

La ley de las sábanas*

Por Ricardo A. Guibourg

1. Más vale prevenir que curar

Los libros traen solapa, dedicatoria y prólogo, a modo de paracaídas literario. Las páginas de Internet suelen incluir un *disclaimer*, o advertencia previa para proteger a su autor de la ira de terceros. Este artículo requiere algo parecido, porque su contenido es, como se dice ahora, “políticamente incorrecto”.

Debo decirlo sin ambages: no soy especialista en derecho de familia. Ni siquiera en derecho civil. Mi rama de actividad académica es la filosofía del derecho, así como, desde hace casi medio siglo, he estado involucrado en el derecho del trabajo. Lo segundo tiene con los problemas de familia un vínculo tangencial, pero lo primero puede invocarse como una patente de corso para incursionar en cualquier rama del derecho, desde una óptica genérica y sin entrar en detalles. Hago uso aquí de esa patente para sugerir un punto de vista distinto de los habituales. No me atrevo a asegurar que ese sea el *buen* punto de vista, entre otros motivos porque mantengo cierto conflicto con la palabra “bueno”. Lo que me importa es mostrar que esa perspectiva es posible, al menos intelectualmente y acaso en la práctica. Si es recomendable o execrable es cosa que cada observador juzgará, probablemente con mejores conocimientos que los míos. Pero incluso las sugerencias que rechazamos tienen la virtud de ampliar el espectro de nuestro pensamiento, obligarnos a identificar los motivos de nuestra desaprobación y, paralelamente, proporcionarnos mejores razones para sostener nuestra tesis contraria.

De este modo, ya sea que lo que digo constituya una idea plausible o un disparate deleznable, en ambos casos espero contribuir, por aprobación o por rechazo, al debate de los especialistas en un tema sujeto a intenso debate actual.

2. El marco fáctico del derecho

Los filósofos discuten acerca de la naturaleza del derecho o, para decirlo a mi manera, de la definición a proponer para la palabra “derecho” y el escurridizo concepto que se oculta tras ella. Pero lo que casi nadie discute es que el derecho es, ya sea totalmente o al menos en gran parte, obra de los hombres, derivado de las relaciones sociales y con aspiración a regirlas. Las relaciones sociales evolucionan con el tiempo y cambian de grupo en grupo, pero siempre lo hacen dentro de un marco: la situación de hecho en la que los seres humanos se mueven y se vinculan.

Por situación de hecho no me refiero aquí a las variaciones del poder político ni a las cambiantes ideologías, que no son sino elementos de aquella evolución: hablo de hechos tales como lluvias y sequías, montañas y valles, rangos de variación térmica. Pero, más que nada, quiero poner el acento en los conocimientos y en la

* Extraído del artículo publicado en “La Ley”, marzo 2012. [Bibliografía recomendada.](#)

tecnología, elementos que, si bien no están en la naturaleza externa sino en la mente de los humanos, con lo que resultan tan naturales y animales como la técnica de las abejas para construir una colmena, son sin embargo temporalmente variables y habitualmente irreversibles, porque se insertan en una cultura transmisible.

Muchas cosas cambiaron cuando se inventaron las cloacas. No solo mejoró sustancialmente la sanidad de las ciudades, sino también se suprimió la costumbre (en cierto modo obligatoria) de gritar “¡Agua va!” cuando se descargaban las aguas servidas por la ventana, en dirección a la zanja en medio de la calle por donde otras personas transitaban. Cuando se inventó el ascensor, las ciudades se vieron liberadas de los límites impuestos por la necesidad de subir escaleras y los edificios, que usualmente tenían uno o dos pisos y, en todo caso, no más de seis, se dispararon hacia el cielo. Sin ascensor, quién sabe si la propiedad horizontal habría llegado a establecerse. El Código Civil regula el modo de expresar el consentimiento entre ausentes, “por medio de agentes o correspondencia epistolar” (art. 1147): parece claro que el teléfono, patentado en 1876, no formaba parte de las previsiones de Vélez Sársfield.

La computadora trajo consigo otros cambios: hay contratos que son concertados entre máquinas, lo que pone en tela de juicio el concepto de persona, física o jurídica, y obliga a imputar a quienes se sirven de ellas la voluntad expresada por seres de plástico y silicio. Con eso se evita el estallido de la personalidad, pero se confiere a la máquina cierto parecido con un factor o un apoderado: la nomenclatura jurídica sobrevive, aunque algo resquebrajosa. Es más, hizo falta mucha deliberación y la sanción de una ley (25.506) para que el documento electrónico aspirara a compartir algo de la primacía que todavía se confiere al documento de papel, firmado de puño y letra por su autor. Y el derecho internacional privado se ha visto en un problema para encarar las normas aplicables a contratos concertados en el espacio virtual de la informática.

Algunas instituciones actuales se encuentran en crisis por causa de los avances tecnológicos. El derecho de autor, pensado como manera de retribuir la labor creativa, tenía por supuesto fáctico el hecho de que, para imprimir un libro, hacía falta una imprenta; para reproducir analógicamente una obra musical, era preciso disponer de una prensa de discos; y esas instalaciones no eran fáciles de ocultar ni de trasladar. Desde que se introdujeron la máquina de fotocopias y la doble casetera, el derecho de autor empezó a hacerse menos defendible; ahora que todo puede almacenarse y transmitirse digitalmente sin costo ni control alguno, la retribución de los autores se ve en serio peligro, hasta tal punto que convendría ir pensando en otro modo de asegurarla en lugar de insistir en un método perimido. La privacidad es un derecho muy querido, pero su protección es cada vez más problemática: hay tantos datos personales que van y vienen por el espacio informático y recalcan en ignotos archivos, hay tantas posibilidades de cruzar tal información sin permiso de su titular, existen tantos medios técnicos para ver y oír lo que cada uno hace o dice, desde la casa de enfrente, desde un centro de interceptación (incluso automático) o desde un satélite espía, que no hay prácticamente nada que alguien no pueda averiguar acerca de otra persona, si tiene suficiente interés en hacerlo y está dispuesto a pagar un costo razonable.

La denodada lucha de legisladores y jueces por asegurar a los ciudadanos una cuota razonable de privacidad parece, pues, una batalla perdida: los límites ya no son

fácticos, por lo que difícilmente pueden mantenerse como jurídicos; y apenas dependen de la poca relevancia que los datos puedan tener para terceros¹.

Mientras buscamos otro modo de premiar la creatividad, mientras nos resignamos a vivir entre cristales transparentes y buscamos fuerzas para soportarnos los unos a los otros tales como somos, no estaría mal que ejerciéramos algo de imaginación, como si fuéramos autores de fantaciencia.

Todos recordamos la serie de TV “Viaje a las estrellas”, donde los tripulantes de la nave espacial se transportaban entre ella y cualquier planeta mediante una máquina que los desintegraba en el lugar de origen y volvía a integrarlos, instantáneamente, en el de destino.

Supongamos ahora que ese dispositivo existe; más aún, que es sencillo, portátil y está al alcance de cualquiera. Las cárceles dejarían automáticamente de existir, y con ellas una buena parte del derecho penal. Las fronteras desaparecerían en la práctica y, con ellas, buena parte del derecho internacional. Las carreteras, los aeropuertos, los buques, los trenes y los automóviles quedarían abolidos del mismo modo como la introducción del teléfono abolió los “días de visita” de las familias de un siglo atrás. Acaso las ciudades serían abandonadas, pues cualquiera podría gozar de una vivienda en medio del campo sin perder un ápice de su vecindad personal con quien quisiese en el mundo entero.

Seamos un poco más audaces. Imaginemos que, por una súbita mutación genética, los seres humanos empiezan a reproducirse por esporas, de tal modo que cada día miles de ellas se desprenden de nuestra piel y, debidamente alimentadas (por ejemplo, sumergidas en leche), cada una de ellas crece hasta convertirse en un adulto. En tal caso, cada espora solo tendría un padre, o una madre; pero ¿qué responsabilidad asignaríamos al progenitor frente a miles de vástagos diarios? ¿Cambiaría en algo nuestro actual debate sobre el momento inicial de la vida humana? ¿Se consideraría sagrada la vida de cada espora? ¿Se modificaría la obligación de alimentar a los hijos, o se la combinaría con alguna clase de prohibición cuantitativa? ¿Habría alguna consecuencia sobre la institución matrimonial?

Pensemos en la ingeniería genética, capaz de producir entes con características físicas o mentales distintas de las comunes: ¿serán esos individuos personas de segunda clase? ¿O de primera clase, superiores a nosotros? ¿Animales domésticos, colegas diferentes en el seno de la humanidad o raza de señores? Si las funciones cerebrales pudieran interconectarse (y tal vez no estemos lejos de que esto suceda), ¿diremos que hay personas físicas plurales, o colectivas? ¿O de asociación variable? ¿Dónde quedaría entonces el concepto de persona humana como un individuo concreto y aislado?²

¹ Cfr. Guibourg, Ricardo A. - Alende, Jorge O. - Campanella, Elena M., *Manual de informática jurídica*, Bs. As., Astrea, 1996, p. 296 y siguientes.

² La fantaciencia es una rama de la literatura particularmente útil para poner a prueba la solidez de nuestros conceptos jurídicos. Es aconsejable prestar atención a advertencias como las generadas por Karel Capek (*La guerra con las salamandras*, de 1936, Madrid, Aguilar, 1964), Theodore Sturgeon (*Más que humano*, de 1953, Bs. As., Minotauro, 1968), Isaac Asimov (entre muchos otros, *El hombre del bicentenario* y *Qué es el hombre*, en *El hombre del bicentenario*, Barcelona, Martínez Roca, 1978) o H. P. Lovecraft (*El color que cayó del cielo*, Bs. As., Minotauro, 1957), sin olvidar a Aldous Huxley (*Un mundo feliz*, de 1932). Hace casi un siglo que los autores, desde el optimismo, el pesimismo o la crítica,

3. El marco histórico de la familia

El ejercicio de imaginación que acabo de recomendar sirve para acomodar la mente a variaciones impensadas; pero no es estrictamente necesario para advertir los cambios morales y jurídicos ocasionados por las variaciones de hecho. Para eso basta con examinar la historia; en este caso, la de la familia y de las relaciones entre hombres y mujeres.

Como el cuento de las esporas no es sino una fantasía, es un hecho que la familia tiene, desde su origen, una función biológica. El niño ha nacido, desde hace 100.000 años, de la unión de hombre y mujer (esto es si nos limitamos al *homo sapiens* y desdeñamos al *homo habilis*, que llevaba dos millones y medio de años haciendo lo mismo, tal como el resto de los mamíferos). El cachorro humano no puede valerse por sí mismo, por lo que requiere ser cuidado y alimentado. Como la alimentación, durante la lactancia, es tarea biológica de la madre, el padre estaba más libre para salir a procurar el sustento familiar, a costa de plantas y animales que la Biblia le había regalado con ese propósito y a menudo en conflicto con otros humanos que también reclamaban para sí esa divina prestación alimentaria.

Sin embargo, aquella organización familiar biológica carecía de funciones cuando el niño (presumiblemente a temprana edad, dada la escasa duración de la vida promedio) quedaba en condiciones de enfrentar el mundo por su cuenta. Sabrán los antropólogos y los historiadores cuándo la familia adquirió un nuevo sentido de unidad económica, pero es probable que eso haya sucedido al iniciarse la agricultura, cuando el hombre, la mujer y los hijos formaron un equipo de trabajo para cultivar la tierra, y luego para mantenerla y defenderla. Cuando el hipotético pillo imaginado por Rousseau cercó el terreno, dijo “esto es mío” y encontró gente bastante estúpida para creerlo³, la propiedad de la tierra se convirtió en un bien independiente de su cultivo, con lo que familiares algo más lejanos, protegidos, siervos y esclavos (la *familia*, en su versión romana) permitieron ampliar esa propiedad a costa de la propia. La importancia de la propiedad de la tierra dio lugar seguramente a la institución de la herencia, ya sea mediante distribución entre los hijos o institución del mayorazgo. Con esto, la familia agregó otra función: la de transmisora de la propiedad, con todo lo que ella implicaba en términos de poder, rango y prestigio, además de subsistencia y acaso riqueza. Dentro de este cúmulo de conjeturas, es posible imaginar que entonces apareció la doble moral de los sexos: el hombre podía mantener relaciones sexuales con varias mujeres, porque de todos modos los hijos que con ellas tuviera no heredarían la tierra, al menos en principio; pero la mujer no debía ni siquiera hacerse sospechosa de adulterio, porque introducir en la familia un hijo bastardo era privar a los legítimos del derecho que les correspondía. Tal vez fue así como la mujer fue considerada propiedad del hombre, junto con las vacas y las cabras⁴: era necesario tenerla controlada como fábrica exclusiva de herederos legítimos, lo que –dicho sea de paso– pudo dar

vienen advirtiéndonos acerca de cambios que, ya sea que se produzcan o no se produzcan, de todos modos, deberían inspirarnos cierta humildad y cierta conciencia de provisionalidad al concebir las estructuras con las que elaboramos el derecho y pensamos en él.

³ Rousseau, Jean-Jacques, *De l'inegalité parmi les hommes*, Paris, Éditions Sociales, 1954, p. 108.

⁴ Así rezaba en su texto íntegro, el mandamiento divino: “No desearás la mujer de tu prójimo, no codiciarás su casa, su campo, su siervo o su sierva, su buey o su asno: nada que sea de tu prójimo”.

lugar a los roles femeninos: criar a los hijos, limpiar, cocinar, obedecer, soportar y jamás poner los ojos en otro hombre, aunque el propio saliera de juerga por las noches y se ufanara de ello frente a vecinos y amigos.

Tal situación estaba lejos de ser equitativa, pero milenios de tradición impedían seguramente criticarla. Hasta que, en época de las cruzadas, los trovadores introdujeron, escondido en sus laúdes, el nuevo ideal del amor: el amor entre hombre y mujer, el amor romántico, absoluto, eterno y, al menos en principio, independiente del contacto sexual. El matrimonio seguía siendo como era, pero la mente de los individuos empezó a soñar con el nuevo ideal. El conflicto que con esto se suscitó está presente en varios siglos de literatura, llena de historias de jóvenes que, obligados a casarse con quienes sus padres indicaban, se enamoraban sin embargo por su cuenta y daban lugar a comedias, dramas y tragedias. En *La fierecilla domada*, Shakespeare cultiva el ideal conservador de la autoridad marital, primero mediante la amenaza y finalmente con la aceptación de la mujer doblegada.

Molière, en sus comedias, hace triunfar una y otra vez el amor sobre la autoridad, pero a menudo mediante engaños temporales y descubrimientos de identidad oculta tan sorprendidos como oportunos. Todo el romanticismo, a su vez, entronizó el amor idealizado como valor supremo de las relaciones entre los sexos.

Esto no hacía más que agudizar los conflictos, porque la familia mantenía su estructura tradicional, en la que se esperaba que algo de amor, o al menos alguna conveniente resignación, surgiese en la mujer después de un matrimonio de conveniencia. El hombre, en cambio, quedaba cumplido con su rol de proveedor y apenas se le pedía que guardara las apariencias y no incurriese en escándalo. Era una tradición que los hombres poderosos mantuvieran una “casa chica” con una familia paralela, ante la voluntaria ceguera de sus esposas legítimas.

En ese caldo de cultivo creció la reivindicación de la mujer, con su reclamo de igualdad. En 1789 se proclamaron en Francia los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Olympe de Gouges, una dama culta y decepcionada del matrimonio, se tomó la igualdad en serio y, luego de defender públicamente a los negros (entonces no se les llamaría afrofranceses), publicó en 1791 la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana: “la mujer –decía– tiene el derecho de subir al cadalso; debe tener también el de subir a la tribuna”; iguales a los hombres ante la ley, las mujeres “deben ser igualmente admisibles a todas las dignidades, lugares y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”. Tanto pensamiento no podía tolerarse: en 1793, sus conciudadanos le cortaron la cabeza, sin darle derecho de defensa. Durante el siglo XIX, en varios países surgieron movimientos que reclamaban para las mujeres el derecho de voto, que fue lentamente conquistado y todavía no es universal. En el nuestro, ese derecho se reconoció en 1947, con la ley 13.010, pero ya en 1911 Julieta Lanteri, médica nacida en Italia y naturalizada argentina, había logrado votar luego de una lucha legal incansable.

Entre aquellas dos fechas, la sociedad había experimentado un serio cambio. A partir de la Primera Guerra Mundial, las mujeres europeas y norteamericanas debieron desempeñar empleos fuera del hogar, para reemplazar a los hombres que estaban en el frente. El fenómeno se agudizó en la Segunda Guerra Mundial y ya nada fue igual: las mujeres (no todas, pero sí los grupos capaces de generar opinión) habían empezado a conquistar su independencia económica mediante el salario propio, de

modo que la estructura tradicional del matrimonio, cuyo vértice era el padre de familia, empezó a resquebrajarse en los hechos.

Una de las primeras manifestaciones de aquella grieta fue el divorcio, muestra de que las cadenas económicas y culturales que unían a los cónyuges, severas pero sólidas, empezaban a ceder su lugar a los lazos del amor, dulces pero extremadamente frágiles, como fundamento ideológico de la pareja.

A partir de allí, los cambios fueron vertiginosos. Al naturalizarse el divorcio⁵ (con ley o sin ella)⁶, aparecieron las familias ensambladas, cuyos vínculos, hoscos o civilizados, diluían los roles parentales previos. La aparición de los anticonceptivos, con la consiguiente revolución sexual, naturalizó las relaciones prematrimoniales o simplemente circunstanciales. El delito de adulterio, tipificado de manera desigual para maridos y esposas, fue eliminado en 1995 (ley 24.453). La institución misma del matrimonio empezó a ceder terreno frente al concubinato, públicamente preferido por muchas parejas estables, que asumieron la actitud de no casarse sino cuando la llegada de los hijos hacía presumir (no siempre con acierto) su consolidación⁷. La unión civil⁸ llegó para dar cierto reconocimiento legal a estas parejas, pero sirvió sobre todo para satisfacer parcialmente la aspiración de las personas homosexuales, que finalmente pudieron acceder al matrimonio liso y llano⁹. Curiosamente, esta reivindicación llegó cuando la institución matrimonial ya había perdido gran parte de su atractivo para las parejas heterosexuales.

Pero la influencia de los hechos no había cesado. Mientras tanto, se introdujeron la inseminación artificial o asistida, la concepción *in vitro*, la donación de esperma o de óvulos, la crioconservación de embriones, la maternidad subrogada y el alquiler de vientres.

Todo esto generó una considerable perplejidad acerca de los conceptos jurídicos preexistentes, perplejidad que puede formularse de dos maneras. Una, tradicional, que no tiene respuesta demostrablemente correcta: ¿quién es la verdadera madre? ¿Quién el verdadero padre?¹⁰ ¿Son personas los embriones no implantados? Otra,

⁵ En 2005, el promedio de duración del matrimonio se había reducido a la mitad (cfr. *Divorcios: el promedio de duración del matrimonio se redujo a la mitad*, "Clarín", 26/11/05). En la Capital Federal, uno de cada dos matrimonios se divorcia; en Santa Fe se duplicó la cantidad de divorcios en relación a los casamientos (cfr. *Hasta que el divorcio los separe: estadísticas del amor en Argentina*, "Rosario/3.com", 4/11/11).

⁶ El caso "Sejean", fundado en una arriesgadísima interpretación constitucional, puede apreciarse como la erupción institucional del hartazgo de una sociedad donde el divorcio era plenamente aceptado frente a la oposición tradicional a la disolución legal del matrimonio. De hecho, habría sido más difícil sancionar la ley 23.515 si, en medio de su tratamiento parlamentario, no se hubiera producido aquel pronunciamiento de la Corte Suprema.

⁷ Según informes del INDEC, un tercio de las parejas opta por el concubinato (cfr. *Una de cada tres parejas argentinas prefiere el concubinato al matrimonio*, "La Hora de Jujuy", 20/7/10, y *La crisis del matrimonio*, "Universia Noticias", 4/11/11).

⁸ Ley CABA 1004, de 2002.

⁹ Ley 26.618, de 2010.

¹⁰ Sobre las perplejidades que trae la inadecuación del Código Civil a las actuales circunstancias, véase González Magaña, Ignacio, *¿Es aplicable la presunción del art. 243 del Código Civil para*

más racional pero dependiente de una modalidad analítica que muchos juristas rechazarían: ¿qué condiciones elegiremos para llamar a alguien padre o madre? O, mejor aún, ¿qué obligaciones, derechos y responsabilidades deseamos asignar a cada persona involucrada, cualquiera sea la palabra que usemos para designarla? ¿Qué deseamos hacer con los embriones no implantados, en qué condiciones, por cuánto tiempo y a costa de qué circunstancias que estimemos valiosas?

La historia no se detiene: en el próximo recodo; detrás de normas que prohíben pensar en ella y de fantasías apocalípticas más o menos improbables, nos espera la clonación humana¹¹. De pronto —y acciones voluntarias de por medio— un individuo se encontrará con un embrión, y luego un feto, y más tarde un infante, que tenga su misma configuración genética, pero se halle sujeto a su propia historia personal y requiera crianza, guía y educación. Biológicamente, será un hermano gemelo del individuo original; desde un punto de vista social y práctico, se parecerá mucho más a un hijo. ¿Cómo hemos de definir, en ese supuesto, parentescos, responsabilidades, derechos y obligaciones?

4. El régimen de los bienes

La evolución de la realidad pone, pues, en tela de juicio las categorías con las que los juristas han preferido encasillarla. Una espiral acelerada en esa evolución, como la que de hecho estamos viviendo, puede hacer estallar esas categorías y obligarnos a pensar todo de nuevo, porque, claro está, siempre harán falta conceptos para clasificar las situaciones fácticas. No es malo, sino necesario, encasillar la realidad en una teoría: lo inconveniente es conceder a la teoría una dignidad ontológica y empeñarse en seguir usándola cuando la realidad empieza a requerir otra nueva.

Si en algún punto del derecho de familia esta actitud retardataria se advierte con mayor claridad, ese punto es el régimen de los bienes, que ha ido reformándose espasmódicamente, mediante parches poco sistemáticos.

En un principio, las cosas estaban bastante claras. Aunque había quedado atrás la adquisición de todos los bienes por el marido, como en el matrimonio romano *cum manu*, el hombre era, prácticamente, dueño y señor del patrimonio: solo se excluían de su potestad los bienes propios de la mujer. La paulatina conciencia de que esa desigualdad era injustificada llevó a sucesivas modificaciones, pero en ellas se tenía en cuenta la situación específica de la mujer antes que la conveniencia de rediseñar el sistema patriarcal. Así es como el régimen de los bienes en el matrimonio ha sido objeto de una serie de modificaciones parciales, a lo largo de los años, que han

el caso de matrimonio entre dos mujeres?, “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, Bs. As., La Ley, n° 9, octubre de 2011, p. 19.

¹¹ El decreto 200/97 prohibió los experimentos dirigidos a la clonación de seres humanos. Sin embargo, es azaroso pronosticar la eficacia indefinida de esa norma o de otras semejantes en el derecho extranjero. Mientras tanto, vale la pena reflexionar sobre el carácter “único e irrepetible” que, atribuido al ser humano, sirve como argumento principal contra la clonación. Si esto significa que cada ser humano es distinto de cualquier otro, el argumento es obviamente verdadero, pero trivial e inconducente. Si, en cambio, la expresión es prescriptiva, esto es, si significa que todo ser humano debería ser único e irrepetible, es visible la ausencia de un fundamento expreso. Es cierto que cada ser humano es distinto de los demás, pero ¿por qué es bueno y moralmente necesario que lo sea? Nótese que los gemelos idénticos son clones naturales: ¿constituye su existencia una aberración moral?

dejado como resultado la convivencia de normas fundadas en muy diversas concepciones acerca de la igualdad de los géneros, de la naturaleza del matrimonio y de la afectación de los distintos bienes. Mientras tanto, se ha dejado incólume la concepción de la sociedad conyugal, cada vez menos parecida a una sociedad, lo que genera perplejidades, por ejemplo, a la hora de ejecutar los bienes de una persona casada. Examinaré por separado, con este fin, el régimen de propiedad de los bienes, el de su administración y disposición y el de su ejecución. Aunque estos tres regímenes se hallan estrechamente relacionados entre sí, no son idénticos y su confusión origina, a mi juicio, la mayoría de aquellos problemas. En su análisis me atenderé a las leyes vigentes, con prescindencia de las soluciones que la jurisprudencia o la práctica hayan encarado para facilitar las transacciones.

a. Régimen de propiedad de los bienes

De acuerdo con los arts. 1246, 1267 y 1268 a 1270 del Código Civil, pertenecen a la mujer (es decir que se sustraen del poder del marido) los bienes que se compren con su dinero, siempre que así se exprese en la escritura, los bienes antes poseídos por un título vicioso purgado durante el matrimonio o en otras circunstancias bastante especiales. Todos los demás bienes adquiridos durante el matrimonio, aun a nombre de un solo cónyuge, pertenecen a la sociedad conyugal: los arts. 1271 y 1272 son terminantes al respecto y ofrecen, para que no haya dudas, una enumeración muy precisa, en la que no se excluyen sino los bienes de los que se pruebe que pertenecían a uno de los cónyuges antes del matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación.

Como consecuencia de lo expuesto, se distinguen en el matrimonio dos clases de bienes: los gananciales, que responden a la regla general de la comunidad, y los propios que, por diversas circunstancias, siguen perteneciendo individualmente a uno de los cónyuges aun durante la vigencia de la sociedad conyugal. Los primeros pertenecen a ambos cónyuges por igual, pero no bajo la forma de un condominio sino bajo la de una sociedad atípica. El art. 1262 establece en este sentido: “La sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo que está expresamente determinado en este Título”.

Existen, pues, bienes del marido, bienes de la mujer y bienes de la sociedad conyugal. Estos últimos son los gananciales, y ningún dominio exclusivo puede invocar uno de los cónyuges respecto de alguno de estos bienes o de una parte indivisa de uno de ellos.

b. Régimen de administración y disposición

Una cosa, sin embargo, es ser propietario de un bien y otra administrarlo. En este tema es preciso atender a la sucesión histórica de las normas.

El texto primitivo del Código Civil (arts. 1276 y 1277) planteaba una preeminencia del marido que convertía a la mujer casada en incapaz. El hombre administraba todos los bienes y disponía de ellos, con muy pocas limitaciones. De esa época han quedado tres artículos coherentes con aquella concepción extremadamente patriarcal del matrimonio. El art. 1253, hoy inaplicable pero presente como texto, establece: “Si

el marido, sin autorización de la mujer, enajenare bienes inmuebles de ésta, o impusiere en ellos derechos reales, en el primer caso, tendrá derecho a reivindicarlos, y en el segundo, a usar de las acciones que como propietaria le corresponden para librarlos de todo gravamen impuesto sin su consentimiento”. El 1226, en condiciones semejantes, dice: “La esposa no podrá reservarse la administración de sus bienes, sea de los que lleve al matrimonio o sea de los que adquiriera después por título propio. Podrá sólo reservarse la administración de algún bien raíz, o de los que el esposo le donare”. Y el 1227: “Si la mujer después de celebrado el matrimonio adquiriese bienes por donación, herencia o legado, los donantes y el testador pueden imponer la condición de no ser recibidos y administrados por el marido, y la mujer podrá administrarlos con su licencia, o con la del juez, si el marido no se la diere, o no pudiese darla”.

En resumen, el marido podía administrar, vender, donar o gravar todos los bienes, tanto los suyos y los gananciales como los propios de la mujer adquiridos por donación, herencia o legado, sin que su esposa pudiera oponerse. Pocas cortapisas había a este poder: el testador o donante (no la mujer) podía exigir que el bien no fuese administrado por el marido, pero éste debía autorizar a la esposa a ejercer tal administración. Por otra parte, si el marido vendía o gravaba un bien propio de la mujer (cosa que podía hacer sin dificultad formal alguna), la esposa podía ejercer más tarde una acción de reivindicación o de liberación de gravamen.

La ley 17.711, de 1968, introdujo modificaciones que mejoraron la situación de la mujer: por el art. 1276, cada cónyuge adquirió la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales *adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo*, con la salvedad prevista en el art. 1277. Pero, si fuese dudoso el origen de los bienes, la administración seguía correspondiendo al marido hasta 2003, cuando se introdujo, para estos casos, la administración y disposición conjunta (ley 25.781).

Como resultado de esta reforma, la preeminencia del marido ha terminado de eliminarse, al menos en el texto legal, ya que no se atribuye al varón la administración unilateral de los bienes de origen dudoso. Sin embargo, y dejando a salvo los casos de conflicto a dirimir por el juez, cualquiera de los cónyuges puede administrar los bienes gananciales, aun los adquiridos con el trabajo personal del otro, cuando no medie observación (es decir, cuando pudiese juzgarse que existe mandato tácito). Y es preciso señalar que este mandato, aun tácito, no se halla sujeto a la obligación de rendir cuentas (art. 1276 tercer párrafo). Las facultades de cada cónyuge, pues, quedan reducidas a las siguientes:

a) la administración y disposición exclusiva de sus bienes inmuebles o registrables propios;

b) oponerse a la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles o registrables gananciales o incluso a la del inmueble propio del otro cónyuge, en caso de haber hijos menores o incapaces, aunque su oposición puede ser salvada por autorización judicial.

c) sustraer de la administración del otro, mediante alguna oposición expresa, los bienes propios no inmuebles ni registrables y los gananciales que la mujer (o el marido, según la nueva redacción del art. 1276) hubiese adquirido con su trabajo personal u otro título legítimo.

En otras palabras, se facilita la continuidad de la familia patriarcal bajo la forma de mandato tácito, aunque queda ampliada la facultad de cada cónyuge para oponerse a los actos de administración del otro.

c. Situación de los bienes frente a terceros

Como señalé en el apartado 4.a, el art. 1262 sujeta la sociedad conyugal, en principio, a las reglas generales del contrato de sociedad. Si se aplica, pues, el criterio general del art. 1713, los acreedores de la sociedad conyugal son también acreedores de cada uno de los cónyuges y pueden dirigirse contra sus bienes propios, sea cual fuere la compensación a la que hubiere lugar entre cada cónyuge y la sociedad conyugal. Sin embargo, la ley 11.357 estableció limitaciones en beneficio de la mujer. El propósito (nótese que la ley se sancionó en 1926) consistía, con toda probabilidad, en establecer cierta división prudente de los bienes durante el matrimonio y, muy especialmente, en conformar para la mujer –figura cuyo sometimiento el legislador buscaba atenuar, pero no eliminar– un peculio propio que no pudiera ser afectado por las liberalidades o juergas del marido, sin reducir con eso las obligaciones “serias” de la sociedad conyugal, que habrían de garantizarse incluso con los bienes propios de cualquiera de los cónyuges (principio del art. 1713). Aparecen aquí, sin embargo, dos dificultades: qué debe entenderse por “adquirir” y cómo cabe interpretar las expresiones “las deudas del marido” y “las deudas de la mujer”; ha de tenerse en cuenta que si, como es normal, la deuda se contrajo para atender las necesidades comunes, todos los bienes de los esposos, propios o gananciales, adquiridos por la mujer, por el marido o por ambos en conjunto, se hallan sujetos en principio a la libre ejecución por los acreedores. Se suscita aquí, pues, una cuestión de hecho y prueba que puede no ser sencilla.

d. Una tendencia patrimonial

Puede advertirse a partir de lo dicho que, a medida que la mujer fue liberándose de la potestad marital, también fue ganando porciones crecientes en la administración y disponibilidad de sus propios bienes; que existe una tendencia a la igualdad patrimonial de los esposos y que la figura de la sociedad conyugal se ha convertido en una institución casi residual, apoyada en normas que, poco a poco, perdieron su justificación social y económica, salvo para el caso de disolución del matrimonio¹². Por otra parte, la gran semejanza cultural que se observa hoy entre el matrimonio y el concubinato, así como la que es inevitable entre este último y la simple convivencia, parecen

¹² “La categoría de bien ganancial no habilita a sostener la insistente teoría de la ‘sociedad conyugal’, que solamente se mantiene por la originaria terminología del Código Civil y en la denominación doctrinaria y jurisprudencial prevaleciente, pero que no expresa el verdadero alcance y funcionamiento del régimen legal vigente. Menos aún la pretendida denominación de ‘gestión’ de bienes de los gananciales por parte del cónyuge titular. Cada cónyuge es titular de los bienes gananciales a su nombre durante la vigencia del régimen patrimonial. En realidad, en aplicación del sistema vigente, cada cónyuge tiene un derecho en expectativa, a ‘participar’ de los gananciales adquiridos por su consorte al momento de la disolución del régimen. Por lo tanto, durante su vigencia, la titularidad del bien define a qué cónyuge le pertenece” (Solari, Néstor E., *Subasta de un bien ganancial del fallido*, nota a fallo CNCom, Sala A, 13/2/07, “Menehem, Abdel M. s/quiebra”, LL, 2007-F-733).

aconsejar una revisión actualizada del régimen patrimonial hacia la igualdad, la independencia y la generalidad¹³.

5. La relevancia del sexo

El ser humano, como todos los mamíferos y muchos otros seres vivientes, se reproduce sexualmente, lo que implica que hay dentro de su especie ejemplares machos y ejemplares hembras. Este es un hecho biológico, pero el derecho lo ha convertido en un hecho jurídicamente relevante para naturalizar la separación de roles y, a partir de ella, discriminar entre los sexos la distribución de facultades, derechos, obligaciones y responsabilidades: todo lo dicho precedentemente acerca del régimen de los bienes en el matrimonio no es sino una manifestación residual de una diferencia más grave, que durante muchos siglos abarcó los derechos de ciudadanía, la capacidad legal y aun distinciones semejantes a las que separan al amo del esclavo. Los registros de las personas y casi todos los formularios oficiales que es preciso llenar requieren determinar si el ciudadano es varón o mujer: en la mayoría de los casos eso pasa por mera curiosidad estadística, como en los formularios de migraciones; pero tradicionalmente ha servido para determinar si uno es un ciudadano de primera o de segunda clase. A medida que la mujer fue avanzando en el reconocimiento de sus derechos, la distinción se hizo menos ominosa. Sin embargo, ha dado lugar a la protesta de los seres humanos homosexuales, transexuales o portadores de una preferencia sexual distinta de la convencional. Se popularizó la expresión “género”, en lugar de “sexo”, para enfatizar la subjetividad por encima de genitalidad biológica. La comunidad de estos ciudadanos, durante siglos oculta, clandestina y a veces legalmente criminalizada, empezó a manifestarse y aun a exigir visibilidad y reconocimiento sociales.

Obtuvo la unión civil y el derecho al matrimonio. Los transexuales consiguieron la expedición de nuevos documentos de identidad, primero mediante fallos judiciales que tomaban en cuenta la adaptación quirúrgica del peticionario¹⁴ y más tarde sin exigirla. En nuestro país, tiene media sanción en el Congreso el proyecto de identidad de género¹⁵, concepto que se define así:

Art. 2°- *Definición*. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función

¹³ Esta idea suscita intensa oposición en el campo tradicional: “A nuestro juicio, el régimen de la separación de bienes es contrario a la naturaleza y esencia del matrimonio, porque instaura un estatus insolidario sustentado en el egoísmo e individualismo a ultranza de los cónyuges y es totalmente ajeno a la práctica histórica y actual de los matrimonios argentinos” (Perrino, Jorge O., *Derecho de familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2011, t. II, p. 925). En cambio, puede notarse su relativo predominio en la jurisprudencia (cfr., a modo de ejemplo, CSJN, 1/12/87, “DGI c/Hays, Juan”, *JA*, 5562-51; SC Mendoza, Sala I, 6/8/91, “G. de B., A.”, *JA*, 79.569, “L., E. c. A. y otros”, *ED*, 29/11/91; CNCiv, Sala H, 8/4/98, “A., H.M. c. L. de A.”, *JA*, 1991-24).

¹⁴ Esta decisión, en su momento, fue objeto de encendida crítica fundada en razones ontológicas: ver CNCiv, Sala F, 14/11/06, “J., L. J. s/información sumaria”, *ED*, 6/12/06, con nota de Solares, Hernán, *Transexualismo: cuando la justicia “falla”*.

¹⁵ Proyecto 8126-D-2010, aprobado por la Cámara de Diputados.

corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

A continuación, dispone que la persona interesada pueda solicitar y obtener del oficial público la “rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen” (art. 4°), “sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo” (art. 6°). Sin embargo, el art. 8° impone una restricción: “La rectificación registral conforme la presente ley, una vez realizada, sólo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial”.

Esta última cláusula no deja de generar sorpresa. Si el género de una persona es un tema exclusivamente personal y dependiente de los sentimientos del sujeto, de tal modo que deben rectificarse los registros ante su solo pedido, ¿por qué se reserva el Estado el derecho de autorizar o denegar, mediante decisión judicial, un segundo pedido de modificación? ¿Se procura con esto evitar que un ciudadano abuse del derecho que se le concede? ¿Por qué, y en qué medida, un cambio de opinión o de sentimientos personales podría constituir un abuso, en perjuicio de qué bienes o derechos ajenos? Si el género ha de convertirse en una elección completamente voluntaria y la identidad de la persona está siempre garantizada por el documento nacional¹⁶, si la ley proyectada manda respetar la identidad de género, aunque contradiga tal documento¹⁷ ¿por qué no podría un ciudadano, si así se le antojara, cambiar de género cada semana?

La restricción, resabio de la decreciente tendencia del Estado a introducirse entre las sábanas de sus ciudadanos, pone de resalto que el proyecto entero, aunque muy bien intencionado, se queda a mitad de camino, porque no extrae de las premisas en las que se inspira todas las consecuencias que de ellas se derivan.

En efecto, sería imposible sostener el proyecto de identidad de género si no se pensase que la elección sexual de los ciudadanos es un tema privado, exento de la autoridad estatal, y que el trato debido a las personas ha de ser exactamente el mismo, ya sea que se trate de varones, mujeres, homosexuales, heterosexuales, bisexuales, transexuales o como sea que cada uno elija calificar sus propias preferencias y hábitos. Si el trato debe ser igual y la identidad personal está siempre garantizada, ¿para qué quiere el Estado conocer el género que, en forma más o menos permanente o transitoria, escoja cada persona?

Es verdad que la política es el arte de lo posible. Es cierto también que, en su seno, es preciso avanzar de a poco y negociar los cambios con quienes se oponen a ellos¹⁸. Pero es función de los juristas, además de describir el derecho vigente de

¹⁶ El art. 7° in fine del proyecto dice: “En todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona”.

¹⁷ “Art. 12. Trato digno. Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad... En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada”.

¹⁸ Cabe citar la siguiente opinión recientemente publicada: “Cuando afirmamos que la persona humana fue creada a imagen y semejanza de Dios, importa aseverar también que esa condición de la

manera sistemática y comprensible, clarificar las opciones legislativas disponibles y propender a la coherencia de las iniciativas. Desde este punto de vista, el proyecto de identidad de género peca por timidez.

En efecto, sería más práctico y coherente eliminar del sistema jurídico toda distinción entre sexos o géneros y toda referencia a esas categorías, abstenerse de registrar las preferencias sexuales de las personas como parte de su identidad legal y considerar a cada una de ellas de modo igualitario, respetando sus opciones de género tanto como ahora se respetan sus preferencias musicales, que se hallan completamente exentas de registros o permisos en la medida en que no perjudiquen a terceros bajo la forma de ruidos molestos.

Dado que es costumbre social asignar a las personas nombres diferenciados por sexo, sería posible dotar al recién nacido de dos nombres de pila, uno masculino y otro femenino, para que el niño los emplease a su guisa a lo largo de su vida, sin necesidad de solicitud alguna; o bien establecer, con el mismo propósito, una lista oficial de equivalencias.

Desde luego, hay circunstancias legales que sólo se aplican a las mujeres, como la asistencia al parto y la protección del embarazo; pero ellas no requieren registro alguno, porque dependen de factores puramente biológicos (naturalmente, mientras la evolución científica no diga lo contrario y elimine por completo la distinción práctica). También hay hechos que se piensan exclusivamente en función femenina, como la violencia de género y el recientemente bautizado *femicidio*, palabra acuñada para nombrar una aberración que provoca indignación y alarma públicas. Sin embargo, esa exclusividad es puramente estadística y contingente, resultado de una cultura machista en decadencia: lo importante es combatir la violencia contra quienes, de hecho, sean más débiles, violencia que, aunque suele ejercerse por los varones contra las mujeres, podría manifestarse en sentido inverso o entre parejas homosexuales. Cualquier protección penal que quiera establecerse para tales casos, como para los actos discriminatorios más diversos, puede adaptarse sin dificultades a la irrelevancia de la condición sexual de la persona afectada, salvo como hecho particular motivador del acto ilegal.

6. La relevancia del matrimonio

La ya mencionada tendencia a mantener, en alguna medida, la *ley de las sábanas* afecta a los debates actuales relativos a la institución matrimonial.

Existe, ante todo, una tendencia tradicional, de base fuertemente religiosa, como la que actualmente define el matrimonio como “el consorcio de toda la vida, establecido con carácter permanente, libre y legalmente, entre un varón y una mujer, ordenado por su naturaleza al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de los hijos”¹⁹. Juzga que se desnaturaliza el vínculo matrimonial “al disociar la sexualidad

criatura humana reside en la dualidad varón-mujer... Ese hombre creado a imagen y semejanza de Dios únicamente se encuentra en la dualidad y en la complementariedad que de ella se deriva” (cfr. Perrino, *Derecho de familia*, t. I, p. 17).

¹⁹ Perrino, *Derecho de familia*, t. I, p. 182.

de la procreación ... y hoy, al admitir la procreación sin sexualidad”²⁰; opina que la ley 26.618 “concibe el matrimonio como algo similar a una sociedad cooperativa”²¹; piensa que el divorcio es “uno de los flagelos que más afecta a la sociedad contemporánea”, ya que “es de la esencia del matrimonio su indisolubilidad”²² y aun critica la ley 2393 (de 1888) por antidemocrática, porque “desacralizó el matrimonio, imponiendo su celebración ante la autoridad civil y prohibiendo el matrimonio religioso antes del civil”²³.

Ciertamente, no es esa la dirección emprendida por las leyes ni la que mejor se apoya en las costumbres y los criterios morales presentes de nuestra sociedad. Como señalé al principio, el matrimonio religioso es para muchos más una lucida ceremonia social que un sacramento fundado en la fe, el matrimonio civil se aplica pacíficamente, el divorcio vincular fue obtenido tras muchos años de reclamos, las controversias generadas por el matrimonio entre homosexuales se han aquietado, la disolución del matrimonio por común acuerdo es un hecho práctico; poco falta para que se establezca un procedimiento administrativo de divorcio, ya existente en México y, aun en el campo civil, los jóvenes recurren cada vez menos a la institución matrimonial. Muchas parejas conviven públicamente sin casarse ni verse socialmente repudiadas ni criticadas²⁴. Sea cual fuere, pues, la calificación que de tal situación pueda formularse desde un criterio trascendente, las condiciones sociales de convivencia conceden al matrimonio un nivel cada vez menor de relevancia.

Es, pues, un momento propicio para formular una pregunta semejante a la anterior, relativa al sexo de las personas. ¿Qué beneficios comunes derivan de la inscripción del estado civil, acerca del cual los formularios oficiales también inquieran insistentemente?

Ciertamente, ninguno para los hijos, que se hallan protegidos por las leyes con independencia del vínculo legal existente entre sus padres²⁵. La inscripción matrimonial tenía un sentido previsional, que ahora ha desaparecido al admitirse el derecho a pensión del conviviente de cualquier sexo (art. 24.241, art. 53, incs. c y d) y al aceptarse como beneficiarias en el régimen de obras sociales a “las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación” (art. 9°, inc. b, ley 23.660). Lo que subsiste es el derecho patrimonial a la mitad de los bienes gananciales para el caso de disolución

²⁰ Perrino, *Derecho de familia*, t. I, p. 195.

²¹ Perrino, *Derecho de familia*, t. I, p. 199.

²² Perrino, *Derecho de familia*, t. II, p. 1267.

²³ Perrino, *Derecho de familia*, t. II, p. 1296.

²⁴ “Según el censo del año 2001, sobre el total de la población que integra el núcleo conyugal del hogar (2), el 25% son parejas unidas de hecho. Si tomamos la franja de edad de 25-34 años, período en que con mayor frecuencia se forma la pareja, el porcentaje de las parejas convivientes alcanza al 37%. La proporción de las uniones consensuales se amplía en algunas provincias. Sólo por dar algunos ejemplos, en Jujuy, sobre el total de la población que integra el núcleo conyugal del hogar, el 34% corresponde a uniones consensuales y en el período 25-34 años sube al 53%. En el Chaco, en la misma franja etaria alcanza al 50% y en Formosa, al 59%” (cfr. Grosman, Cecilia - Guillot, María Alejandra, *Derechos del conviviente a la afiliación de su pareja estable a una obra social*, La Ley, 24/2/05, p. 3.

²⁵ Ha de recordarse aquí que el Código Civil otorgaba estatutos diferentes a los hijos legítimos, naturales, adulterinos, incestuosos o sacrílegos, distinción que fue abolida en 1954 por la ley 14.367.

de la sociedad conyugal (art. 1315, Cód. Civil) y el hereditario para el caso de muerte del cónyuge (arts. 370 a 372, Cód. Civil). Sin embargo, el caso de los bienes gananciales ya ha sido objeto de análisis en el apartado 4 y el de la herencia corresponde al derecho sucesorio, cuyo contenido debe adaptarse a las normas del derecho de familia²⁶.

En resumidas cuentas, el matrimonio, en su faz patrimonial, arrastra todavía el sentido protector de la mujer. A ese tipo de protección se aludía cuando se decía que el casamiento era la verdadera carrera de una chica, reforzando los roles del hombre proveedor y de la mujer encargada de las tareas domésticas, titulada reina del hogar pero destinada a una suerte de esclavitud conyugal²⁷. Si ha de consolidarse la actual tendencia hacia la autonomía laboral y económica de las personas, tanto en la convivencia como fuera de ella y con independencia de su sexo, aquella actitud tendrá que modificarse para dar lugar a la protección de las personas en situación de carencia, sin tomar en cuenta con quién convivan o hayan convivido, salvo en caso de perjuicio específico al que luego me referiré.

En esta línea de pensamiento, y teniendo en cuenta que la institución matrimonial, privada de gran parte de su fundamento social y económico, se encuentra en franca declinación, no parece útil seguir facilitando el divorcio ni ampliando las perspectivas del acceso al matrimonio. Será más sencillo abolir lisa y llanamente el matrimonio como institución jurídica, para que los ciudadanos lo mantengan, si lo desean, como una costumbre social, un modo de hacer pública su satisfacción por la convivencia o, incluso, como una institución religiosa de acuerdo con la fe que profesen.

En este régimen sin matrimonio, cada persona convive de común acuerdo con quien quiera, durante el tiempo que quiera y en la forma que prefiera, entre heterosexuales u homosexuales, ente dos o más personas y en forma pública o reservada según su decisión; manteniendo relaciones sexuales o limitándose a la convivencia, temas personales en los que el Estado no interviene. Se suprime la noción de estado civil, con la que las autoridades se inmiscuyen innecesariamente en la vida privada, y se considera libre la celebración de ceremonias matrimoniales, religiosas o laicas, organizadas por entidades de culto, por los propios interesados o por empresas especializadas, tan solo como muestra de respeto a la libertad de las personas para reunirse, hacer declaraciones y ejercer el culto de su elección. El único límite es el delito (violencia doméstica, secuestro, violación) o el perjuicio para terceros, concepto éste del que ha de excluirse el escándalo de los pecados.

²⁶ Permítaseme aquí agregar una reflexión personal. En 1963, cuando estudiaba en la Facultad el quinto Curso de derecho civil, llamado entonces "Familia y Sucesiones", me llamó la atención ver cómo las dos estructuras se ajustaban entre sí, pero de tal suerte que muchas normas del derecho de familia tenían claramente en vista el derecho sucesorio. Me preguntaba entonces, en tono irónico, por qué se hablaría tanto de matrimonio, cuando lo que parecía importar era el patrimonio.

²⁷ De acuerdo con esta idea, una joven pobre que logra casarse con un hombre rico ha tenido éxito en la vida y constituye un ejemplo; pero el hombre que hace lo inverso es un cazafortunas o algo peor aún. El juicio moral se agrava, en ambos casos, si la persona acaudalada es mucho mayor que su cónyuge; pero la desaprobación es siempre mayor para el hombre, a quien se atribuye la función de mantener a su mujer. Sin embargo, en cualquier caso, la situación, cuando tiene en vista la mejora económica, no deja de parecerse a una suerte de prostitución onerosa y más o menos duradera.

7. La protección de los débiles

Por cierto, abolir el matrimonio como institución jurídica no importa descuidar –y menos aún suprimir– la familia, que es una forma natural (entre biológica y cultural) de agrupación humana. La familia seguirá existiendo, como antes del matrimonio, dentro del matrimonio y fuera del matrimonio: ninguna medida jurídica provoca ni evita que haya parejas, padres, madres, hijos, afectos y conflictos. Entre esos individuos, algunos han de ser protegidos por la ley en función de su mayor debilidad o vulnerabilidad y en la medida en la que se juzgue abusiva la actitud de unas personas respecto de otras.

a. Los menores

Las personas, casi siempre unidas en parejas regulares o irregulares, duraderas o transitorias, heterosexuales u homosexuales, tienen hijos. Los tienen de la manera biológica tradicional, o mediante fecundación *in vitro*, o empleando donantes, un vientre ajeno, o simplemente por vía de adopción²⁸. Sea cual fuere la interpretación que se atribuya al candoroso principio del “superior interés del menor”, parece claro que los menores necesitan alimento, vivienda, abrigo, crianza, educación, ejemplo y, muy especialmente, amor. La provisión de esos bienes ha sido siempre responsabilidad de los padres y generalmente es satisfecha, en mayor o menor medida, por los progenitores biológicos. No siempre sucede así, situación de la que dan cuenta las históricas casas de expósitos y el persistente fenómeno de niños que deambulan por las calles, librados a la mendicidad, a la prostitución o a la iniciación en el delito²⁹.

El principio genérico a satisfacer consiste en que todos los menores tengan a alguien (por lo menos una persona, como a menudo sucede en familias monoparentales) que sea responsable de su cuidado y lo ejerza efectivamente. Lo habitual es que el niño tenga padre y madre biológicos que, a la usanza milenaria, tomen a su cargo la crianza y la educación; pero esta figura no es por sí sola suficiente, ya que los progenitores biológicos podrían no querer o no poder encargarse de él, ni excluyente, ya que los responsables, progenitores o no, pueden ser una pareja homosexual o una pareja o individuo que asuma ese papel mediante adopción u otra figura jurídica. En última instancia, ha de corresponder al Estado asegurar al menor lo necesario, aunque es sabido que esta red extrema de contención no es muy eficaz, especialmente en términos afectivos.

Se discute qué derechos u obligaciones competen a otros intervinientes, como la madre subrogante, la locadora de vientre, el donante de esperma o de óvulo. En este aspecto, lo primero es abandonar el tono ontológico de la discusión (a saber, quién tiene “en verdad” cada obligación, derecho o responsabilidad) para encararla desde el punto de vista político: a quiénes se procura atribuir cada papel teniendo en

²⁸ Ver Basset, Úrsula C., *Derecho del niño a la unidad de toda su identidad*, La Ley, 16/11/11, p. 1.

²⁹ Cfr. CApel Trelew, Sala A, 8/7/11, “Asesoría de Familia e Incapaces n° 2 s/estado de preadopción (C.L., C.E.)”, con nota de Aida Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, *Familia de origen vs. familia adoptiva: de las difíciles disyuntivas que involucra la adopción*, SuplLL, Derecho constitucional, 9/11/11, p. 20.

cuenta los derechos del menor tanto como los de los adultos. Redefinido así, de modo menos metafísico, el concepto de progenitor, puede ser que unos menores tengan uno solo, otros dos y algunos tres o cuatro³⁰: no estoy proponiendo aquí ninguna de estas alternativas, sino sugiriendo que cualquier solución ha de adoptarse en términos políticos, por parte de quienes conocen el tema mejor que yo y con el propósito de proteger al niño de la mejor manera posible antes que el de satisfacer las apetencias de los adultos invocadas como derechos³¹.

b. Los convivientes

En la medida en que la convivencia es voluntaria, parecería que cualquiera que se sintiese perjudicado por ella o durante ella podría ponerle fin haciendo cesar unilateralmente la convivencia. Esta aproximación al problema, por supuesto, está lejos de la realidad: a menudo un conviviente no está en condiciones de adoptar esa actitud, ya sea porque es un menor sujeto al cuidado de otro u otros convivientes (progenitores, tutores, guardianes) o porque es un anciano dependiente de tales cuidados, o –más comúnmente– porque se trata de una persona unida en pareja con otra y ligada a ella por la existencia de hijos comunes o incluso por razones económicas y psicológicas. Es preciso, pues, mantener y aun acrecentar la protección de las personas en tal situación de vulnerabilidad.

Ante todo, ha de considerarse el caso de violencia doméstica o de abuso físico o psíquico. Como consecuencia de la tradición machista, lo más común es que estos daños sean infligidos por el hombre contra la mujer que forma o ha integrado con él una pareja; pero no es imposible que suceda al revés. Por otra parte, también los ancianos son a menudo víctimas de hijos, sobrinos o nietos y los hijos víctimas de padres, padrastros, tíos o abuelos. Sobre este tema existen amplias legislación y doctrina, por lo que no me referiré a él en detalle.

Pero también hay una cuestión económica. Aun cuando cada persona conserve la plena propiedad, administración y disposición de sus propios bienes durante la convivencia como antes y después de ella, es claro que la convivencia prolongada genera la adquisición de bienes destinados a la vida en común y pagados con fondos respecto de los cuales se hace difícil distinguir el origen en uno de los convivientes, cuando todos ellos tienen ingresos propios y la convivencia llega a su fin³². En este contexto, y a falta de prueba de tal origen como de convención entre las partes³³, es posible atribuir a una de ellas algunos de los bienes en función de su naturaleza y del uso al que estuvieran destinados. En otros casos, en los que el bien ha sido adquirido

³⁰ Contra esta perspectiva, ver Sambrizzi, Eduardo A., *La voluntad procreacional*, La Ley, 3/11/11, p. 1.

³¹ Ver Sambrizzi, Eduardo A., *Maternidad subrogada*, La Ley, 6/12/11, p. 1.

³² Ha de notarse que, cuando los convivientes ponen en común sus ingresos personales o parte de ellos, la documentación de compra de un bien no parece suficientemente confiable para probar con exactitud el origen de los recursos: en el mejor de los casos, indica quién asumía para esa transacción la administración de los fondos puestos en común.

³³ Queda entendido aquí que la convención de partes no ha de juzgarse válida si fue afectada por un vicio de consentimiento o si su contenido es abusivo a la luz de las circunstancias.

durante la convivencia y su uso puede entenderse común o destinado al beneficio común, su valor podría partirse en forma proporcional al nivel general de ingresos de cada conviviente o, a falta de este dato, en partes iguales.

Más grave, desde el punto de vista económico, es la desigual situación de los convivientes. No tanto ni tan solo porque uno fuera rico y otro pobre, caso que seguiría la suerte de la desigualdad previa³⁴, sino porque, muy a menudo, uno de los convivientes (casi siempre la mujer) abandona o reduce la actividad capaz de generarle ingresos a fin de facilitar la convivencia o, de común acuerdo, asumir la mayor carga en el cuidado de los hijos³⁵. En estos supuestos, tan tradicionales como contrarios a la idea de la igualdad económica de las personas, el cese de la convivencia, obligada, acordada o unilateral, genera a esa parte un perjuicio económico mayor que si la convivencia jamás hubiera existido, y es equitativo que el conviviente que conservó sus propios ingresos a costa de los del otro resarza esa pérdida. A falta de convenio previo o acuerdo entre las partes, será preciso encargar al juez la fijación de esa indemnización, que podría tomar la forma de prestación alimentaria temporal o permanente, como de todos modos ha de suceder en relación con los hijos comunes³⁶.

8. Conclusión

El fin de la ley de las sábanas, por las que el Estado se inmiscuye en la vida privada de los ciudadanos más allá de lo necesario para protegerlos, implica, de acuerdo con lo expuesto, modificaciones radicales que muchos juzgarían escandalosas. Según estas sugerencias, la autoridad pública no registrará ni tomará en cuenta sexo ni género de las personas, ni tampoco la convivencia que dos o más personas pudieran mantener durante cualquier lapso, siempre que el resultado no sea ilegalmente perjudicial para alguno de los convivientes ni para terceros. Con esta salvedad, todo el tema quedará librado al fuero íntimo de los ciudadanos, a las costumbres sociales y, en su caso, a las creencias religiosas de cada uno.

Ninguna persona ha de variar, por causa de la modificación legal, la preferencia o práctica sexual lícita que la biología le haya propuesto o la que antes hubiese adoptado; pero ninguna se verá obligada a comunicarla al Estado ni a solicitar, en su caso, cambios de inscripción. La familia tradicional no se verá afectada en su práctica ni en la dimensión social, moral o religiosa que sus integrantes quieran atribuirle; pero,

³⁴ En este aspecto ha de distinguirse la política referente al derecho de familia de la política social de redistribución de la riqueza. Es deseable que se disminuya la distancia económica entre ricos y pobres; pero esa política debería emprenderse en términos generales e igualitarios y no introducirse, para casos especiales y aleatorios, por vía matrimonial o de unión de pareja, sin perjuicio de lo que los interesados puedan acordar entre sí.

³⁵ La búsqueda de la igualdad efectiva de los ciudadanos, con eliminación de los efectos jurídicos del género, debería desalentar esa renuncia a la generación de ingresos propios mediante regímenes igualitarios de protección, cuidado de la salud reproductiva, licencias y facilidades para la conservación del empleo en caso de maternidad/paternidad y promoción cultural de la distribución de las cargas hogareñas entre quienes componen el grupo conviviente.

³⁶ La expresión “hijos” abarca aquí a todos los menores respecto de los cuales los convivientes, cualquiera sea su sexo biológico, su número o el origen de su relación con los menores, tienen a su cargo la responsabilidad propia de los progenitores.

mediante el retiro de la jurisdicción estatal sobre ella, coexistirá sin obstáculos jurídicos ni diferencias legales con cualquier otra composición o vínculo personal que los ciudadanos escojan libremente, si lo prefieren y durante el tiempo que esa preferencia dure; siempre, claro está, que no se infrinjan otras disposiciones de orden público ni se cause perjuicio.

Los hijos quedarán protegidos, como ahora, por la responsabilidad parental, biológica, convencional o atribuida, unipersonal o pluripersonal en la proporción que la ley establezca; se promoverá la igualdad económica entre las personas por encima de la asignación patriarcal de roles, sin perjuicio de amparar las situaciones de vulnerabilidad que persistan como vestigios de ella, y los conceptos de género y familia subsistirán como tradiciones, decisiones personales o prácticas sociales voluntarias: costumbres arraigadas pero no unánimes, correspondientes al fuero interno de las personas o a sus convenciones sociales y exentas de la autoridad de los magistrados, como dispone el art. 19 de la Constitución Nacional.

© Editorial Astrea, 2021. Todos los derechos reservados.

