobre la naturaleza de los compromisos que los novios habrán de asumir, pues en la sala de reflexión la novia podría interrogar al novio diciéndole: “¿Quieres que nos casemos hasta la muerte... o hasta el divorcio?”; y el

---

<sup>22</sup>La ley establece un régimen opcional que, si bien no admite una opción indisolubilista absoluta, consagra la posibilidad de cláusulas de hierro y puniciones económicas que hacen extraordinariamente gravosa la recuperación unilateral de la aptitud nupcial (sobre todo si ésta es dolosa), a lo que se añade que en estos últimos diez años, dicho sistema ya está vigente en veintidós estados de la Unión, aunque en diversos grados y formas; de todos modos, la visión que pretende sustentar la unidad del matrimonio sobre puniciones económicas, es insuficiente para manifestar la dignidad del vínculo.

<sup>23</sup>El proyecto de ley presentado por el Dr. Jorge Reynaldo Vanossi establecía que “el Congreso se limitaría a determinar la ley aplicable (...) según la voluntad de los contrayentes”, y establecía modificar la ley 2.393 con las siguientes normas: Art. 1 (inc. a): *Los matrimonios que se celebren en la República Argentina estarán sujetos al siguiente régimen: Los contrayentes que optaren por el matrimonio religioso de un culto reconocido, quedarán sometidos en cuanto a los derechos y deberes entre esposos a las reglas del respectivo culto...*; e (inc. b) *Los contrayentes que optaren por el matrimonio ante el Registro Civil, se sujetarán a las normas de la ley 2.393 y concordantes...*, y luego, en el art. 2, añadía: *Los matrimonios que se celebren conforme a lo dispuesto por el art. 1° (inc. a), deberán inscribirse ante el Registro Civil correspondiente en una sección que se creará a tal fin, inscripción que producirá efecto retroactivo desde la fecha de la celebración del matrimonio, y que deberá ser formalizada por el ministro celebrante, bajo su responsabilidad, dentro del plazo perentorio de tres días hábiles contados a partir del día siguiente de la celebración* (vid. proyecto del 6/7 de marzo de 1986, “Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación”, Imprenta del Congreso de la Nación, Bs. Aires, t. 5, 1986, pp. 7554-7556).

<sup>24</sup>Vid. Boggiano, A., *El divorcio en la Corte*, Depalma, Bs. Aires 1987; Méndez Costa, M. J., *Constitucionalidad del matrimonio indisoluble: ¿Cabe proyectar un doble esquema de matrimonio legal?* LL, 1998/C (pp. 648-652); Barbero, O., *¿Son inconstitucionales los compromisos irrevocables y los vínculos indisolubles?*, LL, 1987-B (pp. 898-901); Mazzinghi, J., *Objeciones al proyecto de ley de matrimonio civil aprobado por diputados*, LL, 1986-E (pp. 1104-1108); Videla, J. R., *Efectos de la separación personal y del divorcio vincular*, en AA.VV., “Régimen del matrimonio civil: ley 23.515”, Ediciones Abeledo-Perrot 1989 (pp. 159-176); Bidart Campos, G., *¿Es inconstitucional la indisolubilidad del matrimonio?*, LL, 1986-C (pp. 847-850), y muchos otros.

novio responder: *“Pero, ¿qué es casarse?”*

Esta promoción de un régimen matrimonial optativo para nuestro país se inserta dentro de la tendencia mundial a modificar la legislación matrimonial en orden a dar respuesta autónoma y eficaz a los crecientes conflictos suscitados por la violencia doméstica, los abandonos de personas, los matrimonios fallidos por causas nimias, el número creciente de uniones de hecho, los repudios matrimoniales de naturaleza unilateral y dolosa..., los cuales se incrementan aceleradamente, especialmente cuando las mujeres son víctimas del abandono unilateral y doloso de maridos que, resistiéndose explícitamente a cumplir con las obligaciones alimentarias de la familia repudiada injustamente, contraen nuevo matrimonio bajo el amparo de la ley<sup>25</sup>.

Finalmente, para concluir este apartado diré que, siendo mi propuesta una opción voluntaria, a quien se oponga se le podría traer a colación el clásico principio del Derecho Romano: *Qui iure uso utitur neminem laedit (A nadie perjudica quien ejercita un derecho)*; y también se le podrían recordar las palabras pronunciadas en 1948 por León Mazeaud ante la “Comisión de Reformas del Código Civil de Francia”: *“Ante un régimen opcional de matrimonio indisoluble o disoluble nadie podría protestar, pues cada cual seguiría siendo libre para unirse hasta la muerte o tan sólo hasta el divorcio vincular, y nadie protestaría, salvo los hipócritas que pretendiesen al mismo tiempo prometer sus vidas y conservar la disposición de las mismas”*<sup>26</sup>.

#### **4) Una cuestión que exige previo estudio y catequesis**

La propuesta de un vínculo matrimonial indisoluble y optativo, reconocido por la ley civil, debe tener en cuenta la iusfilosofía de la libertad que impera actualmente en los tribunales argentinos y el Parlamento nacional, puesto que si se procura que las leyes y sentencias de los poderes civiles del estado argentino reconozcan la indisolubilidad del vínculo, pastoralmente habrá que hacer una gigantesca catequesis sobre la libertad humana que ilumine a parlamentarios, jueces y ciudadanos en torno a tres ideas:

- a) Las opciones matrimoniales definitivas son legítimas y posibles de cumplir.
- b) El analogado principal de la libertad no es la posibilidad de elección sino la elección.
- c) Las únicas opciones definitivas que deberían gozar de protección constitucional son aquellas que favorecen un desarrollo adecuado de la naturaleza humana.

\* \* \*

La iusfilosofía a que adhiere nuestra Corte Suprema de Justicia y muchos de nuestros parlamentarios, es réplica del pensamiento foráneo de John Rawls y Ronald Dworkin, filosofía difundida con extraordinario impacto en nuestro país a través del denominado “Ciclo Básico Común”, axiológicamente organizado por el difunto jurista argentino, Carlos Santiago Nino, como vía de ingreso a las diversas carreras de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Y si bien ese “Ciclo Básico Común” no ha sido la única vía de inserción de esta

---

<sup>25</sup>Personalmente entiendo que si alguien abandona unilateralmente su hogar y se niega a cumplir con la cuota alimentaria, la ley no debería pensar en la conveniencia de darle una nueva oportunidad de casarse, sino más bien en considerar si lo mejor hubiera sido no haberle dado nunca la oportunidad de hacerlo.

<sup>26</sup>MAZEAUD, L., *Solution au problema du divorce*, en Recueil Dalloz Sirey, Paris 1945 (pp. 7-14), p. 14.

iusfilosofía en nuestra cultura judicial y parlamentaria, el impacto logrado por medio del mismo ha sido notable, especialmente entre los estudiosos del derecho.

Esta corriente de pensamiento promueve la defensa de la libertad afirmando que el único límite axiológico es el respeto a los derechos de terceros, pero sin admitir los límites teleológicos propios de la moral.

En esta iusfilosofía la libertad más emblemática es el derecho a disponer razonablemente de la propia vida (suicidio ponderado y acciones autolesivas en general), siempre y cuando estas conductas no afecten derechos de terceros.

Trátase de una iusfilosofía que carece de fundamento en nuestra Carta Magna, pero que de hecho la utiliza nuestra Corte Nacional desde 1986 en muchos de sus fallos sobre derechos humanos como doctrina “casi” oficial (al respecto vid. los votos de los jueces Petracchi y Fayt en los fallos más emblemáticos de derechos humanos: *Bazterrica*, *Portillo*, *Sejean*, *ALITT*, *CHA*, etc.), y a ella también adhieren los parlamentarios que pregonan las uniones gay, la ideología de género, la eutanasia, la despenalización del aborto, la despenalización del infanticidio, la concesión de cobertura social para la fecundación in vitro, el libre consumo de estupefacientes, etc.

De hecho, cuando una sentencia de nuestra Corte nacional o un tribunal inferior invoca los nombres de John Rawls y Ronald Dworkin, no es necesario ser adivino para profetizar que, con toda seguridad, pocos párrafos más adelante, los jueces intentarán reivindicar derechos estrafalarios y autodegradantes del ser humano, como, por ejemplo:

- Transitar libremente por las calles en motocicleta y sin casco protector.
- Drogarse pacíficamente en el propio domicilio.
- Regar una *planta de marihuana* entre los geranios y rosales del propio balcón.
- Admitir tatuajes indelebles en niños menores de edad, sin venia paterna.
- Proceder a mutilar irreversiblemente órganos reproductores del propio cuerpo.
- Realizar operaciones irreversibles de cambio de sexo.
- Abortar.
- *Suicidarse ponderadamente* (libertad más emblemática).
- Etc.

Nuestra Carta magna, en su artículo 19 impone explícitamente dos límites a los actos con que se hace ejercicio legítimo de los derechos:

- a) Que no afecten intereses de terceros.
- b) Que no afecten la moral pública.

En cambio, la iusfilosofía de John Rawls y Ronald Dworkin establece sólo uno: que no afecten intereses de terceros; pero, para Rawls, Dworkin, Nino y sus seguidores, la moral no puede ser invocada como límite ontológico en el ejercicio de la libertad individual.

Por lo dicho se puede afirmar que la iusfilosofía que ellos sustentan es intrínsecamente *amoral* y relativista. Y si bien no adhiero a esta iusfilosofía, deseo señalar que, paradójicamente, la misma no se podría oponer a los compromisos matrimoniales

indisolubles, al menos sin incurrir en una falta de lógica, puesto que si dos novios se casan indisolublemente, en base a una decisión autónoma y recíproca, y no afectan derechos de terceros, si los seguidores de Rawls y Dworkin se opusieran a un compromiso indisoluble asumido de este modo, incurrirían en notable incoherencia<sup>27</sup>.

Y ejemplo de esta incoherencia fue el famoso *fallo Sejean*, el cual, valiéndose explícitamente de la iusfilosofía de Ronald Dworkin, utilizó nuestra Corte nacional para declarar inconstitucionales a los pactos matrimoniales indisolubles, afirmando que los mismos coartan la libertad de contraer matrimonio hacia el futuro, puesto que como quien se casó ya no podría volver a casarse, el derecho a contraer matrimonio se agotaría en un solo ejercicio.

Pero unir al pensamiento de Ronald Dworkin el argumento de que *los pactos indisolubles son inconstitucionales, puesto que tras casarme ya no podría celebrar matrimonio nuevamente*, constituye una hipócrita falacia, puesto que este autor afirma, junto a John Rawls, que la más emblemática de las libertades es la posibilidad de *suprimir* la propia vida por medio del suicidio voluntario y ponderado; y no se comprende que nuestra Corte los haya citado a ellos en orden a prohibir la indisolubilidad del matrimonio en cuanto coarta la posibilidad de volver a casarse, puesto que, si así fuera, ¿qué debería decirse en relación al derecho que invocase quien pretendiera quitarse la vida... o solicitar que se la quiten?, porque en este caso su decisión no sólo eliminaría definitivamente al ciudadano como sujeto de derechos, sino que también daría por acabado:

- El futuro ejercicio del derecho a suicidarse de modo voluntario y ponderado, puesto que quien se suicidó no puede volver a hacerlo.
- El futuro ejercicio del derecho a casarse, pues quien se suicidó ya no podría volver a casarse.
- El futuro ejercicio de cualquier otro derecho constitucional pretendido.

Y pregunto: ¿Es razonable que el único modo de renunciar constitucionalmente, y de modo efectivo, al ejercicio del derecho futuro a casarse en vida de los cónyuges tenga que ser el suicidio voluntario y ponderado? ¿No sería más razonable admitir como opción voluntaria el matrimonio indisoluble sin acudir a mecanismos tan cruentos?; porque a diferencia del suicidio ponderado, los pactos matrimoniales indisolubles no eliminan ni al sujeto, ni al derecho a contraer nuevo matrimonio, ni a ningún otro derecho constitucional.

Es más, la aptitud nupcial, como bien objetaron en el *fallo Sejean* los jueces de la minoría, doctores Augusto Belluscio y José Severo Caballero, se recupera en caso de viudez, a diferencia del suicida, quien no tiene ninguna posibilidad de recuperar su vida. Y por eso, no comprendo que, en aras de respetar la libertad, tras despreciarse toda la tradición constitucional argentina, se apliquen iusfilosofías extranjeras de autores que, además de ser rechazados por las legislaciones de sus propios países, nunca pisaron nuestra patria.

Si la constitucionalidad de las opciones matrimoniales definitivas (y lo mismo cabría decir de opciones definitivas de otro tipo: tatuajes, mutilaciones, eutanasia, etc.) no son juzgadas por nuestro Derecho Constitucional en base a criterios teleológicos, los planes de vida matrimoniales que prevalecerán no serán entonces los que estén avalados por los mejores argumentos, sino los de quienes en el ejercicio del poder político tienen el *puño más fuerte*,

---

<sup>27</sup>Ningún tercero podría sufrir daños por el hecho de que una pareja contraiga matrimonio indisoluble.

de lo cual, ejemplo reciente fue la sanción de la ley 26.618 (uniones gay) del 15 de julio de 2010, día en que *el puño del poder* se impuso arbitrariamente a la sensatez de una ciudadanía que se manifestó espontánea y abiertamente a favor de la heterosexualidad del matrimonio a lo largo y a lo ancho de todo el territorio nacional.

Pero volvamos nuevamente al argumento del *fallo Sejean*, según el cual un compromiso indisoluble sería inadmisibles por cuanto implicaría abdicar definitivamente de la libertad que debe tener toda persona en orden a poder decidir sobre su futuro. En primer lugar cabe decir que esta opinión manifiesta incoherencia en relación a otras libertades que pregona nuestra Corte nacional, puesto que la libertad de drogarse en el propio domicilio también daña de modo progresivo, neurológico e irreversible la libertad de elección; a lo que se añade que, en el caso de la eutanasia y del suicidio ponderado, el daño es absoluto.

Para que la indisolubilidad del vínculo matrimonial logre reconocimiento civil en las leyes y sentencias, hace falta que todos los fieles católicos que participan activamente en ámbitos institucionales se decidan a formarse y tomar posición en la batalla cultural que tiene lugar entre quienes conciben como *analogado principal* a la *libertad como potencia (capacidad de elección)* y quienes consideran que este analogado corresponde a la *libertad como acto (elección hecha)*. Más concretamente, tendrán que tomar posición para defender la libertad como acto de elección conforme a la propia naturaleza. Y para ilustrar estas dos posturas, considero útil exponer la distinción hecha por Amadeo Tonello entre la *libertad del suicida* y la *libertad de la araña*<sup>28</sup>.

La libertad del suicida se puede ejemplificar con un hombre que se arroja desde el décimo piso de un edificio, o sin paracaídas desde un avión. Su descenso por los aires se desarrolla de modo totalmente exento de ataduras y condicionamientos, de modo que su caída libre representa la libertad extrema. Pues bien, este hombre, mientras baja aceleradamente, disfruta en su cuerpo de una libertad sin ataduras, pero por poco tiempo, pues sus románticos sueños de libertad acabarán cuando sangrientamente se estrelle contra el suelo. Se trata, ciertamente, de un viaje emocionante por los aires, aunque de breve duración, pues al finalizar el trayecto, él (y su libertad, entendida como capacidad de hacer lo que quiero sin estar atado a criterios teleológicos) sufrirá una trágica autodestrucción. Pero supongamos que mientras desciende vertiginosamente por el vacío, desde un balcón alguien lograra enlazarlo para detener su caída y evitar un cruento fallecimiento; en este supuesto, si aquel suicida adhiriese a la lógica de John Rawls y Ronald Dworkin, debería protestar con disgusto por el tirón de ese lazo que le impide continuar su vuelo voluntario y emocionante hacia la muerte. Ésta es la libertad que pregonan John Rawls y Ronald Dworkin, reconocidos defensores de la eutanasia y del suicidio deliberadamente ponderado, acciones que avalaron con su famosa *Acta de los Filósofos*, la cual, junto a otros académicos de renombre, firmaron personalmente a título de *Amicus Curiae* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sugiriendo al supremo tribunal estadounidense que concediera protección constitucional a la eutanasia (*fallo Nancy Cruzan*).

Pero nuestra Constitución no consagra la libertad del suicida, sino la de la araña, insecto que teje su tela con paciencia y constancia, generando un hábitat repleto de hilos y ataduras que dan origen a sucesivas líneas, siendo cada nueva atadura el principio de otras

---

<sup>28</sup>Cfr. TONELLO, A., *Uniones homosexuales: la gran mentira*, en “Suplemento Cristo Hoy”, San Miguel de Tucumán, junio 2010, pp. 6-7; en los párrafos que siguen parafraseo las ideas de este autor.

líneas que le permitirán desplazarse cómodamente entre los árboles y las piedras que la sustentan en orden a capturar presas que le proporcionen alimento, es decir, nuevos *senderos de libertad*. Y cuanto mayor sea la cantidad de líneas de la telaraña, y cuanto más firmes sean éstas, mayor será la calidad de su libertad de desplazamiento. Y si alguien dijera que la araña se encuentra limitada por los hilos y las ataduras de su tela, habría que decirle que *¡no!*, pues esta dependencia, lejos de condicionar la libertad, es la base misma que fundamenta su existencia y ejercicio, pues la libertad se tiene y desarrolla en la medida en que se asumen compromisos ordenados al recto desarrollo de la naturaleza.

Por ejemplo, nuestro Derecho Civil siempre entendió la libertad como capacidad para asumir compromisos acordes con el bien común, y por eso el instituto civil de la emancipación (libertad) confiere al menor de edad emancipado libertad para obligarse en ámbitos ante los cuales el régimen legal sólo reconoce capacidad a quienes son mayores, sobre todo cuando se trata de aquellas decisiones más difíciles de revertir. Y, curiosamente, uno de los límites impuestos por Vélez Sársfield a la libertad del emancipado (es decir, aquella libertad sagrada que no se le concedía), era la de poder contraer matrimonio indisoluble sin venia paterna o del juez.

En este sentido, cabría decir que los vínculos voluntariamente indisolubles deberían gozar de protección civil y constitucional... y no de prohibiciones, puesto que lejos de privar al hombre y a la mujer de su libertad, suponen una capacidad de compromiso que manifiesta la libertad de modo sublime, además de que aporta certidumbre no sólo a la relación conyugal, sino también a las obligaciones que se asumen con los hijos y el resto de la sociedad. En cambio, el sistema de repudio doloso del sistema del art. 230 de nuestro Código Civil, al admitir la ruptura unilateral y maliciosa del vínculo, como derecho *irrenunciable*, supone una ausencia casi absoluta de compromisos y ataduras, por ende, del ejercicio de la libertad de pactar.

Y en cuanto el sistema del art. 230 y concordantes declara nulas, *ipso iure*, todas las ataduras que pretendan conferir indisolubilidad al vínculo matrimonial (o, al menos, mayor estabilidad), haciendo extremadamente frágiles e inciertos los derechos de los cónyuges y de los hijos, impone arbitraria e imprudentemente a la sociedad, como derecho emblemático, la *libertad del suicida*. Pero, reitero, nuestra Constitución consagra la *libertad de la araña*, y, en este ámbito entiendo que la telaraña que mejor actuó en la República Argentina como garante del *ius connubii*, ha sido aquella que tejió hilos indisolubles.

Y a la luz de lo dicho, estimo oportuno que se promuevan algunas tesis doctorales para que investiguen en fuentes constitucionales autóctonas, compatibles con nuestra Carta magna, cuáles son las opciones definitivas que fortalecen el ejercicio de la libertad y cuáles la dañan o suprimen. Y con lo dicho me refiero no sólo al examen de legitimidad constitucional de la indisolubilidad del matrimonio en cuanto opción antropológica definitiva, también otras opciones sujetas al debate contemporáneo: libre acceso a drogas que generan adicciones difíciles de revertir... o que tienen como resultado de su ingesta daños neurológicos irreparables, tatuajes indelebles en menores de edad, operaciones de cambio de sexo, donaciones de órganos, etc.

Y si sugiero que el examen de constitucionalidad se base en fuentes doctrinales y constitucionales autóctonas, es porque éstas suelen ser respetuosas no sólo de los derechos

de terceros, también de la moral pública (art. 19 de la Constitución), a diferencia de la iusfilosofía de John Rawls y Ronald Dworkin quienes, en la práctica, anulan todo criterio de moral pública como límite a la autonomía de la voluntad, puesto que exigen que la misma sea fruto de un *consensualismo impracticable*, ya que su metodología (les guste o no a sus diseñadores), casi siempre impone los objetivos de la dictadura del relativismo de turno, es decir, la de quien tiene, en el ejercicio del poder político, *el puño más fuerte*, y no los mejores argumentos; prueba de lo cual es la circunstancia de que, al mismo tiempo en que se tiende a garantizar conductas gravemente peligrosas para todo sujeto (drogarse, tatuarse, mutilarse, suicidarse, travestirse, prostituirse, etc.), se prohíben acciones que el común de los pueblos y naciones estiman beneficiosas para el ciudadano y la sociedad (por ejemplo, vínculos matrimoniales estables).

### **5) Sugerencia para lograr el reconocimiento civil de la indisolubilidad del matrimonio**

La prudencia aconseja *transformar las crisis en oportunidades y no las oportunidades en crisis*, por tanto, entiendo que deberíamos ser conscientes de que el concordato celebrado firmado con la Santa Sede el 10 de octubre de 1966, ratificado por ley 17.032, y nunca impugnado en los ámbitos jurídicos nacionales, sea por primera vez *denunciado* (unilateral y arbitrariamente) por el Estado argentino, exigiéndosele a la Santa Sede, en cualquier momento, una sustancial modificación o su simple derogación. En cuanto a las causas de dicha hipotética, pero muy probable *denuncia*, sabido es que ésta tiene su origen en las pretensiones gubernamentales de limitar los derechos de atención espiritual de las Fuerzas Armadas; lo cual consta en los *mass-media* desde hace varios años.

Ahora, dejando a un lado el análisis de la legitimidad (o no) de las pretensiones coyunturales por las cuales un gobierno argentino podría efectuar esta denuncia unilateral del concordato, sería conveniente comenzar a preparar los elementos necesarios para una negociación más global de su reforma, tal como lo hizo la Iglesia católica en Brasil al lograr que se reafirmen los efectos civiles del matrimonio religioso (tema tratado en la ponencia del Pbro. Dr. Samuel Jofré) y la posibilidad de impartir religión católica en escuelas públicas durante los horarios escolares. Pero en el caso de nuestro país sugiero que dicha negociación incluya no sólo el reconocimiento civil de la ceremonia religiosa y el de la indisolubilidad del vínculo matrimonial (tema de la ponencia en curso), sino también el respeto al principio de heterosexualidad, es decir, que los cónyuges que se casen por la Iglesia católica, tengan certeza legal de que, en caso de ruptura, no se dará la tenencia de los niños al cónyuge que adopte un modo de vida gay.

Tras la reforma constitucional de 1994 los tratados internacionales tienen prioridad explícita sobre las leyes, de modo que, si la validez civil de la ceremonia religiosa, del reconocimiento civil de la indisolubilidad del vínculo y del respeto civil al principio de heterosexualidad en la educación de los hijos menores de edad, fuesen incorporados al concordato al modo de un *estatuto del matrimonio católico*, el margen de acción para que jueces y legisladores pudiesen invalidarlo el día de mañana, sería estrecho, puesto que una sentencia de inconstitucionalidad o una ley que pretendieran modificar dicho estatuto comprometería la responsabilidad y la honorabilidad del estado argentino ante la comunidad de las naciones, porque el estado nacional estaría descatando lo que tras previa deliberación se comprometió a cumplir con otro estado (en este caso la Santa Sede). Por lo dicho, estimo oportuno aprovechar las amenazas que padece el concordato de 1966 en oportunidad de lograr un estatuto que defienda el carácter religioso del matrimonio católico, su indisolubilidad y, si fuese posible, el principio de heterosexualidad en la

educación de los hijos habidos durante la unión matrimonial.