

LOS DEBERES PERSONALES DE LOS CÓNYUGES EN EL DERECHO ARGENTINO Y UNA BREVE GLOSA DEL ARTÍCULO 431 DEL “NUEVO” CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN*

JONATHAN MATÍAS BRODSKY**

Resumen: El presente ensayo aborda un tema puntual dentro del Derecho de Familia y en particular de la institución del matrimonio: los efectos personales que surgen de la unión conyugal, que son los deberes de fidelidad, cohabitación (o convivencia) y asistencia. El análisis del tema se realiza en tres secciones, a partir de la normativa pasada (derogada), presente (vigente) y futura (el “nuevo Código”) del derecho argentino en la materia. Y, a su vez, sobre esta última, se aporta una mirada crítica de la regulación de la cuestión, desde una postura liberal, pluralista y respetuosa de la autonomía personal.

Palabras clave: derecho de familia – matrimonio – efectos personales del matrimonio – deber de fidelidad, cohabitación y asistencia – código civil y comercial de la nación.

Summary: This essay presents one special aspect of Family Law and, in particular, of the institution of marriage: the personal effects that come with marriage, which are the duties of fidelity, cohabitation and assistance. The analysis of the subject is done in three sections, taking into account the old legislation (abrogated), the present one (current and valid) and the future (the “new” Code) of Argentine law. Moreover, in relation to the last one, we contribute with a critical perspective of the regulation of the matter, from a liberal position, pluralist and respectful of the personal autonomy.

* Recepción del original: 31/12/2014. Aceptación: 17/3/2015.

** Abogado de la Universidad de Buenos Aires, graduado con Diploma de Honor, Premio “Raymundo M. Salvat” y Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Docente de Obligaciones Civiles y Comerciales (UBA), Derecho de Daños (UBA) y Derecho Internacional Privado (UBA, AIE). Ex director de la Revista *Lecciones y Ensayos*, co-fundador y ex subdirector de la Revista *En Letra* y co-fundador y director de la Revista *En Letra – Derecho Civil y Comercial*. E-mail de contacto: jmbrodsky@derecho.uba.ar

Keywords: family law – marriage – personal effects of marriage – duty of fidelity, cohabitation and assistance – national civil and commercial code.

I. INTRODUCCIÓN

El 1° de octubre de 2014, el Congreso Nacional de la República Argentina sancionó la Ley n° 26.994, aprobando el Código Civil y Comercial de la Nación. Fue concebido para sustituir, no meramente *aggiornar* o reformar,¹ los “antiguos” cuerpos de derecho civil y mercantil a nivel nacional:² en adelante, lo llamaremos entonces, acaso con cierta elocuencia, el “nuevo Código”. Su entrada en vigor estaba prevista, según el artículo 7° de la norma aprobatoria, el 1° de enero de 2016; pero a través de la Ley n° 27.077, sancionada el 16 de diciembre de 2014, se adelantó aquella fecha al 1° de agosto de 2015.

Muchos temas fueron debatidos en las instancias previas a la sanción del texto definitivo del nuevo Código, algunos con más pasión que otros.³ No quedan dudas, en todo caso, de que ha significado una verdadera revolución contemporánea para el Derecho y para la sociedad misma, habida cuenta de que un Código Civil (y, en menor medida, Comercial) regula los

1. Caso, este último, de la ley 17.711, que modificó en 1968 unas pocas decenas de artículos del Código Civil (apenas una fracción de los cuatro mil cincuenta y uno que lo conforman), pero que implicó reformas importantísimas en los más diversos aspectos, de suerte que constituye hasta nuestros días –en cuanto a derecho vigente refiere– la modificación más relevante de la obra de Vélez Sarsfield.

2. El Código Civil de la Nación fue sancionado el 29 de septiembre de 1869 a través de la Ley n° 340, y entró en vigor el 1° de enero de 1871. A su turno, el 10 de septiembre de 1862 –es decir, siete años antes de la fecha de sanción del Código Civil– se había sancionado la Ley n° 15, que declaraba Código Nacional al Código de Comercio que por entonces regía en la provincia de Buenos Aires, redactado por Vélez Sarsfield y Acevedo. Años más tarde, el 5 de octubre de 1889, se sancionó la Ley n° 2637, la cual reformó el Código de Comercio que –con leyes complementarias y modificaciones varias– rige desde el 1° de enero de 1890 hasta la actualidad.

3. Como es de público conocimiento, tres de los temas que más acaloradas discusiones encendieron fueron el del comienzo de la existencia de la persona humana dentro y fuera del útero femenino (art. 19), el de las técnicas de reproducción humana asistida –en particular, la gestación por sustitución (art. 562) y la fecundación *post mortem* (art. 563), ambas instituciones eliminadas en la instancia de tratamiento legislativo– y la responsabilidad patrimonial del Estado (arts. 1764 a 1766 del nuevo Código, hoy concordantes con lo dispuesto por la Ley n° 26.944 del 2 de julio de 2014).

aspectos más cotidianos de la vida de cada individuo: la persona humana (y la persona jurídica), las relaciones de familia, las relaciones patrimoniales, los contratos, la propiedad, la transmisión del patrimonio por causa de muerte, etcétera.

El certamen al que se presenta este trabajo se denomina “II Concurso de Ensayos Breves” y pretende, en consecuencia, ser un ensayo breve. No tiene como objeto –no podría tenerlo– *todo* el Derecho de Familia:⁴ ni siquiera un capítulo entero de aquel (como el matrimonio, la filiación, la adopción, la tradicionalmente denominada “patria potestad” –hoy *responsabilidad parental*–, etcétera). Antes bien, se ha seleccionado un aspecto mucho más puntual, susceptible de desarrollarse en unas pocas páginas, que es el relativo a los efectos personales del matrimonio⁵ y en particular, los deberes de esa índole que de aquella unión surgen recíprocamente entre los cónyuges.

A tal fin, el ensayo se estructura en tres acápites: cada uno contiene la normativa pasada (derogada), presente (vigente) y futura (el “nuevo Código”) en la materia. Sobre esta última, se aporta una mirada crítica de la regulación del tema, a partir de una filosofía liberal, pluralista y respetuosa de la autonomía personal. Al cierre del trabajo se concluirá, como es habitual, con unas (breves) reflexiones finales.

II. PASADO: LA REGULACIÓN DECIMONÓNICA EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ SANSFIELD Y EN SU REFORMA POR LA LEY N° 2393 DE MATRIMONIO CIVIL

En el Código Civil de la Nación originario, Vélez Sansfield ya había previsto los tres deberes personales de los cónyuges que se siguen reconociendo hasta nuestros días, y que serán objeto de análisis a lo largo de nuestro ensayo: fidelidad, cohabitación (o convivencia) y asistencia. Tales efectos del matrimonio fueron mantenidos en la Ley n° 2393 de matrimonio civil,⁶ sancionada el 2 de noviembre de 1888 y que habría de regir

4. De acuerdo con las bases del Concurso, los ensayos deben abordar o bien Derecho de Familia, o bien Derecho Laboral. De allí la referencia directa a aquella rama jurídica dentro del Derecho Civil en general.

5. Por oposición a los efectos patrimoniales del matrimonio, que suponen el interesante estudio del régimen de bienes en la unión conyugal. Este tema queda excluido del objeto del presente ensayo.

6. En adelante, “L.M.”

desde el 1º de diciembre de 1889, la cual modificó y sustituyó directamente el Título Primero de la Sección Segunda del Libro Primero del *corpus* velezano.⁷ Claro que *el modo* en que se habían regulado por entonces estos efectos del matrimonio sí era bien distinto —y contrario— a los estándares occidentales del Siglo XXI. Veamos.

II.A. Deber de fidelidad

*Art. 184 (texto originario). Los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo. El que faltare a esta obligación puede ser demandado por el otro, o civilmente por acción de divorcio, o criminalmente por acusación de adulterio.*⁸

El deber de fidelidad ya se reconocía en el *Code Napoléon* (art. 212) y en el *Esboço* de Freitas (art. 1304), así como en el pensamiento de Aubry y Rau⁹ y Demolombe,¹⁰ todas ellas fuentes en las que brevó nuestro codificador. Según Lafaille, “el precepto es una consecuencia del régimen monogámico adoptado por todos los países civilizados, que para su desenvolvimiento normal requiere esencialmente la exclusividad de la unión. La inobservancia de esta norma es causal suficiente de divorcio”.¹¹

Es claro que, en esta concepción, el deber de fidelidad hace a la esencia del matrimonio.¹² Es un deber conyugal fundamental, recíproco, que supone que los esposos “se pertenecen del uno al otro”: esto se acentúa por

7. No disponemos aquí del espacio para desarrollar la importancia de la Ley n° 2393 como correspondería hacerlo. Si bien dista de constituir una regulación moderna (mal podría serlo tras un siglo y cuarto), ya es destacable la *secularización* del matrimonio que aquella norma supuso, frente al carácter fuertemente religioso (en particular, católico) que había dado el codificador a la institución matrimonial.

8. En el mismo sentido, coincidente casi a la letra, el art. 50 de la L.M.

9. AUBRY, C. y RAU, F. C., *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand* de C.S. Zachariæ, t. I, 3ª ed., Paris, Cosse, 1856.

10. DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, Paris, Durand-Hachette, 1876.

11. LAFAILLE, H., *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1930, p. 100.

12. Inclusive, se ha llegado a sostener que la fidelidad es un deber subsistente aun después del divorcio (Cám. Nac. Civ. Cap., 30-04-1953, JA 1954-I-325; Cám. Nac. Civ. A., 16-12-1958, LL 94-20), y que a condición de que ello no represente un vejamen o humillación del otro cónyuge, es legítimo el control recíproco de los cónyuges (Cám. Nac. Civ., 25-06-1958, LL 91-270).

el hecho de que la infidelidad de uno de ellos no autoriza la del otro.¹³ Su incumplimiento autoriza, como se advierte, sendas demandas civil (cuyo objeto fuera obtener el divorcio) y penal (con el fin de arribar a una condena criminal por delito de adulterio¹⁴).

Por lo demás, el divorcio era por entonces *no vincular*, es decir, inepto para disolver el vínculo matrimonial (esencialmente eterno e inquebrantable); la institución consistía pues, únicamente, en la separación personal de los esposos.¹⁵

II.B. Deberes de cohabitación y asistencia

A su turno, dos son las normas que en el Código de Vélez establecían sendos deberes de convivencia y asistencia entre los esposos:

Art. 185 (texto originario). El marido está obligado a vivir en una casa con su mujer, y a prestarle todos los recursos que le fuesen necesarios, a ejercer todos los actos y acciones que a ella le correspondieren, haciendo los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar los derechos de su mujer, como también los que fuesen precisos si la mujer fuese acusada criminalmente. Faltando el marido a estas obligaciones, la mujer tiene derecho a pedir judicialmente que su marido le dé los alimentos necesarios, y las expensas que le fuesen indispensables en los juicios.

*Art. 187 (texto originario). La mujer está obligada a habitar con el marido, donde quiera que este fije su residencia. Si faltase a esta obligación, el marido puede pedir las medidas policiales necesarias, y tendrá derecho a negarle los alimentos. Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden eximir a la mujer de esta obligación, cuando de su ejecución haya peligro de su vida.*¹⁶

13. BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Perrot, 1977, t. 1, p. 52.

14. Esta figura ya no es punible según el derecho criminal argentino vigente.

15. Ello cambiaría –por fortuna, aunque un tanto tardíamente– con la Ley n° 23.515 de 1987.

16. Ambos artículos coinciden de modo prácticamente literal con los arts. 51 y 53 de la L.M., respectivamente. Sin embargo, antes de la derogación de esta última, la ley 17711 – que la reformó– eliminó la mención al derecho-deber del hombre a ejercer los actos y acciones por su mujer, así como de hacer “los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar sus derechos”. Ello es así en continuación a un proceso iniciado por la Ley n° 11.357, del año 1922: por un lado, esta norma dotó de mayor capacidad civil a la mujer casada, equi-

En estos preceptos se reúnen las obligaciones de cohabitación y de asistencia, estrechamente vinculadas entre sí; a su vez, se confiere al marido la potestad de fijar el domicilio común, tal que su residencia habitual determina la radicación jurídica de la mujer, no siendo posible admitir la dualidad de domicilios, ni la dislocación del grupo familiar, ni la paridad de condiciones entre ambos esposos para tales efectos.¹⁷ El juego de ambos preceptos establece claramente, como puede verse, que la cohabitación es un deber recíproco, que cada uno de los cónyuges tiene para con el otro; en cuanto a la asistencia, "la suma que debe entregar el marido se determina prudentemente por el juez, teniendo en cuenta la fortuna del obligado a darlas y la importancia del asunto".¹⁸

III. PRESENTE: LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

La Ley n° 23.515, del año 1987, culminó con un proceso evolutivo que se había iniciado después de la sanción del Código Civil, precisamente, con la Ley n° 11.357 ya mencionada, y la Ley n° 23.264, del año 1985, que acordó también a la madre –en forma conjunta con el padre– el ejercicio de la patria potestad (hoy *responsabilidad parental*) de los hijos menores.¹⁹ Según el Código ahora vigente:

Art. 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.

Con esta redacción, la absoluta igualdad entre cónyuges es patente. Los deberes entre esposos son los mismos y equivalentes: tanto los de fidelidad y asistencia, como la prestación alimentaria, que puede también estar a cargo de la mujer y a favor del hombre.

El deber de fidelidad permanece con los siguientes caracteres: reciprocidad (los esposos se deben mutuamente dicha exclusividad en el mantenimiento de relaciones sexuales), incompensabilidad (la infidelidad de uno de los cónyuges no justifica la del otro) y permanencia (se mantiene

parándola incluso a la del hombre mayor de edad en caso de mujeres solteras, divorciadas o viudas; por otra parte, se instauró un régimen de responsabilidad patrimonial separada de cada cónyuge, en relación con las deudas de cada uno (conf. arts. 5 y 6 de la Ley n° 11357).

17. LAFAILLE, H., *op. y loc. cit.*

18. BUSSO, E. B., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, t. II, EDIAR, 1944, p. 156.

19. LLAMBÍAS, J. J. y otros, *Código Civil Anotado*, t. 1-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 575.

mientras el matrimonio no se disuelva).²⁰ El incumplimiento acarrea la posibilidad de demandar la separación personal o el divorcio por una causal subjetiva o culpable cuales son las de adulterio e injurias graves (arts. 202, incs. 1° y 4° y art. 214, inc. 1° del Código Civil), lo que a su vez tiene consecuencias favorables para el cónyuge “inocente”.

En cuanto al deber de cohabitación, se advierte:

Art. 199. Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando esta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos.

Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.

Art. 200. Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.

Volveremos enseguida sobre el deber de cohabitación, a través de un análisis crítico de aquel. En todo caso, es patente la igualdad entre los cónyuges, sin que sea el marido quien tenga la potestad exclusiva y excluyente de fijar el domicilio (y que la mujer deba “adherirse” a su esposo, con prescindencia de su voluntad). Más aún: desde la vigencia de la Ley n° 26.618 en el año 2010, ni siquiera deberíamos pensar necesariamente en “un esposo” y “una esposa”, pues los cónyuges pueden contraer matrimonio ya sean de igual o distinto sexo.

IV. FUTURO: EL ARTÍCULO 431 DEL “NUEVO” CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. SU CRÍTICA DESDE UNA ÓPTICA PLURAL, LIBERAL Y DE LA AUTONOMÍA PERSONAL

Según el nuevo Código, en el tema que examinamos, se establece:

Artículo 431. Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.

En este punto, se impone realizar un análisis no solo histórico, descriptivo o doctrinario de la norma, sino también (y especialmente) aportar

20. *Ibidem.*

una mirada crítica al respecto. Y es que tal y no otro es el precepto que comenzará a regir, en poco menos de un año, este aspecto de la vida civil de los argentinos. Si bien anticipamos nuestra postura liberal, es importante advertir que no llegamos al extremo de rechazar *per se* la injerencia estatal en la regulación legal de la familia: el interés del Estado en dictar normas de orden público en materia familiar, ámbito tan fundamental y sensible en cualquier sociedad, es plenamente atendible mientras no se lleve a cabo de manera irrestricta o irrazonable. En dos de los deberes jurídicos que surgen como efectos personales del matrimonio, consideramos que sí se ha traspasado esa prudente limitación, avasallando la autonomía de las personas para desarrollar libremente su proyecto de vida.

Comenzamos, primero, por el deber cuya recepción propiciamos: el de asistencia o cooperación (los entendemos aquí como sinónimos). Tal efecto es esencial e ineludible en cualquier unión matrimonial (o, incluso, convivencial): es impensable que cada uno de los cónyuges pueda desentenderse de la vida del otro, o no esté obligado a asistirlo, cuidarlo o ayudarlo.

Distinta opinión nos merece la inclusión de la convivencia como deber jurídico entre los cónyuges. Es notable que el Proyecto del "nuevo Código" (es decir, la versión enviada al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo, a partir del Anteproyecto elevado a este último por la Comisión de Reformas) no contemplaba en absoluto la cohabitación como exigencia. En los Fundamentos del Proyecto, se reconocía "el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación", pero "al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas".

¿Por qué no podrían dos personas libres, adultas y plenas de discernimiento, intención y libertad, decidir unirse en matrimonio y *vivir por separado*? Casarse, en sí, solo debería implicar la voluntad de desarrollar un proyecto de vida en común junto a otro sujeto, pero no en sentido geográfico sino espiritual: compartir lo bueno y lo malo de la vida con esa persona, en los distintos momentos, etapas, ciclos, etcétera. Es lógico que al derecho no le sea irrelevante *esa* finalidad en tanto exigencia (de allí la razonabilidad del deber jurídico de asistencia o cooperación recíproca), pero ¿qué puede importarle al Estado –o a nadie– si los cónyuges viven o no bajo el mismo techo? Dos amigos del autor, casados entre sí, duermen en habitaciones separadas (por comodidad): ¿a qué persona o principio o *máxima* ofenden con ello? Si vivieran, digamos, en departamentos distin-

tos de un mismo edificio: ¿no podrían acaso desarrollar con igual plenitud un proyecto de vida en conjunto?²¹

Finalmente, la inclusión del “deber moral de fidelidad” en el art. 431 adolece de un doble vicio. El primero es que lisa y llanamente constituye un defecto serio de técnica legislativa, por cuanto un código de leyes debe establecer deberes jurídicos, y no deberes morales.²² Y el segundo es que el Estado –en este caso, a través del Poder Legislativo, del que emanan las normas jurídicas– no debe inmiscuirse en el plan de vida de cada persona mayor de edad, plena de discernimiento y libertad, indicándole de modo paternalista cuáles hechos o conductas son mejores, más rectas o más valiosas (en este caso, no mantener relaciones sexuales con personas distintas al propio cónyuge) que otras *supuestamente* desviadas o incorrectas.²³ Por el contrario: la cuestión debe quedar reservada a la propia autonomía personal y moral privada de cada sujeto (o pareja, según los términos en que deciden establecer la relación conyugal las personas que la integran), y corresponde al Estado respetar y no avasallar tal autonomía.

V. BREVES REFLEXIONES FINALES

No es casual que hayamos elegido estructurar el ensayo en base a la evolución histórica de la normativa en la materia. El camino que hemos trazado en los tres acápites precedentes no es un mero ejercicio teórico, ni una simple curiosidad, ni presenta únicamente un interés anecdótico: por el contrario, permite poner en perspectiva el drástico cambio que con el correr de los años puede operar en la visión de la familia (en este caso particular, del matrimonio, que es una institución fundamental de aquella) en una misma comunidad (entre nosotros, la argentina). No es necesario viajar a otros países para toparse con organizaciones familiares tan diversas a nuestras concepciones actuales: basta con quedarnos aquí y viajar en

21. Sostenemos que esto sería posible incluso si *no* viviesen en el mismo edificio, o cuadra, o manzana, o barrio. Se incluyen estos ejemplos a modo de argumentación por “reducción al absurdo”.

22. Esto no implica en absoluto negar la relación entre el Derecho y la Moral, tema por cierto extensísimo como para ser tratado aquí.

23. Ver al respecto el muy buen trabajo de BASTERRA, M. I., “¿Puede un Estado pluralista, no confesional erigirse en “guardián” de la elección sexual de las parejas? El caso de los “swingers”, en *LL* 2003-E, p. 506.

el tiempo. En un país occidental y desde hace mucho europeizado como el nuestro, disposiciones como las que contenía el Código de Vélez en su redacción originaria o la Ley n° 2393, vistas hoy desde el año 2014, nos parecen (y son) obsoletas, discriminatorias, contrarias a derechos humanos fundamentales.

No podemos predecir lo que dentro de un siglo y tanto se dirá de nuestras nociones actuales, pero sí estamos en condiciones de juzgarlas –al menos, desde un posible punto de vista– desde lo que *hoy* conocemos. Esas concepciones actuales se reflejan –porque es el más reciente en el tiempo– en el Código recientemente sancionado, verdadera oportunidad dorada para reformular, enmendar, actualizar, modificar, en fin: barajar el mazo y repartir nuevamente las cartas. Sin embargo, a la hora de apostar por la autonomía personal y un verdadero modelo liberal de familia en cuanto a deberes personales de los cónyuges refiere, el cuerpo aprobado por el Congreso Nacional volvió a una redacción conservadora, e incluso técnicamente defectuosa. Lamentablemente, entonces, otra oportunidad perdida.

BIBLIOGRAFÍA

- AUBRY, Charles y RAU, Frédéric C., *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand* de C.S. Zachariae, 3ª ed., París, Cosse, 1856.
- BASTERRA, Marcela I., "¿Puede un Estado pluralista, no confesional erigirse en "guardián" de la elección sexual de las parejas? El caso de los "swingers", en LL 2003-E.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Perrot, 1977.
- BUSO, Eduardo B., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, EDIAR, 1944.
- DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Napoléon*, París, Durand-Hachette, 1876.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1930.
- LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978.