

Capítulo V

EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

por CARLOS H. ROLANDO

I. ATRIBUTOS JURIDICOS DE LOS CONYUGES	217
A) Incidencias del matrimonio sobre la capacidad de derecho de los cónyuges	217
B) Régimen jurídico de la emancipación por matrimonio	220
C) Evolución legal argentina con respecto a la capacidad de la mujer casada menor y mayor de edad	223
D) El nombre de la mujer casada	229
E) Domicilio de la mujer casada	234
F) Nacionalidad de la esposa	242
II. DERECHOS Y OBLIGACIONES CONYUGALES	248
G) Ley que los rige	249
H) Deber de fidelidad	251
I) Deber de cohabitación	258
J) Deber de asistencia	267

CARLOS H. ROLANDO

Capítulo V

EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

I. ATRIBUTOS JURIDICOS DE LOS CONYUGES

Atributo es aquella cualidad en cuya virtud el ente es persona y sin la concurrencia del cual no lo sería. El atributo no es un derecho en sí como no lo es la propia personalidad: es un presupuesto para que el sujeto pueda ser titular de derechos.

Los atributos son el nombre (o atributo de individualización), el estado (o atributo de posición jurídica), la capacidad (o atributo de titularidad) y el domicilio (o atributo de ubicación física) sin dejar de mencionar, para muchos, al patrimonio. La celebración del matrimonio incide decisivamente en la modificación de tales atributos, ya de uno ya de ambos cónyuges.

A) INCIDENCIA DEL MATRIMONIO SOBRE LA CAPACIDAD DE DERECHO DE LOS CONYUGES

1. La capacidad de derecho tiene relación con el goce de los derechos. Gozar de un derecho quiere decir tenerlo, ser el titular de él. La persona que no puede tenerlo es incapaz de ser titular de él. La incapacidad de derecho es pues la falta de dicha aptitud. Para que haya una incapacidad es menester una disposición especial restrictiva y tratándose de la incapacidad de derecho la disposición restrictiva que la crea tiene la forma de una prohibición legal. Así se la ve desde la óptica de la norma que crea esa situación. Si el centro se pone en la persona a la que la prohibición alcanza, la situación se presenta como una limitación subjetiva (Salvat-López Olaciregui, *Derecho Civil. Parte General*, Tomo I, pág. 591 y siguientes).

En este sentido puede afirmarse que el matrimonio crea incapacidades de derecho para ambos contrayentes. Esta restricción

legal se basa en la situación subjetiva de las personas a quienes alcanza. Por lo mismo que las incapacidades de derecho tienen carácter relativo, se encuentran establecidas en una serie de disposiciones legales dispersas en diferentes títulos del código y/o leyes complementarias.

2. Incapacidades de orden personal.

a) Con la celebración del matrimonio los cónyuges pierden para el futuro su habilidad nupcial. Es decir, surge el impedimento que nuestra ley denomina de ligamen, lo que significa que las personas casadas no pueden contraer matrimonio mientras subsista el vínculo anterior. Hay pues una verdadera incapacidad o prohibición que afecta por igual a ambos cónyuges (art. 9 inc. 5º ley 2393).

b) El matrimonio da nacimiento a una de las clases de parentesco, el denominado "por afinidad" y que vincula a uno de los cónyuges con los consanguíneos del otro. Pues bien, esta relación de parentesco nacido, repetimos, del matrimonio, constituye asimismo un impedimento para contraer matrimonio justamente con algunos de los integrantes del mismo (art. 9 inc. 3º ley 2393). Siendo este parentesco permanente, surge para los cónyuges una verdadera prohibición en el sentido de que, disuelto su matrimonio, no podrán contraer uno nuevo con las personas a las que el matrimonio vinculó en relación de parentesco. Existe una verdadera incapacidad.

c) La ley de adopción 19.134 (art. 8) establece que ninguna persona casada podrá adoptar sin el consentimiento de su cónyuge, salvo los supuestos de excepción que la misma ley contempla. Ello significa que, como regla general, uno solo de los esposos no puede adoptar, circunstancia en la que radicaría su incapacidad.

3. Incapacidades en el plano patrimonial.

Es aquí donde quizá se advierte con más evidencia cómo la capacidad de derecho, si así puede hablarse, se restringe con el matrimonio.

a) Existen numerosos contratos que no pueden ser celebrados entre los cónyuges. Tales, entre los más comunes, los de compraven-

ta, donación, locación, permuta. El fundamento de estas prohibiciones radica en la necesidad de proteger las reglas de orden público que el matrimonio supone y lograr que el régimen de los bienes impuesto por el Código no sea violado mediante el otorgamiento de actos jurídicos que lleven como finalidad última la traslación de valores de un patrimonio al otro (Guaglianone).

Acotemos que no todos los contratos se encuentran prohibidos. Algunos se permiten con ciertas restricciones como el de sociedad (art. 27 ley 19550) y otros están expresamente autorizados, como la fianza y el mandato. El estudio en profundidad de las relaciones contractuales entre cónyuges corresponde ser incluido en lo referente a los efectos patrimoniales del matrimonio. Puede no obstante verse un detallado análisis del tema en Guaglianone, Aquiles Horacio, *Régimen patrimonial del matrimonio*, T. I, pág. 345 y siguientes.

b) Hay quien encuentra una incapacidad de derecho en el régimen instituido por el artículo 1277 del Código Civil con posterioridad a la ley 17.711. Es sabido que a partir de esta ley, para los actos más importantes se establece un sistema de gestión conjunta. Se sostiene precisamente que la exigencia legal del asentimiento conyugal crea incapacidad de derecho por la cual uno solo de los esposos no puede disponer válidamente de determinados bienes (Guastavino, Elías S., *Modificación al régimen jurídico conyugal*, Apartado de la Revista del Notariado N° 699, Bs. As. 1968, pág. 15). Llambías en cambio estima que existe en el caso una incapacidad de hecho (*Estudio de la reforma del Código Civil*, Bs. As. 1969, pág. 54). Méndez Costa finalmente considera que existe en el caso una falta de pleno poder de disposición (*Estudios sobre sociedad conyugal*, Santa Fe, 1981, pág. 140).

c) Existe una verdadera incapacidad de derecho en la situación contemplada en el artículo 134 del Código Civil (actos totalmente prohibidos). Debe aclararse que esta incapacidad afecta únicamente a los cónyuges menores de edad.

d) Se considera asimismo por algún autor que también constituyen incapacidades de derecho los actos de los emancipados enu-

merados en el artículo 135 del Código Civil. “Dado que los emancipados son capaces de obrar, debe entenderse que se trata también de incapacidades de derecho” afirma Méndez Costa (*Situación jurídica de los emancipados por matrimonio y por habilitación de edad*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina 1969, pág. 409).

B) REGIMEN JURIDICO DE LA EMANCIPACION POR MATRIMONIO

4. El matrimonio, su celebración, incide en la capacidad de hecho de los contrayentes o mejor dicho en su incapacidad, ya que los menores que lo contraen se emancipan, lo que significa que, de una incapacidad de hecho, por su minoridad, pasan a un régimen que en general es considerado como de capacidad, aunque no total o plena (artículos 128 y 131 del Código Civil).

La emancipación por matrimonio es irrevocable (artículos 132 y 133 del Código Civil y 73 Ley de matrimonio civil) y por este acto “cesa la incapacidad de los menores” (art. 128) y quedan éstos “habilitados para todos los actos de la vida civil” (art. 133).

Consigna Salvat que la emancipación por matrimonio está vinculada a un doble fundamento:

- a) Por una parte la comunidad de vida del matrimonio no concide con la subsistencia de potestades emanadas de personas ajenas a la pareja cuyo ejercicio chocaría con el régimen interno que para ella instituye;
- b) La instalación del hogar y su ulterior mantenimiento hacen aconsejable que los cónyuges puedan tener el manejo autónomo de la fortuna que poseen (Salvat-López Olaciregui, *ob. cit.*, T. I, pág. 638, n^o 748-A).

La emancipación por matrimonio se produce de pleno derecho, cualquiera sea la edad en que se contraiga. Celebrado el matrimonio, con o sin autorización, el menor queda *ipso jure* emancipado. La discusión que se producía antaño en torno a la interpretación del artículo 131 del Código Civil (...“con tal que el ma-

rimonio se hubiese celebrado con la autorización necesaria conforme a lo dispuesto en este Código”) ha quedado superada con la nueva redacción dada al artículo.

5. Efectos de la emancipación.

El efecto fundamental de la emancipación es habilitar al menor para todos los actos de la vida civil, con las excepciones que expresamente la ley establece. Quiere decir que los emancipados pueden considerarse “capaces” como regla general.

Respecto a la persona del menor, se extingue la patria potestad o la tutela y consiguientemente cesan completamente los poderes (deberes) del padre o tutor para gobernarlo y dirigirlo, tenerlo bajo su guarda, hacerlo corregir, etcétera (arts. 264, 265, 266, 277, 278, 377, 412 y 415 del Código Civil). En adelante el menor tiene el derecho de dirigir y gobernar su persona con entera independencia. Respecto a los bienes del menor, cesa la administración y usufructo paterno, por regla general, ya que este principio sufre una limitación en caso de haberse contraído matrimonio sin autorización (paterna, del tutor o judicial). En materia extrapatrimonial, como en el derecho de familia, la capacidad genérica del emancipado no admite limitaciones.

6. Caso de divorcio.

La emancipación ya producida no sufre modificaciones aunque se decrete el divorcio de los cónyuges, dado que la misma es irrevocable.

7. Caso de nulidad de matrimonio.

Tal como lo dispone el artículo 132 del Código Civil la emancipación será de ningún efecto “desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada”, o sea que serán válidos los actos celebrados por el menor desde la fecha de celebración del matrimonio hasta la última indicada. Se quita en el caso la retroactividad que normalmente acarrea la sentencia de nulidad de matrimonio.

El principio del artículo 132 sufre una excepción en caso de matrimonio putativo. El cónyuge de buena fe conserva su emancipación. La disposición no hace más que reforzar la verdadera imagen del matrimonio putativo coincidiendo con otras disposiciones legales (arts. 87 y 88 de la Ley de Matrimonio).

8. Como efecto principalísimo de la emancipación puede aceptarse que la capacidad plena del emancipado es la regla, con las excepciones previstas en los artículos 134 y 135 del Código. Dejamos de lado la discusión sobre si, después de la ley 17.711 las mentadas incapacidades son las únicas existentes o deben considerarse subsistentes otras. No debe olvidarse que, aunque parezca una perogrullada, el emancipado es precisamente eso, emancipado. Ni mayor de edad (art. 137 Código Civil) ni menor de edad, porque evidentemente ya no lo es. Entre las excepciones cuya vigencia se discute estarían los casos de los artículos 841 inc. 1º, 1440, 3456, 3465 inc. 1º, 1293, 398 inc. 1º, 477, 2847, 2949, 3705 del Código Civil y 69 de la Ley de Matrimonio.

9. Actos prohibidos.

Son los enumerados en el artículo 134 del Código Civil que, como ya vimos constituyen verdaderas incapacidades de derecho. Respecto del inciso 2º se prohíben las donaciones de los bienes recibidos a título gratuito y de los que ocupen su lugar por subrogación. Se equipara a la donación la cesión gratuita de créditos (artículo 1437) comprendiendo asimismo la prohibición la cesión hereditaria gratuita.

10. Actos permitidos.

Hay actos que se permite realizar al emancipado pero sólo con acuerdo del cónyuge mayor o autorización judicial. Son los enumerados en el artículo 135 del Código. Comprende los actos de disposición no donaciones de los bienes recibidos a título gratuito. Si se trata del "hogar conyugal", siendo bien propio, el asentimiento conyugal (art. 1277 Código Civil) reconocería en este caso un doble fundamento: por tratarse de un bien recibido a título gratuito (artículo 135) y por tratarse del hogar familiar (art. 1277 Cód. Civil).

La doctora Méndez Costa esboza una síntesis clara y precisa de la situación del menor emancipado por matrimonio: “administra los bienes recibidos a título gratuito, no puede donarlos y para disponer de ellos requiere acuerdo del cónyuge mayor o del juez en su defecto; administra los bienes propios adquiridos a título no gratuito (por ejemplo aportados al matrimonio pero adquiridos con el fruto de su trabajo personal anterior al mismo) y dispone de ellos libremente salvo que se trate del ‘hogar conyugal’ para lo cual requiere acuerdo del cónyuge aunque sea emancipado o del juez en su defecto; administra y dispone de los gananciales que adquiere por cualquier medio (art. 1276) pero para disponer en los casos previstos por el artículo 1277 necesita asentimiento del cónyuge aunque sea también emancipado o del juez en su defecto” (*Situación jurídica de los emancipados...* pág. 418).

11. Sanción por falta de autorización paterna o judicial para el matrimonio.

Aunque el menor hubiera contraído matrimonio sin la debida autorización de su representante legal o la judicial supletoria (por ejemplo mediante la adulteración de sus documentos u otros medios) la emancipación produce plenos efectos. Sin embargo en tal caso le queda impedido al emancipado la administración y disposición de los bienes recibidos a título gratuito. O sea que los únicos bienes comprendidos en la sanción son los recibidos a título gratuito, sobre los que continúa el régimen legal de los menores “salvo ulterior habilitación”. En consecuencia respecto de los demás bienes, repetimos, la emancipación produce todos sus efectos.

C) EVOLUCION LEGAL ARGENTINA CON RESPECTO A LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA MENOR Y MAYOR DE EDAD

12. La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil. No es esto una expresión de deseos sino derecho positivo argentino: el artículo 1º de la ley 11.357 luego de la reforma, en el año 1968, del Código Civil por la ley 17.711. Pero este principio legal, como decimos, data en nuestro país desde el año 1968. No siempre fue así. Encararemos pues la evolución de la ca-

pacidad civil de la mujer casada, con lo que estamos diciendo que ésta no fue siempre capaz. Cabe aclarar asimismo que no será objeto de nuestro estudio la evolución de la capacidad civil de la mujer en cuanto tal, sino de la mujer casada en particular, que no es lo mismo. Aquélla, la mujer mayor de edad, no nació incapaz en nuestro Código (aunque había incapacidades de derecho basadas en el sexo) en cambio la mujer casada y precisamente por esa circunstancia, sí. En definitiva sólo se analizará la evolución de la capacidad de hecho de la mujer casada, tanto mayor cuanto menor de edad.

La capacidad de la mujer, cuando se trata de capacidad de la mujer casada sólo llega a tener sus precisos alcances en el cuadro del régimen de la sociedad conyugal. Pero esto que sucede con la capacidad de la mujer casada, sucede exactamente igual con la capacidad del hombre casado (María Josefa Méndez Costa, *Reformas al Código Civil*, Ed. Orbir, 1968, pág. 242).

Aunque no sea riguroso y aunque la sincronización de etapas no sea perfecta es dable advertir generalmente una evolución paralela de la capacidad femenina y de los sistemas de gestión de bienes en el matrimonio. Sostiene Gustavino (*Modificación al régimen jurídico conyugal* - Apartado de la Revista del Notariado cit., pág. 6, nota 2) que los ciclos de legislación argentina respecto a situación jurídica de personas casadas con anterioridad a la ley 17.711 son los siguientes:

- a) De 1810 a 1871 (legislación hispana y leyes nacionales anteriores al Código Civil);
- b) de 1871 a 1926 (Código Civil y ley 2393);
- c) de 1926 a 1949 (Código Civil y ley 11.357);
- d) de 1949 a 1956/57 (Código Civil, ley 11.357 y Constitución de 1949);
- e) de 1957 a 1968 (Código Civil, ley 11.357 y Convención de Bogotá de 1948 ratificada por decreto-ley 9983 de 1957).

No obstante la evolución señalada es evidente que el estudio de la capacidad civil de la mujer casada exige el de los "tres grandes

jalones" (Llambías) constituidos por el Código Civil, la ley 11.357 del año 1926 llamada de "Derechos civiles de la mujer" y la ley 17.711 (reformadora del Código Civil) del año 1968.

13. El sistema del Código Civil.

La mujer casada es en el Código una incapaz de hecho relativa. Así lo establecía el artículo 55, inciso 2º. Era una incapacidad de hecho porque la misma podía ser salvada con la intervención marital o del juez, y era relativa porque sólo comprendía "ciertos actos o el modo de ejercerlos" (art. 55 antes citado). Los actos prohibidos a la mujer casada estaban principalmente vinculados, como ya lo adelantamos, con la gestión de los bienes en el matrimonio.

No obstante la dificultad de caracterizar acabadamente la situación jurídica de la mujer casada en el Código, la doctrina llegaba a la conclusión de su incapacidad. En cuanto al fundamento no residía en las viejas ideas sobre la inferioridad del sexo femenino, sino en la conveniencia de concurrir a la consolidación del núcleo familiar, en obsequio a lo cual se imponía a la mujer el sacrificio de su autonomía (Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T. I, pág. 572, Nº 826).

Como una consecuencia de esta condición básica de la mujer casada, se establecía en el artículo 57 la representación legal del marido, aunque no la del ministerio pupilar (art. 60).

La sanción de la Ley de Matrimonio Civil Nº 2393 (año 1889) aportó muy poco a la capacidad civil de la mujer casada. Si bien derogó los artículos del Código referentes al tema (186 y 188 y siguientes) prácticamente los sustituyó por los artículos 54 y siguientes de la Ley de Matrimonio. Por supuesto que no fueron derogados ni sustituidos los artículos 55 y concordantes ni tampoco lo referente a la sociedad conyugal, campo en el que aparecía realmente la incapacidad. Como mención destacable sólo cabe acotar la disposición del artículo 73 de la ley de matrimonio que declaró la plena capacidad civil de la divorciada mayor de edad.

14. Régimen de la ley 11.357.

No haremos un estudio detallado de las disposiciones de esta ley sino que nos interesa el sentido de la misma en cuanto significa un avance o un progreso en lo relativo a la capacidad de hecho de la mujer casada mayor de edad. Esta ley del año 1926 comienza por establecer la plena capacidad civil de la mujer mayor de edad "soltera, divorciada o viuda". Ellas tenían capacidad para ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes reconocen al hombre mayor de edad. Esta disposición es importante por cuanto significaba la abrogación automática de toda diferencia entre el hombre y la mujer soltera, divorciada o viuda en relación con sus derechos civiles. Para esas personas desaparecían las incapacidades de derecho establecidas en el Código (arts. 390, 477, 990 del Código Civil).

Al decir de Llambías, el artículo 1º de la ley era esclarecedor del motivo de la incapacidad de la mujer casada, que descansaba en la vida de la familia y en especial de los cónyuges. De ahí que cuando esta vida matrimonial se disolviese (por la muerte del marido) o se resintiese (por el divorcio) cesaban todas las restricciones referentes a la capacidad de la mujer casada y ésta obtenía ya como viuda o divorciada el goce de su plena capacidad civil.

Sin embargo y a pesar de esta ley, respecto a la mujer mayor de edad casada subsistía su situación básica de "incapaz de hecho relativa" aunque ésta venía a resultar más restringida (la incapacidad) por la ampliación de facultades que significa fundamentalmente el artículo 3º de la ley.

Esta era en cierta forma la doctrina mayoritaria (Busso, Lafaille, Aráuz Castex, Rébora, Acuña Anzorena, Llambías) aunque había quienes sostenían (Salvat, Orgaz, Spota) aunque con diferencias de matices, que la incapacidad de la mujer casada había quedado derogada por la ley 11.357, por lo menos la incapacidad como "situación general".

Creemos que esto es suficiente para marcar la diferencia entre la situación anterior (Código Civil - incapaz de hecho relativa) y la nueva, que mantenía esa incapacidad como regla, pero la morigeraba en sus efectos. El estudio detallado de este verdadero "Es-

tatuto de la mujer” corresponderá hacerlo con detenimiento en el análisis referente a la gestión de bienes en el matrimonio.

Como consecuencia de esta modificación en cuanto a la situación jurídica de la mujer casada mayor de edad, vino a modificarse asimismo el carácter de la representación marital. En el Código Civil el marido era el representante legal (art. 57, inc. 4º). Después de la sanción de la ley 11.357 el marido conservaba tal carácter para la realización de los actos prohibidos a la mujer. Para los que le fueron permitidos —que han sido muchos— el marido siguió siendo un representante de la mujer, pero voluntario, y que ésta podía incluso anular. Sin embargo no todos participaban de esta opinión (en contra Busso - Lafaille).

15. La ley 17.711.

La reforma del año 1968 reemplaza el artículo 1º de la ley 11.357 estableciendo: “La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado tiene plena capacidad civil”. Con ello se marca la efectiva culminación de la evolución de la capacidad civil de la mujer casada. Se completa con la supresión de los artículos 3º, 4º, 7º y 8º de la misma ley y la modificación de los artículos 55 y 57 del Código. Agreguemos asimismo, y tal como lo manifestáramos, que esta evolución se integra además con las modificaciones impuestas en la gestión de los bienes de la sociedad conyugal (artículos 1276, 1277 y correlativos del Código Civil). En adelante ya no se puede hablar de ninguna incapacidad de hecho de la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado (soltera, divorciada, viuda, casada) sin perjuicio de que se puedan presentar con respecto a la mujer las mismas incapacidades de derecho o prohibiciones legales que pueden recaer sobre el hombre, por ejemplo los impedimentos matrimoniales o determinadas incapacidades para contratar (Méndez Costa, *Reformas... cit.*, pág. 241).

16. La Convención de Bogotá de 1948.

En el año 1948 fue aprobada en Bogotá esta Convención por la 9ª Conferencia Internacional Americana. En su artículo 1º establece que “los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer

los mismos derechos civiles de que goza el hombre". Esta convención fue ratificada por decreto-ley 9983 del año 1957.

Muy distintas son las opiniones sobre la efectiva vigencia de esta convención y sobre los alcances en nuestro derecho de su artículo 1º. Llambías la califica de "prácticamente nula" ya que esa igualación de derechos civiles del hombre y la mujer existía desde la sanción de la ley 11.357. Ello independientemente de los derechos y deberes impuestos por el estado conyugal. Guastavino y Borda por el contrario entendieron que había quedado modificada toda la legislación interna que establecía diferencias de derechos civiles entre el hombre y la mujer. Por ello la mujer casada habría quedado equiparada, en su capacidad, al hombre casado y habrían desaparecido las restricciones que dejara subsistentes la ley 11.357. Esta solución es criticada por Belluscio (*Tratado de Derecho de Familia*, T. II, pág. 438, Nº 356) ya que, expresa, de la convención resultaba el compromiso de igualar los derechos civiles de la mujer con los del hombre, modificando las normas internas de los países contratantes que resolviesen otra cosa, pero no la automática derogación de éstas.

17. La mujer casada menor de edad.

La mujer menor de edad que contraía matrimonio en el régimen del Código Civil, pasaba de una incapacidad (por su minoridad) a otra (por su estado de casada), estando enmarcada asimismo en su situación de emancipada.

El artículo 7º de la ley 11.357 prescribía: "La mujer casada menor de edad tiene los mismos derechos que la mujer casada mayor de edad, con la salvedad de que para hacer actos de disposición de sus bienes necesita la venia del marido cuando éste sea mayor de edad. Cuando el marido fuese menor de edad o se negare a acordar su venia, la mujer necesita la correspondiente autorización judicial".

La interpretación de este artículo dio lugar a diferentes opiniones, pues un análisis superficial del mismo permitiría comprobar que la mujer casada menor de edad (emancipada) tenía, si así puede decirse, más "facultades" que el hombre casado menor de

edad. Aquella, la mujer menor, se equiparaba a la mayor casada, mientras que el hombre quedaba sometido al régimen estricto de la emancipación por matrimonio, en especial a los artículos 134 y 135 del Código Civil.

Salvat y Orgaz sostenían (no sin dejar de advertir lo curioso de la situación) que la ley había venido a establecer un régimen diferente entre el varón emancipado y la mujer emancipada con clara ventaja hacia esta última.

Para otros (Spota) la ley 11.357 tendió a equiparar la capacidad de obrar de la mujer con la del varón pero no a establecer un des-nivel en sentido peyorativo para el segundo. O sea el varón emancipado se beneficiaba con lo dispuesto por el artículo 7º de la ley, debiendo entenderse que lo que allí se establecía a favor de la menor casada, también aprovechaba al varón.

Otros también tendían a la igualación de situaciones, pero lo hacían con la del varón emancipado. En tal sentido se sostenía que desde la sanción de la ley 11.357 la capacidad de la menor casada era idéntica a la que determinaba para el varón el juego de los artículos 134 y 135 del Código Civil, con algunas pequeñas variantes. En tal sentido Llambías (*Parte general cit.*, T. I, pág. 584, Nº 844).

Toda cuestión ha venido a quedar solucionada con la ley 17.711 que, entre otros, suprimió el artículo 7º de la ley 11.357. Como emancipados, la mujer y el varón menor están en idéntica situación.

D) EL NOMBRE DE LA MUJER CASADA

18. El nombre de la persona sirve para individualizarla. Aparece como el instrumento de una necesaria individualización sin la cual los diversos componentes de una comunidad no se diferenciarían entre sí. En tal sentido el nombre viene a constituirse en elemento constitutivo de la personalidad, es decir, en un atributo de la persona de derecho (ver Salvat-López Olaciregui, *Parte general*, T. I, pág. 391 y 513).

En lo referente a la mujer casada, la agregación por la mujer del apellido del marido al suyo propio unido mediante la preposición "de" era costumbre generalizada en nuestro país.

En el derecho comparado la costumbre predominante en otros países consiste en la directa sustitución del apellido de la esposa por el del marido. Belluscio (*Tratado*, T. II, pág. 395) enumera los siguientes sistemas legislativos con relación al apellido de la mujer casada:

- a) Leyes que disponen que la mujer toma o asume el apellido del marido sin indicación alguna sobre el suyo propio, que es sustituido;
- b) Leyes según las cuales cada cónyuge conserva su propio apellido;
- c) Leyes que establecen que la mujer debe agregar a su propio apellido el del marido;
- d) Leyes que permiten fijar convencionalmente el apellido de los cónyuges;
- e) Leyes que facultan a la mujer a usar el apellido del marido.

Antes del dictado de la ley 18.248, en el año 1969 (llamada ley del nombre) en nuestro país el apellido de la mujer casada era usado por costumbre. Como simple referencia, se sostenían al respecto tres posiciones:

- a) Para unos era un derecho - deber (Prayones, Rébora, Borda, Spota, Busso);
- b) Para una segunda posición era un derecho mas no una obligación (Germesoni, Orgaz, Salas y con alguna variante era también el criterio de Salvat);
- c) Opción que crea una obligación. La mujer no estaba obligada a añadir el apellido de su marido, pero si optaba por ello no podía prescindir de él después sin causa justificada. Cabe tener presente la observación que efectúa Belluscio en el sentido de que quizá en pocos puntos como en éste la jurisprudencia fue tan vacilante.

19. El apellido de la mujer casada y la ley 18.248.

El artículo 8º de esta ley establece que “la mujer al contraer matrimonio añadirá a su apellido el de su marido precedido por la preposición «de»”. Es decir que el uso del apellido del marido es

para la mujer no sólo un derecho sino un deber. El no uso podría llegar incluso a constituir una injuria grave que autorizaría al marido a solicitar el divorcio. Para la sala D de la Cámara Civil de la Capital la omisión del apellido marital no configura injuria grave salvo que responda a un propósito de ocultamiento del estado civil de casada y con fines que impliquen claramente un agravio para el marido (La Ley, tomo 90, pág. 107). Creemos que es la doctrina correcta.

El establecido por el artículo 8º de la ley 18.248 es el único apellido de la mujer casada. Por ello estamos de acuerdo con Llambías (*Parte General*, T. I, pág. 306) que la disposición de la ley 13.010 de enrolamiento femenino según la cual sólo deberá constar en la libreta cívica el apellido de soltera, constituye una desfiguración en el verdadero nombre de la enrolada casada. En tal sentido los tribunales han admitido una pretensión tendiente a la rectificación del nombre en la cédula de identidad.

Por otra parte es bastante corriente —por no decir general— que en los registros alfabéticos de cualquier tipo la mujer casada aparezca con su apellido de “soltera”, siendo que ese ya no es su apellido y que el que tiene está impuesto por la ley y sería la única forma de individualizarla.

El mismo artículo 8º que comentamos acepta una excepción al principio establecido, permitiendo que si la mujer fuese conocida en el comercio, industria o profesión por su apellido de soltera, podrá seguir usándolo después de contraído el matrimonio para el ejercicio de esas actividades. Constituye verdaderamente una excepción que no hace más que confirmar la regla, excepción limitada a los casos previstos por la ley y con el alcance en ella determinado.

20. El apellido de la viuda.

El artículo 10 de la ley establece que “la viuda está autorizada para requerir ante el Registro del Estado Civil la supresión del apellido marital”. Es una solución objetable, dice Llambías, al suscitar una inconveniente dualidad entre la ley y la costumbre y por atentar contra el carácter de orden público del instituto del nombre que no cae bajo el arbitrio del interesado. La viuda para solicitar la su-

presión del apellido lo hará a través de una simple comunicación al Registro Civil, aunque es bueno tener presente que no existe ningún "Registro de apellidos" de mujeres casadas. En caso de contraer nuevas nupcias determina el mismo artículo 10 "perderá el apellido de su anterior cónyuge". Esta pérdida se produce de pleno derecho con la consiguiente adquisición del apellido de su segundo marido.

21. El apellido de la divorciada.

La ley 18.248 ha venido a quebrantar la inmutabilidad del nombre de la divorciada, autorizando a ésta a prescindir, según su arbitrio y sin necesidad de intervención judicial alguna, del apellido del marido. A tal fin el artículo 9º preceptúa que "decretado el divorcio será optativo para la mujer llevar o no el apellido del marido".

Con esta innovación, afirma Llambías, el nombre de la divorciada ha dejado de ser un "derecho deber" pese a lo prevenido en el artículo 1º de la ley 18.248 para pasar a ser una facultad de emplear su apellido de soltera o el apellido marital, según las circunstancias y conveniencias de la interesada.

22. Privación del apellido marital como sanción.

El artículo 9º, segunda parte de la ley prescribe: "Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer divorciada el uso del apellido de su cónyuge". La sanción la hará el Tribunal a pedido de parte. Esta sanción no es consecuencia forzosa de la culpabilidad de la mujer en el divorcio, sino un castigo a la inconducta de ésta, ya sea antes o después del divorcio.

Los tribunales, a cuya discreción queda librada la sanción han considerado que procede: cuando la conducta de la mujer importa deshonor del nombre del esposo (J.A. 1953-I-207), cuando el divorcio se declara por adulterio de la esposa (L.L. 76-668) o cuando el divorcio se declara por culpa del marido si ulteriormente la esposa lleva una vida deshonesto (L.L. 67-294).

23. En el divorcio vincular.

El caso está resuelto en el artículo 11 de la ley, que determina que la divorciada vincularmente pierde el apellido marital; pero si ella tuviese hijos y siendo inocente no hubiera pedido la disolución del vínculo podrá ser autorizada para seguir usándolo.

24. La mujer separada de hecho.

Como es lógico, no hay disposición expresa en la ley. Llambías entiende que la separación de hecho no faculta a la mujer casada a prescindir del apellido marital. Encuentra el fundamento en que este asunto no está librado a la voluntad de las partes, sino a la decisión judicial que pueda dictarse habiendo causa grave.

La doctora Kemelmajer de Carlucci ha estudiado con algún detenimiento el tema y sintetiza su postura en los siguientes principios:

- a) La mujer tiene el derecho a seguir usando el apellido marital;
- b) Si el marido considera que el uso por parte de la mujer le afecta moralmente carece de un derecho autónomo a reclamar su cese;
- c) En cambio la mujer sí tiene acción para pedir cambio de nombre con el fin de evitar dificultades en el tráfico jurídico;
- d) Con relación a los terceros éstos están amparados por la buena fe creencia que motiva la apariencia.

Finaliza su estudio con una aguda observación: "nada pueden hacer el legislador ni el juzgador para evitar que, de hecho, la mujer use su apellido de soltera" (*Separación de hecho entre cónyuges*, pág. 48/49).

Para Belluscio, a falta de una disposición expresa de la ley corresponde entender que persiste la obligación de la mujer de usar el apellido del marido (*Tratado*, T. II, pág. 401).

Spota piensa que la mujer separada de hecho puede no usar el apellido marital, siempre que la separación no le sea imputable a ella (*Tratado*, T. I, Vol. 3^o, N^o 1184).

25. Caso de nulidad de matrimonio.

El mismo artículo 11, en su primera parte, prescribe: "Decre-tada la nulidad de matrimonio, la mujer perderá el apellido marital. Sin embargo si lo pidiere será autorizada a usarlo cuando tuviere hijos y fuese cónyuge de buena fe". La claridad de la disposición exime de mayores comentarios. Adviértase no obstante que este artículo viene a establecer una excepción al principio de los efectos del matrimonio que deberían cesar con la declaración de nulidad. El propósito de la ley es el de que la mujer de buena fe no se vea obligada a llevar un apellido diferente del de sus hijos (Borda, *Ley del nombre*, La Ley, T. 136, pág. 1192, N° 22). Ese criterio ha sido criticado por Pliner (*La ley del nombre*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1969, Doctrina, pág. 484) por estimarlo insuficiente por sí solo para apartarse del principio que funda el derecho al uso del apellido del marido (donde no hay matrimonio ni marido, dice, no puede haber apellido marital).

26. Nombre y firma.

Una interesante distinción hace Salvat (*Parte General - I -* página 514, N° 595-B) entre nombre y firma. Sostiene que esta última se funda en el nombre pero no se confunde con él. Define a la firma como "una forma determinada de usarlo (al nombre) por escrito que consiste en estamparlo al pie de un documento". Conviene tener presente que toda la regulación de la ley 18.248/69 se refiere al nombre y no a la firma.

E) DOMICILIO DE LA MUJER CASADA

27. Domicilio es el atributo de la persona que hace a su situación física. Las leyes, dice Salvat (*ob. cit.*, T. I, pág. 392) que configuran el ordenamiento, rigen en el ámbito físico de un espacio estatal determinado, en el cual habitan los hombres o entidades que bajo el imperio de aquéllas actúan como sujetos. Para imponerse la ley a los sujetos necesita localizarlos dentro de ese ámbito en un lugar preciso. Si no para su propia vida al menos para cumplir sus deberes con la ley, el sujeto jurídico debe quedar vinculado a un

lugar determinado que será parte de su contorno jurídico y en tal forma atributo de su personalidad. Ese lugar constituye el domicilio.

Ninguna persona puede carecer de domicilio. No se concibe ante la ley la existencia de una persona sin domicilio. Esta necesidad está implícita en la noción de domicilio y fluye del propio articulado de nuestra ley positiva. La ubicación jurídica —el domicilio— es pues una necesidad de la actuación o dicho en otras palabras es un atributo necesario de la persona.

El domicilio, en lenguaje corriente es el lugar en que la persona vive realmente. En sentido jurídico es donde vive “para la ley”. En otras palabras es el asiento jurídico de la persona.

Una primera clasificación de domicilio nos enfrenta con el general, que es el que la ley determina para todo tipo de derechos y obligaciones, y el especial, que refiere a determinadas relaciones. A su vez el domicilio general comprende o se integra con el domicilio legal y el real, agregando algunos el de origen. Por su parte el domicilio especial contempla diversos supuestos:

- a) El convencional o de elección;
- b) el procesal o constituido;
- c) el conyugal;
- d) el domicilio comercial de la mujer casada;
- e) el domicilio de las sucursales.

Demás está decir que pueden coexistir perfectamente el domicilio real o el legal junto al especial, puesto que este último actuará sólo en la esfera o relación para el que se constituyera. No podrían en cambio coexistir dos domicilios legales, pues éste, por definición es general y así como la persona tiene un nombre, una capacidad, un estado de familia, no puede sino tener un domicilio general (Llambías, *Tratado*, T. I, pág. 591 y siguientes).

28. Domicilio de la mujer casada.

El artículo 90, inciso 9º del Código Civil establece: “La mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya. La que se halle separada de su marido por

autoridad competente conserva el domicilio de éste si no se ha creado otro. La viuda conserva el que tuvo su marido mientras no se establezca en otra parte”.

De acuerdo con este principio la mujer casada —por el solo hecho del casamiento— adquiere un domicilio legal —que es general— y éste es el de su marido. Nótese que la ley, que conceptuaba a la mujer casada como incapaz de hecho, le dedica un precepto especial, diferenciándola de los demás incapaces. Conviene advertir sin embargo que quizá allí resida el fundamento de la norma. El domicilio de la mujer casada no estaría fundado en su incapacidad sino en otro u otros motivos. Evidentemente el fundamento del domicilio de la mujer casada no se vincula a su incapacidad. Tan es así que en los proyectos de reforma, en que se consideraba capaz a la mujer casada, se mantenía el domicilio legal, ya que aún subsiste la necesidad de unificar el domicilio (en este sentido el artículo 43 del Anteproyecto de 1954).

Existe total acuerdo doctrinario en que el fundamento de la disposición del artículo 90 radica en la unión matrimonial. Si el marido está obligado a vivir en una misma casa con su mujer (art. 51 Ley de Matrimonio) y la mujer a habitar con su marido dondequiera que éste fije su residencia (artículo 53) se sigue de ello que la unidad de domicilio se funda en elementales razones de unidad familiar y en los textos legales antes citados. Es importante la fundamentación propia del domicilio de la mujer casada pues habrá de interpretarse (a contrario sensu) que si “desaparece” esa unidad, o sea su fundamento, desaparece la *ratio legis* del domicilio de la mujer casada. También se ha dicho que las disposiciones sobre el domicilio legal de la mujer normalmente coinciden con el poder marital de fijar el domicilio conyugal.

El domicilio legal de la mujer casada nace cuando nace el matrimonio y aunque de hecho la mujer no viva con su marido. Recordemos que por definición (art. 90 C.C.) el domicilio legal “es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente”.

La atribución de fijar el domicilio de la familia corresponde al marido, pero este derecho, como todos, no puede ser ejercido abusivamente. El principio expuesto se aplica durante la normalidad de la vida matrimonial, pero puede resultar modificado por las vicisitudes por las que pueda atravesar el matrimonio.

29. En caso de divorcio.

Según el inciso bajo estudio “la mujer separada de su marido por autoridad competente conserva el domicilio de éste si no se ha creado otro”. Este inciso concuerda con el artículo 72 de la Ley de Matrimonio que prescribe: “Separados por sentencia de divorcio, cada uno de los cónyuges puede fijar su domicilio o residencia donde crea conveniente, aunque sea en el extranjero”. De modo que a partir del divorcio decretado judicialmente la mujer readquiere su derecho a constituir domicilio con independencia de su marido. Si permanece en el que tiene, ya no es como domicilio legal, sino como real o voluntario. El caso no presenta dificultades y es una consecuencia lógica que dimana del fundamento antes dado del domicilio de la mujer casada.

30. Separación judicial provisoria.

Sin entrar a considerar la subsistencia o no de esta institución y que ésta se encuentre regulada en el artículo 68 de la Ley de Matrimonio, lo cierto es que este artículo autoriza al juez a decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal. Cualquiera fuere el que se retira lo cierto es que ya no cohabitan marido y mujer. Si ésta queda en el domicilio ¿continuará siendo éste el legal o por el contrario seguirá siéndolo el del marido “donde quiera” que éste lo haya fijado? El caso no está expresamente contemplado en el artículo 90 pero la solución no puede acarrear dudas pues la situación es muy similar al divorcio. Por lo mismo, decretada la separación judicial provisoria o dispuesto el retiro de alguno de los cónyuges del hogar conyugal, el domicilio de la mujer pasa a ser el que haya constituido, ya sea el anterior o uno nuevo, pero con el carácter de real o voluntario.

31. Separación de hecho.

Sabemos que ésta es la que efectivizan los esposos por culpa de alguno, de ambos o amigablemente sin autorización judicial. Este supuesto no ha sido contemplado por el codificador. Distintos son los enfoques doctrinarios y las conclusiones al respecto. Se sostiene que la mera separación de hecho no afecta el domicilio legal de la mujer casada (Busso, T. I, pág. 544; Orgaz, *Personas Individuales*, pág. 246; Aráuz Castex, T. I, N^o 368, pág. 359; Llambías, *Parte General*, T. I, pág. 612, aunque con algunas aclaraciones).

La postura opuesta (Borda, *Parte General*, T. I, pág. 279; Spota, *Tratado*, T. I, Vol. 3^a, N^o 1261; Morello, *Separación de hecho entre cónyuges*, pág. 207; Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, pág. 31; Belluscio, *Tratado*, T. II, pág. 416) entiende que el domicilio de la mujer cesa con la separación de hecho. La unidad de domicilio conyugal —dice Morello— desaparece desde que uno (o los dos) cónyuges hacen abandono del hogar común o los dos de común acuerdo convienen en separarse al margen de toda forma de proceso. Forzosamente han de crearse nuevas y distintas (al menos lo será una de ellas) sedes jurídicas de la que compartían hasta ese momento (pág. 207).

El problema del domicilio de la mujer separada de hecho interesa desde dos aspectos: en relación a la competencia judicial (cuando ella lógicamente se determina por el domicilio) y el lugar donde deben efectuarse las notificaciones judiciales o extrajudiciales (Belluscio). En lo referente a la competencia es necesario desdoblarse el problema: la referida a pleitos entre los cónyuges entre sí y la que atañe a las relaciones de éstos con terceros.

En los casos de pleitos entre esposos la solución estaría dada por una interpretación extensiva del artículo 104 de la Ley de Matrimonio. En consecuencia este domicilio subsistirá a condición de que en él haya permanecido la mujer. Si la cohabitación ya no existe y los cónyuges se han creado un nuevo domicilio, no parece fundado sostener que el domicilio "conyugal" sea el que se ha creado el marido después de la separación y que, por imperio del artículo 90, inciso 9^o, represente además el domicilio de la esposa.

Como dice Salas en todas estas hipótesis el domicilio al que debe darse preferencia nunca será el que se haya constituido el marido después de producida la separación de hecho, sino el que el matrimonio tenía y compartía antes de la misma. Ello hace decir a Morello que entre esposos la separación de hecho produce la cesación del domicilio legal de la mujer. Adviértase que aun los sostenedores de la teoría "clásica" (la separación de hecho no produce efecto alguno sobre el domicilio de la mujer casada) admitían en este caso que la separación de hecho supone sí una excepción al principio de la unidad del domicilio de marido y mujer para el solo supuesto que el marido la demande y con el único alcance de que debe notificársele el emplazamiento en su residencia (que a ese efecto queda convertida en domicilio real de la mujer separada). No tendría sentido dirigir la notificación al propio domicilio del marido (Aráuz Castex - Llambías, *Derecho Civil, Parte General*, T. I, N^o 638).

Si se trata de demandas de terceros parece razonable que éstos se prevalezcan del domicilio ostensible o aparente de los cónyuges que por otra parte es el real de ellos y que fuera constituido después de la separación. Es el único que tiene relevancia para esos terceros. Como dice Spota "la apariencia jurídica de cada residencia y centro de los negocios de los respectivos cónyuges priva ante la buena fe creencia de los terceros y ante las necesidades del tráfico jurídico" (*ob. cit.*, T. I; Vol. 3^a, pág. 781, N^o 1261). Lo contrario sería inconveniente tanto para esos terceros como para la propia mujer.

32. Muerte del marido.

La muerte del marido disuelve el matrimonio (art. 81 Ley de Matrimonio). Desaparecido el presupuesto que le dio nacimiento al domicilio legal de la mujer casada, cesa o desaparece éste. Por ello la viuda puede constituir su propio domicilio, como lo prevé, sin necesidad, el propio artículo 90. Si conserva el anterior éste será real o voluntario. La misma solución vale para el caso del fallecimiento presunto del marido ya que éste autoriza a la viuda a contraer nuevas nupcias (art. 31, ley 14.394). Puede pues la mujer constituir un domicilio independiente.

33. Nulidad de matrimonio.

De conformidad al artículo 87 y siguientes de la Ley de Matrimonio el pronunciamiento judicial de la nulidad de matrimonio produce la cesación de todos los derechos y obligaciones que genera el mismo, con las salvedades expresamente enumeradas en la ley. Por lo mismo dicho pronunciamiento extingue el domicilio legal de la mujer. No habrá que distinguir en este caso su buena o mala fe.

34. Incapacidad del marido.

Aun cuando el supuesto no está contemplado en la ley es evidente que la mujer puede en este caso constituir domicilio independiente. Ordinariamente será la mujer la designada curadora y como consecuencia será ella la que fijará el domicilio y el marido tendrá el de ésta (art. 90, inc. 6º C.C.). Pero aun en el supuesto de que fuera designado curador un tercero no podría sostenerse que la mujer tiene el domicilio de éste. Valen aquí las consideraciones generales sobre el fundamento del domicilio de la mujer casada. Este descansa en la unidad familiar, hipótesis que no se da en caso de curatela del marido por un extraño.

35. Mujer casada comprendida en otro supuesto de domicilio legal.

Puede suceder que la mujer casada que por esa circunstancia ya tiene un domicilio legal (art. 90, inc. 9º C.C.) esté comprendida en otro supuesto de domicilio legal (art. 90, inc. 1º: funcionario público; inc. 2º: militares en servicio activo). El conflicto es evidente si se tiene en cuenta que no se puede tener más que "un" domicilio general. Tal problema no ha recibido soluciones uniformes por parte de la doctrina. Los interrogantes son: ¿Tiene dos domicilios la mujer casada funcionario? ¿Tiene uno solo? ¿En tal caso cuál prevalece?

Borda se inclina por la tesis del doble domicilio. Se funda en que si la ley asignó con toda claridad dos domicilios no se puede suprimir uno por vía de interpretación, para lo que, dice, no hay interés, pues los terceros elegirán el que más les convenga para iniciar sus demandas (*Parte General*, T. I, Nº 384, pág. 308).

Spota por el contrario considera que prevalece el domicilio establecido por la función pública quedando anulado el del marido. Afirma su tesis en el “fundamento singular del precepto citado —artículo 90, inc. 1º C.C.— inspirado en principios de derecho público de inexcusable cumplimiento dentro del sistema legal en vigor” (*Tratado*, T. I, Vol. 3º, Nº 1263).

Llambías no participa de ninguna de las opiniones expuestas. En cuanto a la de Borda por cuanto afirma que no es posible admitir una acumulación de domicilios ordinarios “cuando se advierte la preocupación del codificador de evitar que alguien pueda tener dos domicilios diferentes simultáneamente”. Asimismo advierte que todo el sistema del Código finca en la unidad del domicilio general. El concepto unitario de domicilio general es una exigencia de nuestro sistema legal. Por otra parte no está de acuerdo con Spota en que deba prevalecer el domicilio de la mujer casada funcionario. Para este autor, en lo que parece su solución al tema, debe primar el domicilio legal de la mujer casada (Llambías, *Parte General*, T. I, pág. 614/615). Este criterio coincidiría con el de Orgaz (*Personas individuales*, pág. 256, nota 34) y Busso, que en caso de multiplicidad de domicilios hace prevalecer el que corresponde a la relación más estable y permanente (*Código Civil Anotado*, I, pág. 534, Nº 11).

36. Caso de la mujer casada comerciante.

No existe aquí conflicto alguno, porque el domicilio comercial es un domicilio “especial” y puede coexistir con el general, sea real o legal. El domicilio comercial sólo produce efectos para el cumplimiento de las obligaciones comerciales allí contraídas y determina asimismo la competencia. Por lo tanto en cuanto al ejercicio del comercio, la mujer casada tendrá un domicilio propio, independiente de su domicilio legal. Para los demás asuntos ella no tiene otro domicilio que el de su marido.

Lo mismo se aplica para los demás casos de domicilios especiales, como el procesal o constituido.

37. Domicilio matrimonial.

Llambías lo define como el “domicilio común de los esposos que rige lo relativo al divorcio y nulidad del matrimonio”. Afirma que este domicilio es especial pues surte los efectos limitados previstos en el artículo 104 de la Ley de Matrimonio. Hemos visto que ha sido este concepto el que ha servido en parte para resolver el problema del domicilio de la mujer casada separada de hecho, fundamentalmente en cuanto a la competencia. Esta solución, continúa Llambías, tiene la ventaja de sustraer a la mujer de las posibles maniobras del marido tendientes a dificultar la posición de la mujer por la creación de un domicilio que sometiera el divorcio o la nulidad de matrimonio a requisitos menos favorables para ella (*Parte General*, T. I, pág. 627, N° 912 b).

38. ¿Qué domicilio del marido es el que fija el de la mujer? Puede suceder que el marido sea funcionario o militar y como tal tenga domicilio legal. ¿Cuál debe tenerse en cuenta para establecer el de la mujer? Belluscio entiende que siempre el domicilio de la mujer estaría determinado por el real del marido (*Tratado*, II, página 415). Spota por el contrario distingue entre el marido funcionario público o militar (en cuyo caso el domicilio legal del marido determinaría el de la mujer) del marido dependiente (art. 90, inciso 8° C.C.) que no produciría ese efecto (*Tratado*, T. I, Vol. 3³, N° 1259, pág. 712/714).

F) NACIONALIDAD DE LA ESPOSA

39. Entre las consecuencias de “orden estático” como las denomina Rébora (*La familia*, T. II, pág. 81) que produce el matrimonio está la que refiere a la nacionalidad. Esta cuestión ha sido considerada por nuestros tribunales fundamentalmente con motivo de controversias suscitadas sobre el fuero o garantía acordada por la Constitución nacional a los extranjeros (derecho a que las contiendas judiciales en que el extranjero tenga por adversario a un argentino sean ventiladas ante una jurisdicción distinta a la ordinaria). Igualmente tendría importancia la nacionalidad de la mujer casada en aquellas naciones que se rigen por el llamado estatuto personal de la nacio-

nalidad con relación al régimen de los bienes, que no es precisamente el caso de la nuestra.

Se trata de ver entonces el efecto del matrimonio en la nacionalidad de la mujer y consiguientemente, según sea la respuesta a este primer interrogante, ver la influencia del divorcio, separación de hecho, muerte o cambio de nacionalidad del marido.

Afirma Díaz de Guijarro (*La nacionalidad de la mujer casada*, en Jurisprudencia Argentina, T. 29, pág. 630) que el problema de la nacionalidad de la mujer casada no debe ser examinado en forma parcial y unilateral. Se trata de una cuestión compleja que afecta por igual al derecho público y al derecho privado ya que tanto dentro de uno como del otro tiene trascendencia la nacionalidad que se asigna a la mujer casada, acentuada sobre todo en aquellos países en que la nacionalidad es el elemento decisivo para el ejercicio de los derechos privados, pues los extranjeros están sometidos a normas especiales.

La atribución a la mujer casada de la nacionalidad del marido era un principio corriente en la legislación europea, nacionalidad que se adquiría por el solo hecho del matrimonio. Se justificaba este principio por la "unidad moral que debe tener la familia: la ley del marido determina el estatuto de la familia y la mujer debe seguir esa ley" (Planiol y Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. 2, pág. 299). Los fundamentos de este postulado, advierte Niboyet, estriban en el deseo de asegurar en el seno del matrimonio una unidad de nacionalidad muy conveniente desde diversos puntos de vista.

Muestra elocuente de lo expresado es el artículo 12 del Código Civil francés que dispone que la mujer extranjera que contrae matrimonio con un francés toma la nacionalidad de éste. Por su parte el artículo 19 contempla la hipótesis contraria —mujer francesa que se casa con un extranjero— adoptando la misma solución.

Ahora bien, la aplicación de estos principios ha llevado a situaciones curiosas de doble nacionalidad y también de ausencia de toda nacionalidad, por ello el problema no será eficazmente resuelto sino a nivel internacional.

Aquel principio de la legislación francesa ha cambiado mucho y el panorama internacional no es uniforme. Víctor Romero del Prado en su artículo de *Anales de Legislación Argentina*, XXI, A, página 527, esquematizaba, en el año 1961 el panorama de la legislación comparada distinguiendo los siguientes grupos:

- a) Países que admiten la independencia de la nacionalidad de la mujer casada (Estados Unidos con la ley llamada *Cable Act* del año 1922);
- b) Países que someten la desnacionalización de la mujer a una manifestación de su parte (ley belga de 1922);
- c) Países que someten la desnacionalización de la mujer al cambio de domicilio de la misma (ley sueca de 1924);
- d) Países que someten la desnacionalización de la mujer por el hecho de su matrimonio a la condición de la adquisición por aquélla de la nacionalidad del marido según la ley de éste (Japón 1916 - Austria 1925);
- e) Países cuyas legislaciones consagran la pérdida de su nacionalidad para la mujer por el solo hecho del matrimonio (Alemania, ley de 1913 - Inglaterra, 1914);
- f) Países que no tienen leyes sobre el particular o que no han previsto la cuestión de la nacionalidad de la mujer casada (entre éstos la Argentina).

Del análisis de esta evolución se verá que el principio clásico de considerar al matrimonio como causa de adquisición y pérdida de la nacionalidad ha sido poco a poco abandonado abriéndose paso la tendencia hacia la independencia de la nacionalidad de la mujer casada.

40. El problema en nuestra Jurisprudencia.

Ante la ausencia de preceptos legales que rijan la nacionalidad de la mujer casada la jurisprudencia ha debido resolver la situación en que se encuentra la mujer argentina que ha contraído matrimonio con un extranjero, lo mismo que la extranjera casada con argentino. En tal sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema puede dividirse en dos o tres épocas que corresponden a distintas maneras de considerar la cuestión.

En una primera época la Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió que la mujer casada, mientras subsiste íntegro el matrimonio sigue en todo la condición de su marido. Por esto no puede admitirse diversidad en la calidad de sus personas y siendo extranjero el marido debe reputarse extranjera a la mujer (*Fallos*, T. 4, pág. 468; T. 10, pág. 177; T. 40, pág. 225). Recalcó asimismo que este criterio se aplicaba tanto si el derecho que se discute había nacido antes o después del casamiento (*Fallos*, T. 30, pág. 406). Es decir que para la Corte Suprema el hecho del matrimonio significaba el cambio automático de nacionalidad de la mujer (perdía la suya y adquiría la de su marido). Debe tenerse presente sin embargo que esta doctrina fue sentada en pleitos entre esposos.

En una segunda época la Corte precisa —y modifica podríamos decir— su criterio y, en el caso “González Videla v. Torrecillas de Ghisolfi”, sentencia “que por el hecho del matrimonio no surge que la mujer haya de perder su nacionalidad propia y substituir por la de otro su estado o condición política pues la doctrina establecida se refiere solamente al fuero y competencia de las autoridades públicas del país, para el conocimiento de los derechos y cumplimiento de sus obligaciones dentro de él” (*Fallos*, T. 42, pág. 143). Con ese pronunciamiento el matrimonio de personas oriundas de distintos países no causaba otro efecto que asignar a la mujer la nacionalidad del marido sólo en cuanto afectaba el fuero ante el cual debía perseguirse la efectividad de los derechos y obligaciones en que la esposa fuera sujeto pasivo o activo. La doctrina de la Corte se fundaba en la incapacidad de la mujer, sujeta a la tutela y representación de su marido. Por otra parte se imponía al marido el gobierno de la sociedad conyugal (en el régimen del Código Civil) y en realidad “él” era el demandado.

La jurisprudencia de la primera época se fundaba en principios doctrinarios muy arraigados (la unidad de nacionalidad se basaba en la naturaleza misma del matrimonio que hace de dos seres uno y da la preferencia al varón sobre la esposa). Zeballos manifiesta que la solución justa es atribuir a la mujer la nacionalidad de su cónyuge, sin reatos de ninguna especie. Para ello se funda en los artículos 15 y 16 del Código Civil, en las leyes de partidas y en la jurisprudencia española aplicable entre nosotros, aparte del valor

universal de la regla en cuya virtud la mujer sigue la nacionalidad del marido (*La Nationalité*, T. 2, pág. 376). Pero si pudiera ser criticable esta primera época mucho más lo es la doctrina posterior. Es que, como ha dicho Zeballos, la nacionalidad, como la persona, es indivisible, por lo que no puede admitirse que la mujer argentina casada con un extranjero se repunte argentina dentro del matrimonio y extranjera en lo que atañe a la jurisdicción (*ob. cit.*, T. 2, pág. 373).

En el fallo de la Corte Suprema de 1891 (*Fallos*, T. 42) el fiscal Antonio Malaver, fundándose en el texto de las leyes de partida, en el Digesto Romano y en las leyes sobre ciudadanía, sostuvo con gran acopio de fundamentos que en nuestro derecho la mujer argentina casada con un extranjero no perdía su nacionalidad ni adquiriría el derecho de ser juzgada por la justicia federal. Sin embargo la jurisprudencia de la Corte fue seguida en forma invariable, estableciendo la Cámara Federal de la Capital (Jurisprudencia Argentina, T. 3, pág. 710): "La jurisprudencia es constante respecto a que la mujer casada mientras permanezca íntegro el vínculo matrimonial sigue la condición de su marido a los efectos del fuero y por consiguiente no tiene otro domicilio ni otra nacionalidad que la de su cónyuge (caso Querencio vs. Paresce).

A más de las críticas contra la doctrina de la segunda época de la jurisprudencia de la Corte, los otros fundamentos dados (incapacidad) con la sanción de la ley 11.357 perdieron en gran parte su valor.

En un caso resuelto en 1936, aunque tímidamente se rectificó de su anterior criterio (aun cuando se "admitiese" dice, la pérdida de la nacionalidad de la mujer argentina por el matrimonio con un extranjero - *Fallos*, 175; pág. 291). En otro fallo de 1944 estableció que la atribución a la esposa de la nacionalidad del marido sería incompatible con el artículo 67, inciso 11 de la Constitución nacional que dispone que las leyes sobre ciudadanía y naturalización deben sujetarse al principio de la ciudadanía natural, al implicar una causa de creación de nacionalidad prohibida por la Constitución como también el artículo 2º, inciso 7, ley 346 (*Fallos*, T. 199-165).

Es decir que la jurisprudencia de la Corte pasó de una primera época en que sostenía el cambio de nacionalidad de la esposa, a una

segunda en que limitaba tal cambio solamente en lo referente al fuero para desembocar finalmente en lo opuesto, es decir, que el matrimonio no ejercía ninguna influencia sobre la nacionalidad de la esposa.

En la solución de la cuestión no existe ninguna laguna legal que deba ser integrada, dice Belluscio. El silencio de la ley implica precisamente la solución de que el matrimonio no es una causa de modificación de la nacionalidad, solución concordante con el principio del *jus soli* impuesto por la Constitución nacional (*Tratado*, II, pág. 411).

Por lo mismo es acertado sostener que el matrimonio resulta "jurídicamente indiferente" en cuanto a la nacionalidad de los cónyuges y consiguientemente tampoco ejerce influencia alguna el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, la disolución del vínculo, el divorcio, la nulidad de matrimonio ni la separación de hecho.

41. Séptima Conferencia Internacional Americana.

En la misma, celebrada en Montevideo entre el 3 y el 26 de diciembre de 1933 se sancionó una Convención sobre nacionalidad de la mujer por cuyo artículo 1º no debía hacerse distinción alguna basada en el sexo en materia de nacionalidad ni en la legislación ni en la práctica y en consecuencia se admite el principio del derecho de la mujer casada a su nacionalidad (la Argentina se adhirió mediante decreto - ley 9982/57).

42. Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada.

En la 647ª sesión plenaria de la XI Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 1040 (XI) del 29 de enero de 1957 se aprueba el Convenio sobre la nacionalidad de la Mujer Casada. La Argentina se adhiere mediante decreto 3469 del 26 de abril de 1961 (*Anales de Legislación Argentina*, XXI, A, pág. 527). En el mismo se consagra el principio de la independencia de la nacionalidad de la mujer casada, materializándose así el deseo expresado por la Alianza Internacional para el sufragio de la mujer en el congreso celebrado en Roma en 1923: "si se deja a cada país el

cuidado de reglar la cuestión de la nacionalidad de la mujer casada aun en el sentido de la libertad e independencia de la misma, se llegaría a una variedad más o menos grande de legislaciones y por consiguiente originaríanse numerosos conflictos”.

Luego de un Preámbulo en el que las Naciones Unidas se muestran deseosas de cooperar en el respeto y la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, establece: “Artículo 1º: Los estados contratantes convienen en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer. Artículo 2º: Los Estados contratantes convienen en que el hecho de que uno de sus nacionales adquiera voluntariamente la nacionalidad de otro Estado o el de que renuncie a su nacionalidad, no impedirá que la cónyuge conserve la nacionalidad que posee. Artículo 3º: Los Estados contratantes convienen en que una mujer extranjera casada con uno de sus nacionales podrá adquirir si lo solicita la nacionalidad del marido mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada con sujeción a las limitaciones que puedan imponerse por razones de seguridad y de interés público”.

Hasta aquí las disposiciones más importantes del Convenio. Digamos al respecto que nuestra ley de Nacionalidad y Ciudadanía (21.795/78) no parece haber receptado dichas directivas ya que no establece un procedimiento “privilegiado” de ciudadanía y naturalización en caso de matrimonio.

II. DERECHOS Y OBLIGACIONES CONYUGALES

43. De la celebración del matrimonio derivan efectos personales y patrimoniales. Lo más trascendente sin embargo de esta plena comunidad de vida, lo que verdaderamente constituye el vínculo conyugal son precisamente estos derechos - deberes de carácter personal, que ponen en evidencia la plenitud de esa vida en común.

Desde el enfoque jurídico el matrimonio es una relación jurídico familiar en virtud de la cual cada cónyuge obtiene sobre el otro un derecho personal (caracterización amplia de los deberes conyugales)

y absoluto, en el sentido de eficaz *erga omnes*. De este derecho personal, sin una caracterización propia, derivan derechos o pretensiones jurídicas para cada uno de los esposos, pretensiones encaminadas al establecimiento de la plena comunidad de vida, fin primordial del matrimonio.

G) LEY QUE LOS RIGE

44. Estos deberes surgen de la celebración del matrimonio —son jurídicamente exigibles— y caracterizan al matrimonio estado. Cuando se habla de la ley que los rige, se quiere determinar adónde se recurrirá para conocer acabadamente este verdadero plexo de derechos deberes, pues aunque se tienda a una conceptualización “universal” del matrimonio, éste tiene diversas particularidades dentro de cada país aunque en muchos sea semejante. Y entonces estos deberes, ¿serán los que impone la ley del lugar en que se celebró el matrimonio? ¿O la de la nacionalidad de los cónyuges? ¿O acaso aquella que rige donde el matrimonio tiene su domicilio?

El artículo 3º de la Ley de Matrimonio Civil establece que tales deberes son los indicados “por las leyes de la República” mientras los cónyuges permanezcan en ella, cualquiera sea el país en que lo hubieran celebrado. La norma se aparta de su antecedente inmediato, el artículo 160 del Código Civil que preceptuaba: “Los derechos y los deberes de los cónyuges son regidos por las leyes del domicilio matrimonial, mientras permanezcan en él. Si mudasen de domicilio, sus derechos y deberes personales serán regidos por las leyes del nuevo domicilio”. El principio del Código es el del domicilio que es básico en nuestro derecho internacional privado, mientras que el adoptado por la Ley de Matrimonio Civil es el de residencia y esa ley es la que debe aplicar un juez cuando en un juicio tramitado en el país se pone en tela de juicio los deberes y derechos personales del matrimonio y los cónyuges residen aquí, sin importar la ley del lugar de radicación permanente de los esposos ni la del lugar de celebración del matrimonio.

La disposición del artículo 3º de la Ley de Matrimonio ha sido criticada por la doctrina que propicia la vuelta al artículo 160 del Código. El anteproyecto Biliboni, el de 1954 y el de De Gásperi

para la República del Paraguay restablecían el artículo 160 del Código. Contrariamente el Anteproyecto de 1936 se remitía a la ley del domicilio del marido.

Los Tratados de Montevideo de 1889 (art. 12) y de 1940 (art. 14) aceptan el principio del domicilio conyugal, estableciendo este último en el artículo 8º que “el domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde vivan de consuno. En su defecto se reputa por, tal el del marido”.

45. Enumeración legal. Carácter.

La enumeración legal de los deberes - derechos personales del matrimonio que emerge de los artículos 50, 51 y 53 de la Ley de Matrimonio, no debe considerarse de ninguna manera como limitativa. Afirma Llambías que la tal enumeración involucra como consecuencia necesaria otros derechos - deberes tales como el relativo al uso del apellido marital por parte de la esposa, la observancia de hábitos de vida regular, de elementales normas de higiene individual, la obligación alimentaria hacia los parientes por afinidad, el débito conyugal, el amparo a la esposa, el deber de cooperación, etcétera. Y aun cabría distinguir la existencia de otros numerosos deberes morales subyacentes que no llegan a configurarse con un contenido eminentemente jurídico, como son la mutua consideración, al afecto recíproco, el deber de sinceridad, etcétera. Pero cabe aquí recordar que el derecho positivo sólo se limita a preceptuar los derechos y deberes esenciales, el mínimo indispensable, a los efectos del logro del fin perseguido que es el establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges (Llambías, *Código Civil Anotado*, T. I, pág. 485).

El matrimonio no es sólo un vínculo jurídico, sino y principalmente un vínculo moral - espiritual, basado en afectos y sentimientos que implican deberes éticos. Por eso el ordenamiento civil no puede absorber la realidad íntegra de la institución matrimonial y debe limitarse a dar forma de precepto jurídico a aquellas obligaciones morales en mayor medida indispensables al mantenimiento del grupo familiar. Sobre este fondo moral y a efecto de dar a la institución todo su desarrollo se superpone el elemento jurídico, pues como

el matrimonio constituye la base de la sociedad, la ley positiva sanciona esos deberes morales erigiéndolos en obligaciones de derecho que los cónyuges tienen entre sí, con respecto a su prole y también para con la sociedad. Y la violación de tales obligaciones da lugar a sanciones jurídicas. Conviene tener presente el contenido eminentemente moral del matrimonio, pues una conceptualización puramente jurídica nos enfrentaría con una serie de prestaciones exigibles recíprocamente por los cónyuges pero vacías totalmente de contenido y exigibles solamente porque así lo dispone la ley.

H) DEBER DE FIDELIDAD

46. El artículo 50 de la Ley de Matrimonio dispone: "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 por acción de divorcio, sin perjuicio de la que le acuerde el Código Penal".

Toda la trascendencia del matrimonio como institución se pone de manifiesto en el cumplimiento de la obligación de fidelidad. Consiste esta fidelidad, en un concepto de aproximación, en la fe (*fides*) que se deben mutuamente los esposos, fe prometida en la celebración del matrimonio y equivalente a amor con carácter de exclusividad.

El deber de fidelidad hace a la esencia del matrimonio, dice Borda. No se trata efectivamente de una obligación pecuniaria, sino del compromiso de la reserva del propio cuerpo y más aun, del propio ser en límites tales que no se conciben en ninguna otra institución jurídica y que excede en mucho el marco de las obligaciones convencionales. Es una consecuencia del afecto recíproco que impone a los cónyuges la comunidad de vida plena que es el matrimonio. Constituye al decir de Llambías un corolario del *jus ad corpus* que surge del matrimonio, caracterizado en sus fines por la entrega física de un cónyuge hacia el otro (la *traditio corporis*).

La obligación de fidelidad es una consecuencia directa del régimen monogámico que la ley establece, ya que para su desenvolvimiento normal se requiere esencialmente la exclusividad del vínculo. Sin él el matrimonio perdería todo carácter moral.

Si bien este deber ha sido caracterizado como de contenido negativo (Rébora, Prayonnes, Belluscio) se ha señalado también un aspecto positivo, sin confundir éste con el deber de asistencia en su aspecto moral o material. Este aspecto positivo aparecería violado por actitudes tales como el olvido, la prescindencia, el ocultamiento malicioso de la realidad, el menosprecio (Mazzinghi).

Una conceptualización que abarcara ambos aspectos es la que propone Gatti: el aspecto negativo consistiría en el deber de abstenerse de mantener con otra persona relaciones que hieran la honda comunidad de vida que representa el matrimonio; el positivo consiste en el deber de reservar al otro cónyuge todo su afecto y su sentimiento amoroso (Gatti, *Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges*, Madrid, 1959, Nº 32).

De allí que no sólo viola el deber de fidelidad el adulterio, sino también cualquier relación sentimental amorosa con persona del otro sexo que pueda lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge “que afecte el ordenamiento ético jurídico del matrimonio considerado a la luz de la moral natural” (Llambías).

47. Caracteres.

a) *Reciprocidad*. El deber de fidelidad es recíproco en el sentido de que ambos esposos se lo deben mutuamente siendo mutua también su exigencia. Y como característica de esta reciprocidad existe *identidad*, es decir, es el mismo, se caracteriza igual el deber de fidelidad del varón que el de la mujer. Nuestra ley no ha hecho distingos al respecto, pues a diferencia del derecho penal no se distingue entre el adulterio del varón y el de la mujer. Toda relación sexual fuera del matrimonio constituye adulterio para nuestra ley civil. Hay igualdad de trato en este aspecto, igualdad que surge también de la tipificación del adulterio “de la mujer o del marido” que, como causal de divorcio, menciona el artículo 67, inciso 1º de la Ley de Matrimonio. Este criterio igualitario civil ya era consagrado por nuestro Código Civil en los artículos 184 y 204, inciso 1.

Esta igualdad no aparece en cambio en el campo del derecho penal, donde la tipificación del adulterio —como delito— es distinta

para el hombre que para la mujer. Para esta última basta una sola relación sexual fuera del matrimonio. Aquél es preciso que tenga manceba. Ello hizo decir a Rébora que “la obligación que nos ocupa no está impuesta a los dos cónyuges con la misma intensidad. Las costumbres que consienten según sea inculpada la mujer o lo sea el marido, la existencia de dos criterios para la apreciación de una falta análoga, no darían por cierto un punto de apoyo para sostener lo contrario. Tampoco lo daría el derecho que establece condiciones diversas para la represión en uno u otro caso, del delito de adulterio” (Rébora, *La Familia*, Bs. As., 1926, T. II, pág. 92/93). El criterio igualitario de nuestra legislación fue de avanzada dentro del derecho comparado de su época.

b) *Carácter absoluto*. Del mismo artículo 50 de la Ley de Matrimonio deriva este carácter que significa que ninguno de los cónyuges puede excusarse de su propia falta acusando el incumplimiento por parte del otro. El derecho civil no admite compensación de las sanciones que son consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales o compensación de culpas. Se aparta así del derecho canónico (canon 1129).

c) *Indisponibilidad*. Lo imperativo de la disposición legal que analizamos impide cualquier convención por la cual uno de los esposos exima al otro del cumplimiento de este deber, o lo hagan ambos mutuamente. En esto precisamente consistiría la separación de hecho —en algún aspecto— a la cual la ley no le acuerda más que limitados efectos. Este es en realidad un carácter común a todos los deberes emergentes del matrimonio, consecuencia del concepto de orden público que los impregna.

La Ley de Matrimonio Civil establece una serie de derechos y obligaciones para los cónyuges cuyas voluntades no pueden anular y ello ocurre porque el carácter de la ley es de orden público; éste no puede quebrarse merced a una separación de hecho que, como su propio nombre lo indica, no es una situación lícita y los efectos que puede generar son sólo aquellos que la ley le reconoce y que se circunscriben únicamente a los efectos patrimoniales entre cónyuges. Pero los deberes personales permanecen inalterables y ni siquiera la voluntad de las partes pueden derogarlos. Y cualquier con-

vención en este sentido expresa o tácita es nula y no puede ser invocada por ninguno de los cónyuges.

d) *Permanencia*. El deber de fidelidad es permanente, pues subsiste ya vivan en común los esposos, estén separados de hecho o aun divorciados por sentencia de juez competente.

El artículo 208 del Código Civil expresaba claramente: “los esposos que vivan separados durante el juicio de divorcio o en virtud de la sentencia de divorcio tienen obligación de guardarse mutuamente fidelidad y podrá ser criminalmente acusado por el otro el que cometiere adulterio”. Contrariamente la Ley de Matrimonio Civil no contenía una disposición similar. Ello suscitó una larga polémica entre quienes sostenían la persistencia de este deber después del divorcio, considerando innecesaria la existencia de una norma expresa, desde que el divorcio sólo exime a los cónyuges del deber de cohabitación pero no del de fidelidad (J. M. Guastavino, Machado, Busso, Borda, Spota) y la de quienes, basados en la no reiteración en la Ley de Matrimonio de un artículo como el 208 del Código, entienden que este deber no subsiste. “Implicaría imponer al divorciado inocente una vida monacal y casta que sería inhumano mantener frente a la imperatividad del apetito sexual, ya que la ley está hecha para seres humanos normales, con sus debilidades y pasiones y no para héroes” (Enrique Díaz de Guijarro, Eduardo Zannoni).

La jurisprudencia no le fue en zaga a las opiniones aunque inclinándose decididamente por el criterio de la permanencia del deber. Para ello y para solucionar las situaciones “injustas” que podrían presentarse cuando el cónyuge inocente del divorcio incurría en alguna causal de divorcio con posterioridad a la sentencia y sin embargo “conservaba” los derechos derivados de su inocencia, recurrió a diversos medios: permitir la sustanciación de un nuevo juicio de divorcio, o solamente una acción para declarar la culpa o variar la calificación de inocente atribuida al cónyuge en el divorcio o finalmente que simplemente tendían a hacer cesar los derechos derivados del matrimonio (vocación hereditaria, alimentos en su caso y otros) que hubieran subsistido en favor del cónyuge inocente.

El decreto-ley 17.711 al incorporar el artículo 71 bis a la Ley de Matrimonio Civil ha venido a tomar posición y a resolver el problema. Este artículo consagra implícitamente la subsistencia del deber de fidelidad, ya que si admite como posible que uno de los cónyuges (el inocente) pueda incurrir con posterioridad a la sentencia de divorcio en adulterio o cometer infidelidades es porque da por sentado que el deber de fidelidad subsiste. De otra forma no se concebiría una violación a un deber que se extinguió.

Esta solución puede parecer a primera vista chocante, como admite Belluscio. Sin embargo compartimos lo que este mismo autor expresa: "Si las cosas se examinan a fondo se advierte que el criterio seguido es el adecuado. Porque la única sanción de la infidelidad ulterior al divorcio es la pérdida de los derechos derivados del matrimonio que aún subsisten para el inocente y no se advierte cómo, el que ha organizado su vida sexual fuera de la relación que establecía su matrimonio puede moralmente pretender obrar así pero mantener aquellos derechos, de modo de continuar siendo sostenido mediante la pensión alimentaria pagada por el culpable o de heredarlo en caso de fallecimiento, por ejemplo. Claro está que no hay acción contra el culpable infiel, pero no puede haberla porque ya perdió todos los derechos matrimoniales como consecuencia de su culpa en el divorcio. En definitiva, no se trata siquiera de un reproche moral para el divorciado inocente que reorganiza fuera del matrimonio su vida sexual o sentimental, pero parece intolerable que si así procede pretenda a la vez mantener sus derechos contra el cónyuge que dio lugar al divorcio" (*Derecho de Familia*, T. II, pág. 339).

Podría decirse en consecuencia que el carácter de "permanencia" del deber de fidelidad es un tanto especial, dado que está fundado en consideraciones exclusivamente jurídicas y como modo de evitar una situación injusta. Por lo mismo puede sostenerse que el deber de fidelidad no subsiste para el culpable del divorcio, ya que ninguna consecuencia perjudicial podría acarrearle su violación y en la misma situación se encontraría el inocente del divorcio luego de su posterior declaración de culpabilidad.

48. Violación del deber de fidelidad. Sanciones.

Aunque aceptamos un doble aspecto (positivo y negativo o de abstención) en este deber es evidente la supremacía de lo prohibido. Es así que la violación consiste fundamentalmente en transgresiones de lo prohibido. En definitiva la violación es hacer lo que no se debe.

Se ha dicho que existe un cierto paralelismo entre los deberes personales emergentes del matrimonio y las conductas tipificadas por la ley como causas de divorcio (art. 67 de la Ley de Matrimonio).

La violación máxima del deber de fidelidad es el adulterio, en su concepto civil (relación sexual de uno de los cónyuges fuera del matrimonio) y que constituye precisamente una causal de divorcio (inc. 1º, art. 67 L.M.C.). Pero también violan este deber las "infidelidades", es decir, toda relación sentimental amorosa de un cónyuge con quien no lo es. Estas infidelidades estarían comprendidas dentro del concepto de injurias graves, causal ésta también de divorcio.

La violación pues de este deber trae numerosas sanciones, tanto de orden civil como de orden penal. La sanción específica, el castigo que se aplica a quien viola este deber es el divorcio. Con precisión no es el divorcio en sí la sanción, sino la declaración de culpa en éste, con las consecuencias o efectos perjudiciales para quien es así calificado. Estas consecuencias son:

- a) La preferencia, aunque no absoluta, en favor del inocente en lo relativo a la guarda de los hijos;
- b) La pérdida del derecho a alimentos, aunque subsiste aun en este caso excepcionalmente y bajo ciertas condiciones la obligación alimentaria (art. 80 L.M.C.);
- c) La pérdida de la vocación hereditaria (art. 3574, primer párrafo Cód. Civil);
- d) La pérdida del beneficio de competencia (art. 800 inc. 2 C.C.);
- e) El derecho del marido a reclamar el cese del uso de su apellido por la esposa infiel (art. 9 ley 18.248).

Para cierta opinión doctrinaria existe asimismo un derecho a favor del cónyuge inocente para reclamar al adúltero una indemniza-

ción por daños y perjuicios patrimoniales y/o morales padecidos. Algunos extienden este derecho al tercero coautor del adulterio.

Otra sanción importante es la posibilidad de declarar, con posterioridad al juicio de divorcio, la culpabilidad del inocente (art. 71 bis L.M.C.). Asimismo el adulterio posterior al divorcio es causal de pérdida de la vocación hereditaria en acción que se acuerda a los herederos del inocente (art. 3574 C.C.). Igual sanción —pérdida de la vocación hereditaria— le cabe al cónyuge culpable de la separación de hecho (art. 3575 C.C.) y aun al que siendo inocente de la misma incurre en “adulterio o en actos de grave in-conducta moral”.

Algunos autores aceptarían asimismo la posibilidad de aplicar sanciones conminatorias (astreintes) al adúltero hasta que cesen las relaciones extraconyugales. Sin embargo Spota, partidario de las astreintes, reconoce que nuestras costumbres son reacias a esta sanción (Spota, *Tratado*, T. II - Vol. 2, nº 175).

49. Sanción penal.

La única violación al deber de fidelidad incriminada penalmente es el adulterio o mejor el delito de adulterio. El art. 118 del código penal establece: “Serán reprimidos con prisión de un mes a un año:

- 1) La mujer que cometiere adulterio;
- 2) El codelicuente de la mujer;
- 3) El marido, cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal”.

Es decir que el delito queda configurado para la mujer con la consumación del acto sexual, en cambio para el marido se requiere amancebamiento. No es éste el lugar para discurrir acerca del fundamento de la distinta tipificación del delito para el hombre o para la mujer, pero no puede dejarse de advertir el irritante “privilegio” de que goza el varón. Cabe asimismo realizar dos observaciones:

- a) Para que pueda haber delito de adulterio es preciso que el matrimonio entre acusador y acusado sea existente y válido;

b) En cuanto al ejercicio de la acción, el art. 74 del Código Penal establece que no se podrá intentar mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio. Se trata de una verdadera cuestión prejudicial.

1) DEBER DE COHABITACION

50. El matrimonio significa una comunidad plena de vida (*jus ad communionem vitae*). Podríamos decir que es un deber, la cohabitación, y al mismo tiempo constituye la finalidad del matrimonio. Supone el vivir en una casa común de ahí deriva precisamente la palabra casamiento. La ley impone este deber esencial tanto al marido (art. 51 L.M.C.) como a la mujer (art. 53). Ello no obstante no quiere decir que marido y mujer deban estar constantemente juntos.

51. Caracteres.

- a) Es recíproco por más que en el art. 53 L.M.C. aparezca confundido con el deber de la mujer de seguir a su marido a la residencia por él fijada, que es una facultad marital no recíproca y diferente del deber que estamos comentando que, repetimos, sí es recíproco.
- b) De orden público: como en todo supuesto de derechos-deberes emergentes del vínculo matrimonial, nos encontramos ante atribuciones o poderes indisponibles. No se concibe la renuncia de aquellos “derechos concedidos menos en el interés particular de las personas que en mira del orden público” (art. 872 C.C.). En esto reside precisamente la esencia de la separación de hecho (la situación en que se encuentran los cónyuges que, por propia determinación convienen en eximirse del deber de cohabitación). “De ese acuerdo que se aparta de la ley imperativa y por lo tanto que nos enfrenta ante un acto jurídico nulo por objeto prohibido —nos dice Spota— (arts. 21, 953, 1044 y 1047 del C.C.) podrán surgir consecuencias como hecho jurídico o acto nulo (art. 1056) v. gr. para acreditar una vida separada de hecho con sus repercusiones en lo atinente al ámbito patrimonial del ma-

trrimonio o en lo relativo al derecho sucesorio entre cónyuges o aun en lo referente a la configuración de una causal de divorcio, pero carece de eficacia para impedir por sí solo que las obligaciones inherentes a las relaciones personales entre los cónyuges sean exigidas por uno de ellos frente al otro" (*Tratado*, Tomo II, vol. 2, pág. 153).

- c) No permanente. - c¹): El deber de cohabitación se suspende "provisoriamente" durante el juicio de divorcio. En ello consiste precisamente la "separación judicial provisoria" (art. 3575 - 1er. párrafo, última parte C. Civil). Esta separación judicial provisoria que no siempre se decreta en los juicios de divorcio, aparece quizá en algunos encubierta dentro de las medidas que autoriza el art. 68 de la L.M.C. (exclusión del hogar conyugal o el antiguo "depósito de la mujer en casa honesta"). - c²): El deber de cohabitación también se suspende, o se extingue según algunos, en caso de divorcio decretado (art. 72 L.M.C.). Esta es la configuración exacta del divorcio argentino, llamado por lo mismo separación judicial o separación de cuerpos. El divorcio es la eximición judicial del cumplimiento del deber de cohabitación, autorizándose una vida separada de los cónyuges. - c³): Causas de divorcio imputables al otro cónyuge. En tal caso no incumple el deber de cohabitación el cónyuge que se aparta de la vida en común, ya que la existencia de esta causal hace intolerable la vida en común y no puede obligarse a uno de los cónyuges a una conducta "heroica". Por otra parte la promoción de la demanda de divorcio es una facultad potestativa del cónyuge no existiendo interés social en imponerle la promoción de tal juicio. - c⁴): La existencia de motivos que creen una presunción de peligro para la vida del cónyuge (art. 53 L.M.C.) o de situaciones de hecho pueden autorizar el incumplimiento transitorio del deber de cohabitar y deben ser apreciadas prudencialmente por los jueces en cada caso particular (*Belluscio, Derecho de Familia* - T. II, pág. 381).

52. El débito conyugal.

Para algunos autores (Borda, Spota, Llambías) el *debitum coniugalis* o relación sexual matrimonial forma parte del deber de cohabitación que no sólo alcanza a la obligación de vivir bajo un mismo techo y compartir la misma mesa, sino también la satisfacción de las comunes necesidades sexuales (Borda, *Tratado*, I, pág. 190 - Spota, *Tratado*, pág. 159 - Llambías, *Código Civil anotado*, T. I, pág. 541). Digamos que, a diferencia de la legislación canónica (canon 1111) este deber no se configura expresamente en nuestra ley. Por ello hay quien sostiene que la comunidad de habitación y el débito conyugal son aspectos distintos de un conjunto más amplio de derechos y deberes que pueden ser denominados "vida conyugal" (Busso, *Código*, T. II, art. 51 L.M.C. Nros. 3 y 4; Belluscio, *Tratado*, T. II, pág. 386). Pero ya se lo entienda como una subespecie del deber de cohabitación, como parte integrante de éste o como aspecto distintivo de la "vida conyugal" es indudable la existencia de dicho deber en nuestro régimen personal matrimonial.

Mal podría ignorarse su existencia ya que es un deber que hace al cumplimiento de fines esenciales de la unión de la pareja humana (remedio de la concupiscencia y perpetuación de la especie) y su violación acarrea lógicamente sanciones civiles para el incumplidor.

Manifiesta Llambías que tratándose de relaciones que hacen más a la íntima sensibilidad y al sentido del pudor inculcado en cada uno de los cónyuges deben desarrollarse en condiciones que no signifiquen un menoscabo o ultraje para ninguno de ellos.

Este derecho comprendería una doble actividad: positiva en cuanto a la realización de la cópula perfecta y omisiva en cuanto a la exclusión de cualquier otra persona del uso del cuerpo del otro cónyuge, aunque este segundo aspecto, a nuestro criterio se relacionaría más bien con el deber de fidelidad.

Esta entrega (*traditio corporis*) debe entenderse no como una simple prestación, aunque de contenido muy particular y exigible sin más por la celebración del matrimonio, sino como la culminación de las relaciones afectivas que importa el matrimonio. Su

exigencia debe ser legítima es decir encaminada a lograr los fines que la ley tuvo en miras al reconocer tal derecho. Si bien es cierto que en la generalidad de los casos las leyes no dicen con qué fin se concede un derecho, en el derecho de familia el fin implícito tiene significativa gravitación. La finalidad de la ley es lograr entre los esposos una “plena comunidad de vida” y hacia ese fin debe estar orientado el ejercicio de este derecho, cuya práctica debe desarrollarse en condiciones que no signifiquen un menoscabo o ultraje para ninguno de ellos.

En toda esta materia no caben generalizaciones que podrían resultar muy peligrosas. En caso de conflicto debe estarse a la muy prudente apreciación judicial y teniendo en cuenta particularidades del mismo.

53. Incumplimiento del deber de cohabitación. Sanciones.

El incumplimiento del deber de cohabitación por uno de los cónyuges no puede dar lugar a medios compulsivos directos para lograr su ejecución forzada prohibida por el artículo 629 del Código Civil.

En caso de negativa de la mujer a cohabitar o a seguir a su marido en el domicilio que éste fijara o a reintegrarse al hogar conyugal, el marido puede solicitar “las medidas judiciales necesarias” (art. 53 L.M.C.) bajo apercibimientos de cesar los alimentos o, como se ha señalado, de lo que hubiere lugar en derecho (Borda). La disposición de la ley de matrimonio civil es una suerte de transcripción mejorada del art. 187 del C.C. En éste se establecía que las medidas a tomar por el marido eran “policiales”. El texto pues del código atribuía al marido la facultad de requerir el auxilio de la fuerza pública para hacer retornar al hogar a la mujer que lo hubiera abandonado.

Las medidas judiciales ahora autorizadas no significan solamente un cambio de procedimiento. Consisten en una verdadera intimación a que la mujer se reintegre al hogar y sólo puede ser decretada previa audiencia de ella, y en su caso, apertura a prueba si alegare motivos que justifiquen la negativa. De todos modos, como asegura Belluscio, el procedimiento es poco usado ya

que si existe abandono del hogar se recurre directamente al divorcio.

En caso de negativa a la orden judicial de reintegro cabría para el esposo la posibilidad de negarle alimentos a su cónyuge (art. 53 L.M.C.). Tal intimación previa tendría como consecuencia la constitución en mora de la esposa.

Respecto de las sanciones civiles, el incumplimiento del deber de cohabitación tipifica una de las causales de divorcio: "el abandono voluntario y malicioso del hogar". Por supuesto que tal sanción (la declaración de culpabilidad en el divorcio) tendrá lugar siempre que el abandono no obedezca a una causal justificante como la que trae el mismo artículo 53 L.M.C. in fine o la fijación abusiva del domicilio conyugal por parte del marido o todo motivo que así lo haga aparecer en la apreciación judicial que se haga del caso.

Asimismo la negativa al débito conyugal que implique la voluntad de un comportamiento contra los fines del matrimonio es injuria grave, causal de separación personal de los esposos (art. 67, inc. 5º L.M.C.). Dice Azzolina: "Si es verdad —como indudablemente es verdad— que el *remedium concupiscentiae* constituye uno de los fines del matrimonio y que por lo tanto importa la *traditio corporis* de un cónyuge al otro; si es verdad, independientemente de esto, que la entrega física de los cónyuges representa la primera y más fundamental manifestación del afecto y de la solidaridad que deben reinar entre ellos, no puede dudarse que la negativa a brindar el débito tenga todas las características de la injuria grave e intolerable, siempre que —como se ha dicho— no resulta justificada por serios motivos" (*La separazione personale dei coniugi*, 3ª edición, pág. 105, nº 35).

En nuestro derecho debe desecharse la posibilidad de que el incumplimiento del deber de cohabitación dé lugar a una acción por daños y perjuicios. No es ésta, sin embargo, la opinión de Spota: "El incumplimiento injustificado del deber de cohabitación significa un acto contraderecho, es decir, un acto ilícito. De ello resulta la procedencia de la aplicación de las reglas que rigen la responsabilidad extracontractual o aquiliana, con las consecuencias

de las obligaciones de reparar el cónyuge incumpliente a su consorte el daño patrimonial y en particular el daño moral que le ocasione" (*Tratado*, Tomo II, vol. 2, pág. 189). Tampoco se concibe la aplicación de multas judiciales compulsorias (astreintes) para vencer la voluntad del cónyuge que no cumple con este deber. Solamente Spota las encuentra procedente en nuestra doctrina.

54. Derecho marital de elección de la residencia común.

Si bien la obligación de cohabitar es recíproca, el marido tiene derecho de fijar el domicilio conyugal (art. 53 L.M.C.), atribución que es además un deber del esposo que debe cumplir, al decir de Spota, so pena que si adopta una conducta omisa o si pretende establecer tal residencia de modo que no concuerde con las circunstancias personales de ambos cónyuges se origine una causal de divorcio: la de injuria grave o la de abandono del hogar.

A este derecho marital corresponde el deber jurídico de la mujer de aceptar la decisión, ya que recae sobre ella la obligación de cohabitar con su marido donde quiera que éste fije su residencia. Pero el marido no puede abusar de su derecho de elección sino que debe ejercerlo dentro de límites razonables, debe proceder funcionalmente, en el plano de la institución matrimonial. La misma ley repudia el ejercicio abusivo de este derecho amparando a la mujer cuando el cumplimiento de su obligación importe "peligro para su vida" (art. 53 L.M.C., última parte). No significa esto que sólo se comprende el peligro físico o el riesgo para la salud de la esposa. La expresión es extensiva a la "familia" por lo que la mujer tiene en estos casos una verdadera pretensión accionable a fin de que se le brinde una habitación en la cual no exista peligro para ella y sus hijos. Y ese peligro no es sólo el físico sino, como ya nuestra doctrina clásica supo comprender, también el moral.

En líneas generales, como expresa Llambías debe tenerse en cuenta que el lugar elegido para domicilio conyugal debe constituir un ámbito habitable adecuado a las condiciones personales y sociales de los cónyuges, tanto en lo físico como en lo ético y aun en lo psíquico (*Código Civil anotado*, T. I, pág. 540).

La facultad que la ley acuerda al marido robustece el carácter implícito que le atribuye de “jefe del hogar”. Sin embargo esta prerrogativa, como otras que le otorga, no significa más que darle un medio para cumplir una función. No es propiamente un beneficio que otorga al marido, sino el medio para cumplir sus mayores responsabilidades.

Si el marido no cumple con su deber de brindar a su cónyuge una vivienda que resulte conveniente para la familia, la mujer puede rehusar la cohabitación, sin que esto signifique el incumplimiento deliberado de este deber, porque su conducta está justificada, e incluso sin que preceda a su conducta la “autorización judicial” que menciona el legislador. Esta autorización no sería un requisito previo ineludible para dispensar del deber de cohabitación.

En resumen encontramos correcta y exacta la conclusión que sobre la interpretación del artículo 53 L.M.C. nos da Spota: “ni cabe negar que atañe al marido un poder de decisión sobre la elección del asiento de la familia ya que la ley ha huido, en esta materia, de una dirección bicéfala ni procede desconocer que la mujer tiene la facultad de negarse a cumplir con el deber de la cohabitación todas las veces que la conducta marital en el ejercicio de su prerrogativa se revele desviada de la función ética y social de ese derecho subjetivo. El abuso del derecho por parte del marido —puesto de manifiesto por una decisión arbitraria, desmesurada o adversa a las sanas exigencias morales y materiales de la familia— es repudiado por nuestro ordenamiento legal. La interpretación del artículo 53 L.M.C. que no se ciña a ese fundamental principio de ordenamiento legal no es de nuestra época que rechaza una concepción de tal prerrogativa marital que tiende a colocar a la mujer en una situación de inaceptable sujeción o esclavitud, lo cual no observa armonía con la mens legislatoris” (*Tratado*, Tomo II, vol. 2, pág. 182).

55. Separación de hecho.

Es la situación jurídica de los esposos que, sin que exista previa decisión del órgano jurisdiccional, se eximen por voluntad consensual o unilateral de la obligación de cohabitación. Es la definición de Elías Guastavino (*Divorcio*, en Revista Forense, Santa Fe, 1967, pág. 40). Morello (*Separación de hecho entre cónyuges*) la define diciendo que queda tipificada "cuando los esposos, sin previo o formal proceso, sin mandato jurisdiccional y sin que las circunstancias impongan tal conducta, consienten por sí, en forma unilateral por el abandono, que puede ser recíproco o por acuerdo común, cuando se trate de la separación propiamente dicha, la ruptura permanente de la cohabitación, deber que la ley les impone por igual desde el momento que contraen justas nupcias".

Se mencionan como elementos necesarios de tal separación:

- a) Un elemento material: la desunión permanente durante un tiempo suficientemente extenso que permita considerarla definitiva;
- b) Un elemento psíquico: la voluntariedad, el ser querido y no impuesto por ejemplo por causa de fuerza mayor;
- c) Un elemento de publicidad (trascendencia) sobre todo en relación con los terceros;
- d) Invocabilidad condicionada, en el sentido de que la facultad para alegar la separación se limita a determinado cónyuge.

Se trata de establecer cuál es la validez de los convenios de separación en cuanto implican una dispensa mutua del deber de cohabitación.

No existen dudas de que un convenio de tal índole resulta nulo por tener un objeto prohibido (arts. 21, 953, 1044 y 1047 C.C.) por lo que carece en absoluto de eficacia para impedir que las obligaciones inherentes a las relaciones personales entre los cónyuges sean exigidas por uno de ellos frente al otro. Este convenio carece de validez legal en cuanto se pretenda acordarle efectos que impidan a uno de los cónyuges cumplir y exigir el cumplimiento de los deberes personales que emanan del matrimonio en cuanto al cónyuge

requerido no le asista una justa causa para rechazar tal requerimiento.

Por lo mismo uno de los esposos puede ejercer, en lo que al deber de cohabitación se refiere y maguer la existencia de tal pacto, el derecho que le acuerda el artículo 53 de la L.M.C. para intimar al otro cónyuge a reintegrarse al hogar. Conviene remarcar aquí que el régimen jurídico de los deberes personales emergentes del matrimonio es si se quiere más rígido que el de los bienes, pues no deja margen para la autonomía de los cónyuges, los que no pueden modificar o dejar sin vigencia los deberes que les impone el régimen legal de los efectos personales. Aclara sin embargo Spota que un convenio de separación que no ataque los deberes personales emergentes del matrimonio tiene una vigencia pro tempore, mientras no se opere la reconciliación de los esposos o se produzca la intimación al reintegro al hogar. Desde tal punto de vista estos convenios no ofenden nuestro ordenamiento legal (*ob. cit.*, pág. 26).

Kemelmajer de Carlucci considera que estos pactos no son en sí mismos ilícitos ni violatorios de la moral ni de las buenas costumbres. Entiende por lo mismo que el pacto, en lo que refiere al deber de cohabitación es esencialmente revocable, aunque esta facultad revocatoria no puede ser ejercida abusivamente (*Separación de hecho*, pág. 30). Por lo mismo no puede sostenerse que tales convenios no produzcan efecto alguno. En lo referente al aspecto patrimonial del matrimonio existen dos disposiciones expresas del código que refieren a la exclusión de la vocación hereditaria (art. 3575) y a la participación por el culpable en los gananciales adquiridos por el inocente después de la separación (art. 1306).

Belluscio, a más de mencionar la incidencia que la separación de hecho tendría sobre los deberes de fidelidad (que no puede ser derogado por voluntad de los cónyuges pero cuya violación debe ser apreciada con mayor estrictez) y de asistencia (en la que tiene una mayor incidencia, como se verá más adelante) afirma que el convenio de separación de hecho:

- a) Puede constituir la prueba de la separación de hecho para hacer valer las consecuencias legales de ésta;

- b) Erigirse en un eficaz medio de prueba contra una imputación de abandono voluntario y malicioso (*Tratado*, T. II, pág. 385/386).

En la práctica, aun teniendo en cuenta la imperatividad e inderogabilidad del deber de cohabitación, existe la posibilidad que nada ocurra mientras quienes suscribieron el pacto no pretendan la reconstitución de la vida en común o hacer valer los efectos propios de la separación, ya que no puede un tercero reclamar el cumplimiento del deber de cohabitación. Con ese acuerdo se persiguen incluso fines tutelados por nuestro derecho ya que la vida separada resulta en ciertos casos explicable. El propio derecho canónico autoriza una separación de factum, por autoridad propia, ya sea ésta temporal (canon 1131) o perpetua (canon 1129).

J) DEBER DE ASISTENCIA

56. La ley de matrimonio civil no alude al deber de asistencia. El artículo 51 se refiere únicamente a la obligación del marido de prestarle a la esposa "todos los recursos que sean necesarios" es decir a la obligación estrictamente alimentaria o aspecto material del deber de asistencia.

Podríamos definir a este deber de asistencia como el deber de mutua ayuda económica y espiritual, de asistirse en las dolencias y en la vejez, de sufrir y aceptar las situaciones derivadas de la pobreza o enfermedades de uno de los esposos, en suma de compartir alegrías y penas (Borda).

Aunque la ley argentina no menciona este deber de asistencia con el alcance antes dado, no puede desconocerse que surge sin muchas hesitaciones de considerar la propia naturaleza o esencia del matrimonio que, si supone o tiende a lograr una plena comunidad de vida no se concebiría ésta sin la colaboración y la ayuda entre los esposos. La ley italiana de 1975 es explícita en este sentido al disponer en el nuevo artículo 143 que del matrimonio deriva la obligación recíproca de fidelidad, de asistencia moral y material, de colaboración en el interés de la familia y de cohabitación.

La doctrina nacional está conteste en la existencia de este deber. Spota define a la asistencia moral como “la obligación de hacer consistente en auxiliarse mutuamente en lo físico, intelectual, moral y afectivo y en particular en las enfermedades o infortunios, con el deber de brindar un esposo al otro los cuidados que estos hechos exigen, sin rehuir tal prestación pese a las desventajas o molestias que deriven de su cumplimiento” (*Tratado*, T. II, vol. 2 N^o 1779) y más adelante agrega que “significa un recíproco auxilio moral y físico y la prestación de los cuidados y de la dedicación que en el mundo de lo afectivo y de lo intelectual impone esa plena comunidad de vida que es el matrimonio”.

Llambías expresa que “el matrimonio, comunidad de vida plena supone para el logro de sus fines una solícita y afectuosa interdependencia activa entre los cónyuges. La nota de solidaridad, cada vez más subrayada entre las que deben primar en la sociedad moderna alcanza una particular intensidad en el matrimonio, célula básica de aquélla en tanto se ve calificada por el acendrado sentimiento de amor que debe mediar entre los cónyuges. Precisamente el deber de asistencia es la objetivización jurídica de ese sentimiento de alto contenido ético que en su amplia gama de manifestaciones comprende una recíproca disposición de afecto, estimación, respeto, dedicación, auxilio moral y físico y hasta de sacrificio y postergación personales en aras de la relación conyugal” (*Código Civil anotado*, T. I, pág. 493, n^o 1).

Entre los caracteres de este deber de asistencia así entendido, diremos que es recíproco, ya que ambos cónyuges se lo deben mutuamente. De orden público puesto que nace por voluntad de la ley y no puede ser materia de convención entre los esposos (sin perjuicio de la incidencia de la separación de hecho y el alcance de los convenios entre los cónyuges en lo referente a esta materia). Es asimismo permanente, en el sentido de que subsiste —aunque con importantes modificaciones y limitaciones— a pesar del divorcio. Con éste cesa evidentemente el deber moral de asistencia.

57. Modo de cumplimiento.

Si bien como se ha visto el deber de asistencia comprende un aspecto moral y material, la ley finca su regulación específica en este último aspecto, es decir, legisla el deber alimentario entre cónyuges.

58. Obligación alimentaria. Contenido.

El vocablo "alimentos" tiene jurídicamente, al decir de Julio López del Carril, una acepción técnica más extensa que la que le asigna el lenguaje común y su misma esencia. Comprende en general lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y educación correspondiente a la intercondición del que la recibe y del que la presta y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades (*Derecho y Obligación Alimentaria*, pág. 13).

En nuestro derecho no existe un concepto de lo que se entiende por alimentos. El artículo 372 C.C. es comprensivo de lo que integra la prestación alimentaria. Sin embargo, a más de insuficiente, no caracteriza correctamente la peculiar obligación alimentaria entre cónyuges. También el artículo 51 de la I.M.C. contiene una noción amplia de los alimentos entre cónyuges cuando establece, caracterizando la del marido, que éste debe dar a su mujer "todos los recursos necesarios".

El deber alimentario entre esposos reviste un carácter distinto del que surge del parentesco ya que emerge no de una relación biológica sino de un acto jurídico, el matrimonio, y siendo exigible con mayor rigor por cuanto hasta el cónyuge culpable puede reclamarlos en caso de necesidad absoluta (art. 80 L.M.C.). Guarda sin embargo cierta similitud con los alimentos debidos por los padres a sus hijos menores. Por ello puede afirmarse que la obligación alimentaria entre cónyuges se rige por las reglas establecidas para el cumplimiento de este deber entre parientes (arts. 367 y siguientes del Código Civil) aunque con la salvedad de las diferencias que su propia naturaleza admite (Llambías, Lafaille).

Los alimentos entre esposos no son otra cosa que una manifestación de un deber surgido más allá de toda idea de patrimo-

nio y su cuota pecuniaria excede a la simple obligación de dar una suma de dinero para proyectarse con nitidez como deber ético y moral que el derecho ha recogido y transformado en deber jurídico (Zannoni, *Derecho y obligación alimentaria entre cónyuges*, pág. 20).

La obligación alimentaria entre cónyuges tiene su regulación jurídica en el artículo 51 de la L.M.C. que en la vida normal del matrimonio la contempla en los términos generales del recíproco deber de asistencia que impone. Por interpretación de esa norma, los alimentos se prestan en principio y normalmente en especie mediante el suministro de todo lo necesario para satisfacer las necesidades de la vida y en definitiva se concreta en la participación, el goce y consumo de las rentas de la familia (*El Derecho*, T. 44, pág. 334).

Esta satisfacción de las necesidades debe estar asimilada al nivel social, cultural y económico de los esposos. Durante el matrimonio los alimentos que debe prestar el marido han de ajustarse en forma adecuada a la vida conyugal común. Es decir que la atención alimentaria se desarrolla adecuándola a la vida del matrimonio y relacionada con los recursos del marido, a la condición socio económica de éste (Eneccerus-Kipp y Wolff, *Familia*, T. I, pág. 201).

En cuanto al modo de cumplimiento normal, si bien la obligación alimentaria debe ser satisfecha en especie (proporcionar vivienda, vestido, atención médica, cubrir los gastos del hogar, las recreaciones, etc.) nada obsta a que se lo haga en dinero. Mazzinghi añade que el lugar de cumplimiento de esta obligación es el hogar.

59. Caracteres.

La obligación alimentaria entre cónyuges es: a) *Recíproca*: Es decir se la deben mutuamente los esposos. Esta reciprocidad no aparece quizá durante la vida del matrimonio, pero sí en caso de divorcio. Es una peculiaridad de nuestra ley: la obligación que se impone al marido en el artículo 51 de la L.M.C. (prestar a la esposa todos los recursos necesarios) no aparece en cabeza de la mujer para con el marido. Es decir que si bien la obligación ali-

mentaria es recíproca no por ello es idéntica, ya que pesa en mayor medida sobre el marido. Llambías se expresa diciendo que el marido es el obligado principal mientras que la esposa lo es en forma subsidiaria (aparece en caso de que el marido, por escasez de recursos no pueda prestarlos) (*Código Civil anotado*, T. I, pág. 494/5). El carácter de recíproco del deber alimentario aparece con nitidez en el código civil italiano (art. 145: la mujer debe contribuir al sostenimiento del marido si éste no tiene medios suficientes).

Esta obligación alimentaria que tiene el marido para con su esposa, más que caracterizarse por cubrir las necesidades de ésta (concepto estricto de alimentos) se relaciona con una suerte de derecho de la esposa a participar en el goce de las rentas del marido. Se pone el acento más en el alimentante (el esposo) que en la alimentada (la esposa) a diferencia de la obligación alimentaria entre parientes, en que en principio se atiende a las necesidades del alimentario.

De allí que los alimentos entre cónyuges deben prestarse de acuerdo a la clase social (status) del marido, sin interesar la clase social de la que procede la esposa. Pero también y para el caso inverso "la mujer debe acomodar su existencia al nivel en que su marido pueda mantenerla" (J.A. 1944, T. III, pág. 269). En otras palabras, si las rentas o ingresos del esposo son cuantiosos y permiten un vivir más "holgado" esa es la medida del derecho que tiene la mujer en el matrimonio. Si por el contrario dichas rentas son mínimas y aun cuando no cubran todas las necesidades de la esposa, a aquel nivel debe adaptarse ésta. Hay una suerte de compensación entre ambas situaciones.

A diferencia también de la obligación alimentaria entre parientes no es necesario que la esposa carezca de medios de subsistencia y de aptitud para adquirirlos con el trabajo, sino que es deber del marido el de "sostener" a la esposa aun cuando ésta se halle en condiciones de proveer a su manutención por sí misma. Por ello se dice que, más que un derecho alimentario, la esposa tiene derecho a participar de las "rentas" de su marido. De allí que, en caso de llegarse a la fijación de una cuota alimentaria judicial en

favor de la esposa, ésta debe tender, más que a cubrir sus necesidades, a mantenerla en el mismo nivel del que gozaba antes del quebrantamiento de la convivencia. b) *Es permanente*: La obligación alimentaria, en la forma caracterizada por la ley, se mantiene a pesar de la separación judicial de los cónyuges, aunque se altere su naturaleza. Lo que antes era una participación en las rentas se transforma en un derecho creditorio contra el otro cónyuge (Llamábás). Varía también el alcance de la prestación, ya que puede llegar a lo mínimo indispensable en el caso de ser uno de los cónyuges culpable del divorcio.

Aparentemente puede en cambio cesar (decimos aparentemente pues en realidad este deber no cesa definitivamente) en algunas situaciones contempladas por la ley (negativa de la mujer a cohabitar) o por la jurisprudencia (tenencia de medios propios de subsistencia por la esposa). Precisamente en esta situación y no obstante lo dicho, no puede dejarse de lado el contemplar la “ausencia de necesidad de la mujer” de recurrir a su sostenimiento por su marido. Es el caso en que ambos tengan ingresos propios similares. c) *Irrenunciable*: En cuanto al derecho, por lo que nada pueden convenir las partes a su respecto y cualquier renuncia sería nula y de ningún valor. Esta irrenunciabilidad del derecho abarca asimismo la irrenunciabilidad de las cuotas futuras de alimentos, pero no las devengadas y no percibidas que sí pueden renunciarse. d) *Es imprescriptible*: En el sentido de que nunca se pierde el derecho aunque no se lo ejercite, lo que no debe confundirse con la prescripción de las cuotas devengadas y no percibidas.

60. Incumplimiento de la obligación alimentaria.

El deber alimentario entre cónyuges es uno de los que admite su cumplimiento compulsivo. Es así que la consecuencia principal del incumplimiento de este deber es la posibilidad que el alimentario reclame judicialmente su cumplimiento a través de una acción específica concretada en un juicio típico: el de alimentos.

Otra consecuencia es la posibilidad de iniciar juicio de divorcio, con la culpabilidad del incumpliente, ya sea por la causal

de injurias graves, como lo ha admitido la jurisprudencia, como por la de abandono voluntario y malicioso del hogar.

En el campo del derecho penal, el incumplimiento de la obligación alimentaria puede tipificar el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar penado por la ley 13.944. La pena va de un mes a dos años de prisión o multa. Se trata de un delito de acción privada.

61. Caso de separación de hecho.

Ha sido materia de arduas polémicas jurisprudenciales el reconocimiento del derecho alimentario de la esposa separada de hecho de su marido.

Según el primitivo criterio (Cámara Civil Cap. 27/8/1887) el derecho de alimentos sólo se reconocía en caso de que la mujer cohabitase con su esposo, salvo en los casos del artículo 68 de la L.M.C. (promoción por la esposa de juicio de divorcio o casos de urgencia). Lo contrario implicaba dar amparo legal a una situación "ilegal" cual era la separación de hecho, esto es el incumplimiento del deber de cohabitación. Puede decirse que imperaba el principio de que la obligación alimentaria descansaba en la cohabitación aunque este principio absoluto fue dejado de lado, pero en circunstancias excepcionales.

Este criterio fue muy criticado por la doctrina, sosteniéndose que en nuestro derecho positivo el deber de asistencia y ayuda mutua que incide sobre los cónyuges no deriva de la cohabitación, sino del vínculo matrimonial. Sin ninguna duda afirma Morello (*Separación de hecho entre cónyuges*, pág. 230, nota 305) ha sido Spota quien ha trabajado con mayor empeño y éxito en lograr las bases sistemáticas encaminadas a comprender y regular la obligación alimentaria entre cónyuges separados por propia decisión.

Afirma precisamente Spota que para llegar a una justa solución es innegable partir de esta premisa: en nuestro derecho positivo el deber de asistencia y ayuda mutua que incide sobre los cónyuges no deriva de la cohabitación sino del vínculo matrimonial. O sea que el fundamento de la obligación alimentaria de la esposa es el vínculo conyugal. Esta opinión de la doctrina provocó el cambio de

orientación en la jurisprudencia que se inicia en 1939 con un fallo de la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal que aceptó el pedido de alimentos sin la previa deducción de la demanda de divorcio. Esta corriente jurisprudencial, que es la actual, prescinde del cumplimiento del deber de cohabitación. “La mujer separada de hecho invocando esa sola circunstancia puede obtener que se le fijen alimentos a cargo del marido” (*La Ley*, T. 83, pág. 119). “El deber alimentario impuesto al marido por el artículo 51 L.M.C. deriva directamente de la relación jurídica matrimonial existente entre las partes con independencia de la hipótesis eventual de divorcio o de separación, situaciones distintas específicamente contempladas en los artículos 68, 79 y 80 de la aludida ley” (*Sup. Tribunal de Santa Fe*, en R.S.Fe., t. 16, pág. 165 y 184).

Vinculando el tema con la disposición del artículo 53 de la L.M.C. (si la mujer no cohabita podrá el marido negarle alimentos) se ha resuelto que, para que funcione el apercibimiento legal es necesario que medie sentencia de divorcio por su culpa (y aún en este caso subsistiría, aunque atenuada, la obligación alimentaria) o bien que mediante proceso ordinario el esposo obtenga sentencia firme que disponga la intimación a la mujer a reintegrarse al hogar y esa intimación sea desoída. O sea que la medida judicial prevista en el artículo 53 de la L.M.C. requiere un trámite ordinario y la consiguiente sentencia.

Julio López del Carril afirma que la mujer separada de hecho que peticiona alimentos a su marido sólo debe probar: a) El vínculo; b) Que está separada de hecho y que tiene justificados motivos para no reintegrarse al hogar; c) El caudal económico de su marido (*ob. cit.*, pág. 287).

En cuanto a la “medida” del derecho alimentario de la esposa separada de hecho algunos fallos sostenían que no debía guardar absoluta proporción con los ingresos del marido. Esta situación ilegal, decían (la separación de hecho) no acuerda el privilegio de ser tratada en un plano de igualdad con la que convive en el hogar. Morello se muestra decididamente contrario a esta interpretación. “Si es evidente que le asiste pleno derecho a los alimentos por cuan-

to su título emana del matrimonio mismo sin estar forzada a promover en forma previa o concurrente un proceso de divorcio (aunque le asista razón para accionar en ese sentido) no se advierte el motivo de esa decapitación o limitación del *quantum* de la cuota. Ni la separación es una situación anómala (en el sentido peyorativo de infamante si bien sea irregular respecto del connubio) ni hay razones para dar preferencia a la mujer que sigue en el hogar tal vez sacrificando la propia dignidad y sin ningún lazo afectivo y perdurable" (*Separación...* pág. 239/240).

Se ha decidido también jurisprudencialmente que el incumplimiento por parte de la mujer separada de hecho del deber de fidelidad es suficiente motivo de la negativa de pasarle alimentos. Esta solución dice Belluscio no tiene claro apoyo en la ley de matrimonio civil, mas la hace aceptable su claro fundamento moral ya que no resulta admisible desde ese ángulo que la esposa que tiene relaciones sexuales o equívocas con terceros, pretenda ser sostenida económicamente por el marido.

62. Regulación convencional del derecho alimentario.

Suele ocurrir, cuando la separación extrajudicial es el fruto de un convenio entre partes, que éstas pacten amistosamente las normas a que someterán esta nueva situación y entre otros aspectos, cómo se han de prestar los alimentos a la esposa. Estos pactos, muy comunes por otra parte, son esencialmente revocables, cualquiera de los cónyuges puede denunciarlos y exigir o la reanudación de la convivencia o el divorcio. En lo referido específicamente a la regulación de la obligación alimentaria allí pactada tales pactos son en principio válidos y ejecutables judicialmente.

En este sentido se ha sostenido también que tales pactos tienen validez provisoria y pueden ser denunciados no sólo por la alteración de las circunstancias tenidas en cuenta al otorgarlo, sino también por no ser justo (Belluscio).

Queda fuera de consideración el caso en que, en tales pactos se haya renunciado a la prestación alimentaria y en que se daría

la nulidad de tal cláusula porque el derecho a los alimentos es irrenunciable y no está dentro de lo que las partes pueden disponer libremente.

63. Los alimentos durante el juicio de divorcio.

El artículo 68 de la L.M.C. establece: “deducida la acción de divorcio o antes de ella en caso de urgencia podrá el juez... fijar los alimentos que deben prestarse al cónyuge a quien correspondiere recibirlos”. Es el caso de los alimentos llamados “provisorios”. Estos alimentos tienen su fundamento en la necesidad de uno de los esposos. No se prejuzga en este caso sobre el resultado definitivo del divorcio sino que tienden a tutelar un derecho exigible y a mantener el estado de hecho y de derecho. Obsérvese que el artículo no establece una preferencia en favor de la mujer sino que acuerda el derecho a cualquiera de los cónyuges.

En cuanto a la extensión o medida de la cuota hay quienes sostienen que sólo debe cubrir las necesidades, afirmando por el contrario Llambías que los alimentos de que trata el artículo comentado deben traducirse en una pensión o cuota suficiente para que la esposa continúe con el nivel de vida que corresponde al matrimonio con el estilo de vida adoptado por el mismo, de acuerdo a las circunstancias.

64. Los alimentos luego de la sentencia de divorcio.

Brevemente, pues es tema a estudiar con detenimiento dentro de los efectos del divorcio, diremos al respecto que la Ley de Matrimonio contempla esta situación en los artículos 79 y 80.

a) Previsión del artículo 79 de la L.M.C. Acuerda alimentos a la esposa inocente del divorcio, exigiendo, aparte de su declarada inocencia y por lógica la declaración de culpabilidad del marido, “que ella no tuviere medios suficientes”.

Importa advertir que este artículo acuerda derechos a la mujer declarada inocente del divorcio pero no al marido y al mismo tiempo representa una variante respecto a la obligación alimentaria “durante el matrimonio” ya que en tal caso la mujer no tiene la obli-

gación de probar su carencia de medios propios para la subsistencia. En cuanto al monto de la cuota la jurisprudencia ha establecido que “debe fijarse en proporción a lo que hubiera sido la totalidad de las entradas del matrimonio en caso de haberse mantenido la convivencia” (La Ley, tomo II, pág. 95, sum. 2049).

b) Previsión del artículo 80 L.M.C. Aquí la ley le confiere derecho a reclamar la pensión alimentaria a cualquiera de los esposos que hubiera sido declarado culpable. La subsistencia de este deber se ampara en la del vínculo matrimonial que no se disuelve por el divorcio regulado en nuestra ley. Esta exige dos requisitos: declaración de culpabilidad y estado de “toda necesidad”. En este caso la cuota no se relaciona con el caudal económico del alimentante sino que se circunscribe a lo necesario para cubrir las más elementales necesidades. En cierta forma este deber alimentario se aproxima, por sus características al emergente del parentesco (art. 370 y siguientes del C. Civil).

Por ello al decir de Julio López del Carril “la prestación alimentaria del artículo 80 L.M.C. debe concretarse a la alimentación corriente, habitación modesta y standard de vida también muy modesto” (ob. cit., pág. 259).

En el caso del divorcio del artículo 67 bis de la L.M.C. sólo cabe aquí recordar que la norma prescribe que “...los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos”. Para alguna corriente doctrinaria estos alimentos serían de origen convencional (Llambías, Belluscio, Lagomarsino), sosteniéndose por otros que son de la misma naturaleza que los de los artículos 79 y 80 L.M.C.

65. Nulidad de matrimonio.

En caso de matrimonio putativo, el artículo 87 L.M.C. establece que perdurará la obligación recíproca de prestarse alimentos “en caso necesario” expresión que ha provocado algunas discrepancias doctrinarias. Se trata de un deber de justicia en homenaje a la buena fe conyugal (Mazzinghi, Belluscio).

66. Divorcio vincular.

El artículo 6 (transitorio) de la ley 17.711 prescribe que en caso de divorcio vincular el cónyuge inocente conserva el derecho a alimentos salvo que hubiera pedido la disolución del vínculo, contraído nuevas nupcias o incurrido en actos de grave inconducta moral.