

**CAPITULO VIII  
DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONYUGES**

<b>ARTICULO 198</b> . . . . .	<b>175</b>
1. Consideraciones comunes a los temas del Capítulo VIII del Código Civil (según ley 23.515) . . . . .	175
a) Reciprocidad . . . . .	176
b) Orden Público . . . . .	177
c) Permanencia . . . . .	177
d) Contenido . . . . .	177
2. Evolución legal . . . . .	178
a) Código Civil . . . . .	178
b) Ley 2393 . . . . .	178
c) Ley 11.357 . . . . .	179
d) Convención Interamericana de Bogotá . . . . .	179
e) Constitución de 1949 . . . . .	179
f) Ley 17.711 . . . . .	180
g) Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) . . . . .	180
h) Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer . . . . .	180
i) Consideración común a las dos convenciones precedentes . . . . .	181
3. Sanción de la Cámara de Diputados . . . . .	181
4. Legislación extranjera . . . . .	181
5. Deber de fidelidad . . . . .	182
a) Antecedentes . . . . .	182
b) Caracteres . . . . .	182
b.1) Reciprocidad . . . . .	182
b.2) Orden público . . . . .	182
b.3) Permanencia . . . . .	182
b.4) Sanciones . . . . .	184
6. Deber de asistencia . . . . .	184
a) Antecedentes . . . . .	184
b) Comprensión . . . . .	186
c) Asistencia moral. Sus caracteres . . . . .	186
c.1) Reciprocidad . . . . .	186
c.2) Permanencia . . . . .	186
c.3) La asistencia moral en caso de enfermedad . . . . .	187
c.4) Sanciones . . . . .	187
d) Asistencia material . . . . .	187
d.1) Caracteres . . . . .	188
d.2) Sanción por incumplimiento . . . . .	192
<b>ARTICULOS 199 Y 200</b> . . . . .	<b>195</b>
1. Deber de cohabitación . . . . .	195
a) Antecedentes . . . . .	195
b) Concepto . . . . .	196
c) Caracteres . . . . .	196
c.1) Reciprocidad . . . . .	196
c.2) Permanencia . . . . .	196
c.3) Imperatividad . . . . .	197
d) Sanciones . . . . .	199
2. El débito conyugal . . . . .	200
3. Fijación de la residencia familiar . . . . .	200
a) Antecedentes . . . . .	200
b) Norma correlativa . . . . .	201
c) Interpretación . . . . .	202
c.1) Superación del desacuerdo conyugal . . . . .	202
c.2) Residencia familiar y domicilio . . . . .	202
c.3) Domicilio conyugal . . . . .	204
c.4) Caso de separación de hecho . . . . .	204
c.5) Permanencia del domicilio de los cónyuges durante el trámite del juicio de anulación, separación personal o divorcio . . . . .	205
c.6) El domicilio del cónyuge y la muerte del consorte . . . . .	205
c.7) Extinción del domicilio de los cónyuges en el lugar de cohabitación . . . . .	205

**CAPITULO VIII**  
**DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONYUGES**

CAPITULO VIII  
DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONYUGES

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

*1. Consideraciones comunes a los temas del Capítulo VIII del Código Civil (según ley 23.515)*

Al igual que nuestras leyes, la mayoría de las legislaciones positivas vigentes no conceptúan el matrimonio. Pero en todas se enumeran los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges. Se ha escrito del derecho francés: “Desde el punto de vista psicológico, este análisis traduce bien la realidad de los hechos: es seguro que el contenido del consentimiento exigido por el artículo 146 reside en la voluntad de ser esposos con todas las obligaciones y derechos que comporta”<sup>1</sup>.

Es que en esos derechos y deberes toma cuerpo la institución del matrimonio, lo que el derecho canónico expresa como “un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma

<sup>1</sup> FOULON - PIGANIOL, C. I, *Le mariage “simulé”*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 58, 217 y ss., N° 22.

## DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONYUGES

índole al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole” (canon 1055) con las propiedades de unidad e indisolubilidad (canon 1056), y que, con una orientación diametralmente opuesta, el Código de Familia checoslovaco define en términos de “comunidad de vida armónica, firme y durable ” (art. 1).

El derecho positivo se limita a disponer un sistema de derechos y deberes entre los cónyuges, que, en conjunto, da las bases sustanciales para que se instaure la comunidad de vida a que los cónyuges acceden por el acto jurídico de celebración del matrimonio. Tales derechos y deberes constituyen el mínimo indispensable para que la comunidad se establezca, le son esenciales y no pueden apartarse de los valores morales que clara y directamente inciden sobre la institución matrimonial ni de los elementos definitorios que marca el derecho natural<sup>2</sup>.

En cuanto derechos, los que invisten los cónyuges son derechos subjetivos familiares, poderes reconocidos a la persona para la satisfacción de los intereses como miembro de la familia, protegidos por la ley en su condición de factores relevantes en la gestión del Bien Común. Son medios para el logro del fin personal, para realizarse personalmente mediante el matrimonio y la paternidad-maternidad.

Los rasgos más característicos de los derechos emergentes del matrimonio son los siguientes:

### **a) Reciprocidad**

El sujeto de ellos tiene junto a sí al titular de un derecho

<sup>2</sup> Ver MAZZINGHI, *Derecho cit.*, T. II, N° 156.

subjetivo idéntico al suyo, lo que se expresa comúnmente con la calificación de recíproco, de manera que al derecho de uno de los esposos se yuxtapone el deber correspondiente al derecho subjetivo paralelo del otro consorte, por eso cada esposo es sujeto simultáneamente de un derecho y un deber con respecto de aquél. No se trata de un derecho que sea al mismo tiempo deber, sino de una yuxtaposición que torna inseparable el derecho y el deber sin que se confundan, pues ambos conservan su propia naturaleza y lógica autonomía.

**b) Orden público**

Las normas sobre derechos y deberes de los cónyuges son de orden público, ajenas, por lo tanto, a la voluntad de los esposos dada la trascendencia del matrimonio para la sociedad. Las modificaciones que se admitan a su régimen legal tienen siempre sustento normativo y requieren alguna forma de intervención judicial.

**c) Permanencia**

Los derechos y deberes matrimoniales participan de la permanencia del matrimonio e, incluso, la sobrepasan en vida de los ex cónyuges en supuestos legalmente previstos.

**d) Contenido**

Pueden ser personales o patrimoniales. Los que se enumeran en el Capítulo VIII del Código Civil según la ley 23.515 son los personales si bien el alimentario configura el aspecto patrimonial de la debida asistencia conyugal. Los de carácter patrimonial encuentran su regulación en otras disposiciones del mismo Código, especialmente en los artículos 1217 y siguientes referidos a la denominada sociedad conyugal.

### *2. Evolución legal*

La legislación argentina ha evolucionado en materia de derechos y deberes de los cónyuges con una trayectoria que necesariamente requiere distinguir entre lo personal y lo patrimonial con incidencias correlativas. Priva en ambas un denominador común: la progresiva aceptación de la igualdad jurídica de los cónyuges. Se señala lo relativo a los derechos y deberes personales y el tema del nombre de la mujer casada se analiza en el comentario del artículo 4 de la ley 23.515.

#### **a) Código Civil**

Establecía el deber de fidelidad recíproca con sanción civil de divorcio no vincular por culpa del que lo había infringido y sanción criminal del adulterio (art. 184); el deber de cohabitación con facultad del marido de fijar el lugar de residencia y de pedir medidas policiales para el reintegro de la esposa al hogar con derecho a negarle alimentos, si bien los tribunales podían eximir a la esposa de esta obligación cuando de su cumplimiento resultare peligro para la vida (arts. 185 y 187); el deber de asistencia material se centraba en el marido con derecho de la esposa a pedir judicialmente alimentos y litisexpensas (art. 185).

Estas normas estaban acompañadas por la incapacidad civil de la esposa considerada incapaz de obrar con incapacidad relativa (art. 55, inc. 2) y representación general y necesaria de su marido (art. 57, inc. 4), siendo el domicilio legal de aquélla el de su cónyuge (art. 90, inc. 9).

#### **b) Ley 2393**

Estos derechos y deberes no fueron modificados por la

ley 2393, con algunas diferencias terminológicas y la sustitución de las medidas “policiales” por medidas “judiciales” para el reintegro de la esposa al hogar (arts. 50, 51 y 53). Los artículos 55, 57 y 90 del Código Civil no fueron afectados.

**c) Ley 11.357**

No estableció en forma clara cuál era la regla en cuanto a la capacidad o incapacidad de obrar de la mujer casada.

**d) Convención Interamericana de Bogotá**

La Convención Interamericana de Bogotá de 1948 ratificada por la ley 14.467 acordó que los Estados signatarios convenían en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre. Se estimó que era autoejecutoria y que eliminaba la incapacidad residual de la mujer casada sin afectar al régimen de atribución de preferencias que el Código Civil y la ley 11.357 establecían a favor del marido o de la mujer cuando se trataba del ejercicio de funciones que hacen conveniente el ejercicio unipersonal<sup>3</sup>. De esta manera se justificó la continuidad de la fijación del hogar conyugal por el esposo.

**e) Constitución de 1949**

Consagró la igualdad jurídica de los cónyuges (art. 37) y en el artículo 24 la supeditó, junto a otras garantías consti-

<sup>3</sup> Sobre esta interpretación de la Convención de Bogotá: *Segundas Jornadas de Derecho Civil (Corrientes, 1965)*, p. 41 y ss. y sus referencias, en especial a GUASTAVINO, Elías P., *Régimen jurídico de los cónyuges después de la ratificación de la Convención de Bogotá de 1948*, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, N° 107-108, 89.

tucionales, a la reforma de la legislación entonces vigente lo que no se concretó en el período 1949-1955.

### **f) Ley 17.711**

La ley 17.711 incidió sobre el deber de fidelidad y superando las discusiones planteadas hasta entonces al respecto, estableció que permanecía más allá del divorcio. Incorporó, en efecto, una acción para equiparar el inocente al culpable por haber aquél incurrido en adulterio, infidelidad o actos de grave inconducta moral (art. 71 bis) y la correlativa exclusión hereditaria conyugal (art. 3574). Asimismo, modificó el aspecto patrimonial del deber de asistencia si bien manteniendo el acento en la obligación marital (art. 51) y dispuso decididamente la capacidad civil de la mujer casada dando nueva redacción al artículo 1 de la ley 11.357.

### **g) Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)**

Fue ratificada por la ley 23.054 de 1984 y no se estima autoejecutoria, al menos en la totalidad de su contenido. En el apartado 4 del artículo 14 dispone: "Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo".

### **h) Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**

Mediante la ley 23.179 de 1984, la República Argentina ratificó la Convención del epígrafe aprobada por la Asam-



blea General de las Naciones Unidas en 1979/81. No recae sobre los derechos-deberes personales conyugales salvo en la única diferencia que podría haberse considerado discriminatoria y que era la configurada por el domicilio legal de la mujer casada (art. 90, inc. 9 del Código Civil) con la facultad del marido para fijarlo y la obligación de la esposa de habitar en ese lugar bajo sanción<sup>4</sup>.

**i) Consideración común a las dos convenciones precedentes**

La sanción de normas expresas dentro de la ley 23.515 confirma la cualidad no ejecutoria de las mismas en lo que hace a las cuestiones aquí tratadas.

**3. Sanción de la Cámara de Diputados**

El artículo 185 del texto sancionado por Diputados reza: “Los esposos gozan de iguales derechos...” Le fue criticado no referirse a la igualdad de deberes<sup>5</sup>.

**4. Legislación extranjera**

El artículo 66 del Código Civil español consagra: “El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”. El artículo 143 del Código Civil italiano según la ley de 1975,

<sup>4</sup> Nuestro trabajo: *Derecho Civil argentino y convención sobre la eliminación de todas la formas de discriminación contra la mujer*, en La Ley 1984-C, 1133.

<sup>5</sup> BELLUSCIO, en *...observaciones* cit. y Comisión en mayoría del Senado.

bajo el título *Derechos y deberes recíprocos de los cónyuges* estatuye: "Con el matrimonio, el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes" (primer párrafo). Es idéntica la oración inicial del artículo 137 del Código venezolano de 1982.

### **5. Deber de fidelidad**

#### **a) Antecedentes**

El proyecto del diputado Horta y otros reprodujo la primera oración del artículo 50 de la ley 2393. También lo hizo el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados. El texto vigente es el de la Comisión en minoría del Senado. Está consagrado universalmente en forma expresa.

#### **b) Caracteres**

El artículo 179 se limita a enumerar el deber de fidelidad (amor exclusivo entre los cónyuges) sin ninguno de los aditamentos del artículo 50 de la derogada ley 2393. Esto no significa que se modifiquen sus caracteres que le son sustanciales y propios de todos los derechos-deberes de los esposos.

b.1) *Reciprocidad*. El deber de fidelidad pesa sobre uno y otro consorte con igual exigencia y posibilidades de violación.

b.2) *Orden público*. Es, obviamente, un deber imperativo.

b.3) *Permanencia*. La derogación de la ley 2393 implica la derogación de su artículo 71 bis, habiéndose modificado también el precepto del artículo 3574 del Código Civil. Ca-

bría, en consecuencia, cuestionar si el deber de fidelidad subsiste después de la separación personal de los cónyuges. La respuesta es afirmativa porque la consecuencia de este tipo de proyección del conflicto conyugal es el cese del deber de cohabitación según resulta del artículo 206 y, en general, de todo el contenido del Capítulo X. La violación del deber de fidelidad después de la separación personal, no es inoperante ya que el artículo 210 preceptúa que el derecho alimentario cesa si el beneficiario vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge y el artículo 211 atribuye idéntica consecuencia a tales comportamientos en cuanto al derecho a la vivienda organizado en dicha norma. D'Antonio acertadamente estima que se trata de una verdadera equiparación del inocente al culpable, dotada de la acción correspondiente para su exclusión de tales derechos y que todo ello presume "la subsistencia de la exigibilidad de conductas para el inocente que enmarcan en su gran mayoría en las típicas observancias del deber de fidelidad consagrado por el artículo 198 como uno de los que rigen durante el estado de familia conyugal"<sup>6</sup>.

A su vez, el deber de fidelidad parecería extinguirse con el divorcio vincular que restituye la aptitud nupcial a los ex cónyuges. Pero también entonces cesa el derecho alimentario y a la vivienda cuando el beneficiario vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro divorciado (además de cuando contrae nuevas nupcias) (art. 218) y el razonamiento se resiste a fundar esta consecuencia en el Abuso del Derecho o, como sustenta Zannoni, en una *circunventio*

<sup>6</sup> D'ANTONIO, *op. cit.*, comentario al artículo 210.

*legis fraudulenta*<sup>7</sup>. D'Antonio ofrece también aquí la pauta exacta si bien es desconcertante: del vínculo extinguido por el divorcio "emerge sin duda la existencia de un deber de fidelidad, traducido en la exigencia de abstención de trato sexual con terceras personas con alcances concubinarios, el cual puede ser igualmente vulnerado a través de injurias graves por una relación de la misma índole que no llegue a tipificar concubinato"<sup>8</sup>.

El deber de fidelidad, por lo tanto, no ha perdido su cualidad de permanente pese a la introducción del divorcio vincular en nuestro derecho.

b.4) *Sanciones*. Son sanciones civiles para el cónyuge que violó el deber de fidelidad, la separación personal por adulterio o por injurias graves que comporten infidelidad moral (art. 202, inc. 1 y 4), el divorcio por dichas causales (art. 214, inc. 1), con culpabilidad del consorte que incurrió en la violación en ambos supuestos (art. 235). La sanción penal figura en el artículo 118 del Código correspondiente, registrándose algún intento legislativo de supresión de la figura criminal.

### 6. *Deber de asistencia*

#### a) *Antecedentes*

La reciprocidad del deber no estaba expresamente prevista ni en el Código Civil ni en la ley 2393 aunque siem-

<sup>7</sup> ZANNONI, *op. cit.*, comentario al artículo 210.

<sup>8</sup> D'ANTONIO, *op. cit.*, comentario al artículo 218, 2°.

pre fue considerada ineludible exigencia de la comunidad creada por el matrimonio. Es laudable su mención formal. Así figura en el proyecto de Horta y otros (“Ambos cónyuges están obligados... a prestarse todos los recursos que sean necesarios”); Perl y otros (“Los cónyuges se deben prestar asistencia y apoyo recíprocos”); Furque y Terrile (“Los cónyuges se deben prestar asistencia y apoyo recíprocos”). Particularmente detallada es la redacción del proyecto de los senadores Menem, Sánchez y Gass para el artículo 51 de la ley 2393: “Ambos cónyuges deben vivir juntos y contribuir con su trabajo y las tareas domésticas a la plena satisfacción de las necesidades de ambos y las de los hijos menores o incapaces a su cargo. Estas necesidades deben ser soportadas por el marido y la mujer según las posibilidades de cada uno, teniendo en cuenta que los trabajos domésticos y el cuidado de los hijos deben considerarse como contribución a la satisfacción de las necesidades de la familia. Uno de los cónyuges puede ser demandado para que se le condene a abonar, de acuerdo a sus posibilidades económicas, una asignación dineraria en concepto de alimentos que contribuya a solventar las necesidades económicas de la familia”. Puede observarse que la precedente redacción considera la asistencia familiar más bien que la asistencia conyugal e insiste sobre preceptos de la potestad paterno-materna.

La legislación extranjera era y es explícita. Por ejemplo, el artículo 214 del Código Napoleón, vigente, ya mencionó la asistencia entre los mutuos deberes conyugales; el artículo 143 del Código Civil italiano, conforme a la ley de 1975, menciona la obligación de asistencia moral y material y de la colaboración en el interés familiar; el artículo 67 del Có-

digo Civil español estatuye la obligación de “socorrerse mutuamente” y en idénticos términos se refiere a la asistencia el Código de Venezuela (art. 137, segunda oración del primer párrafo).

**b) Comprensión**

La asistencia conyugal comprende las expresiones de la amistad en grado eminente. Traduce la relación afectiva de los esposos y abarca la asistencia moral y la asistencia material económica. La asistencia moral implica el particular respeto y deferente atención con que debe tratarse al consorte y el compartir efectivamente sus alegrías, preocupaciones, dificultades y sufrimientos, abarcando toda clase de auxilio en la enfermedad así como la colaboración en las tareas del hogar y hasta la ayuda en la actividad profesional acorde con las circunstancias. La asistencia material implica la ayuda en la satisfacción de las necesidades económicas del cónyuge y tiene su mínima manifestación en los alimentos.

**c) Asistencia moral. Sus caracteres**

c.1) *Reciprocidad*. Los consortes se deben asistencia moral el uno al otro.

c.2) *Permanencia*. No todos los contenidos del deber de asistencia moral subsisten después de la separación legal y el divorcio. Los artículos 210 y 218 al referirse a injurias graves susceptibles de cometerse después de ellos, no pueden tener en consideración sino el respeto propio de toda relación de alteridad que han de seguir guardándose los separados o divorciados y su apreciación judicial se efectuará con

criterios menos estrictos que cuando se tienen en cuenta situaciones de esposos convivientes.

c.3) *La asistencia moral en caso de enfermedad*. Merece ser subrayado el contrasentido en que incurre la ley consagrando, por una parte, el deber de asistencia moral y admitiendo, por otra, que la enfermedad del consorte constituya causal de separación personal y, mediatamente, de divorcio. Es el caso de las alteraciones mentales graves, el alcoholismo y la drogadependencia (arts. 203, 216 y 238), supuesto que apela al extremo de la solidaridad conyugal<sup>9</sup>. La incoherencia no se atenúa porque se procure el apoyo material, la vivienda y la ayuda para la curación del enfermo después de la separación legal o del divorcio y aun después de la muerte del consorte obligado y que aquél conserve el llamamiento hereditario (arts. 208, 211 y 3574).

c.4) *Sanciones*. Las faltas al deber de asistencia moral constituyen injurias graves que son causal de separación personal y de divorcio (arts. 202, inc. 4 y 214).

#### **d) Asistencia material**

Los alimentos entre cónyuges revisten características especiales si media anulación del vínculo, separación personal o divorcio y están previstos en los artículos 221, inc. 1, 222, inc. 1, 207, 208, 209, 210, 217, 218 y 236 a cuyo comentario de D'Antonio nos remitimos.

En este apartado se considera el deber de asistencia ma-

<sup>9</sup> Ver ídem, comentario al artículo 203.

terial, que incluye también los alimentos, pendiente la normal convivencia matrimonial.

d.1) *Caracteres*

d.1.1) *Reciprocidad*. No existe diferenciación entre marido y esposa ni orden de prelación entre ellos. Resulta así de la redacción del artículo 198 y de que las disposiciones citadas en el párrafo anterior distinguen sólo entre culpable e inocente de la separación personal o del divorcio y entre cónyuge de buena y de mala fe del matrimonio anulado, o atienden a la necesidad insuperable de cualquiera de los esposos. Por otra parte, hay preceptos dentro del régimen patrimonial matrimonial que lo confirman: deudas contraídas por un cónyuge son exigibles al otro si su finalidad fue la de satisfacer necesidades del hogar (art. 6 de la ley 11.357) y tienen cualidad de definitivamente comunes (art. 1275, inc. 1 del Código Civil).

Es indiscutible que todo esto comporta que el patrimonio de ambos esposos ha de encontrarse al servicio de ellos mismos y de la familia, pero ¿significa también que cada uno debe procurar recursos para la asistencia del otro? Es decir, ¿comporta el deber de la mujer de realizar tareas remuneradas fuera del hogar?

Antes del debate de la ley 23.515, Belluscio se pronunciaba no en contra de la reciprocidad del deber asistencial sino de hacer recaer el sostenimiento del hogar sobre ambos esposos, al margen de que esa contribución se realice de hecho si los dos cuentan con recursos suficientes. Opinaba que no cabe imponer a la esposa que se dedique a actividades lucrativas teniendo en cuenta que tan respetable como su deseo de ejercer una actividad fuera del hogar es el de dedicar-



se por entero a su cuidado, que las tareas domésticas tienen un alto valor moral en apoyo de la familia y que la esposa nunca se desentiende de ellas. Opinaba que “una legislación que estableciese la contribución de ambos cónyuges a los gastos del hogar simplemente en proporción a sus patrimonios o a sus recursos constituiría una desigualdad notoria en contra de la mujer, al negar valor a la dirección del hogar o el desempeño de tareas de éste y al cuidado de los hijos”<sup>10</sup>. Tales criterios fueron sustancialmente reiterados en el debate de expertos que convocó la Comisión de Legislación General, Familia y Minoridad del Senado, viniendo a unirse a la crítica que la propuesta de Diputados había provocado en la generalidad de la doctrina: Mazzinghi sostuvo no conocer ninguna voz femenina autorizada que hubiera reclamado el cambio del régimen de la ley 2393 y que “su arraigo en nuestras costumbres aparece claramente en el fervor que, de ordinario, ponen las mujeres casadas en el reclamo judicial de alimentos”<sup>11</sup>; Vidal Taquini calificó la modificación de “resultado altamente desvalioso”, y Scala la consideró injustificada tanto social como psicológicamente<sup>12</sup>.

En el debate de expertos convocado por el Senado, Grosman precisó los alcances de la alternativa con expresiones que es importante transcribir: “El principio de la igualdad jurídica de los cónyuges de modo alguno implica la obligación para la mujer de realizar una actividad extradoméstica ni tampoco que el marido pierda su responsabilidad con respecto al mantenimiento del hogar.

10 BELLUSCIO, *Derecho* cit., T. II, N° 513.

11 MAZZINGHI, *Objeciones* cit., IV, 6.

12 *Op. cit.*, XII y comentario al artículo 186, respectivamente.

## DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONYUGES

El principio de igualdad para ambos implica exclusivamente la reciprocidad en el deber de asistencia. La forma en que cada uno de ellos —marido y mujer— harán su aporte al hogar conyugal dependerá de cada organización familiar. Evidentemente, si la mujer está dedicada al cuidado del hogar y de los hijos es el marido el que deberá hacer el aporte realizando la actividad extradoméstica. Los aportes serán mayores o menores según la actividad que cada uno desarrolle. Por lo tanto, no existe con este principio de igualdad, riesgo de que el hombre eluda el cumplimiento de sus obligaciones hogareñas. Esta norma solamente pretende introducir el principio de coparticipación en el manejo de la familia. Esto significa que desaparece la rígida división de roles dentro de ella”.

Parece que no es otro el alcance de la posición de Bossert y Zannoni que aparecen como los principales defensores de la igualdad conyugal en materia de asistencia. De la exposición efectuada por el primero en la citada reunión nos limitamos a recordar unos párrafos: “...hoy tenemos razón al afirmar que el deber de asistencia es recíproco. Esto significa que ambos tiran del mismo carro en lo afectivo y en lo económico, en la medida de lo posible. Cada matrimonio organiza de acuerdo a su cultura y a su situación económica la vida en común. Si la ley dice que ambos cónyuges se deben recíprocamente asistencia y alimentos, esto no obliga a la mujer a alimentar al marido. Tenemos todo un entorno que hace a la ley razonable de acuerdo con las condiciones sociales y económicas vigentes”.

Nuestro parecer, que fue manifestado en la misma reunión y en sentido favorable a que el sostenimiento del hogar recaiga sobre ambos esposos porque entendemos refleja la

realidad de la gran mayoría de los hogares argentinos de distintos niveles socio-económicos, encuentra su interpretación cabal en los conceptos de Cecilia Grosman<sup>13</sup>.

En síntesis, el deber de asistencia es recíproco, los esposos se la deben mutuamente, sin que esto signifique la obligación de la esposa de trabajar fuera del hogar, menos cabe el mérito aun económico de su consagración a las tareas domésticas ni permita forzar, mediante intervención judicial, la distribución de responsabilidades que responda a la realidad concreta de cada matrimonio.

d.1.2) *Imposición legal*. El deber de asistencia tiene fuente legal. Las posibilidades de acuerdo de los cónyuges resultan de circunstancias fácticas singulares y es aplicable, habida cuenta de la reciprocidad, la doctrina elaborada al respecto y la jurisprudencia existentes<sup>13-1</sup>.

d.1.3) *Permanencia*. Los textos citados en el apartado d) demuestran con total evidencia que el deber alimentario subsiste aun después de la anulación del vínculo y de su disolución por divorcio. No ha de olvidarse la importante norma del artículo 208 que dispone la transmisión sucesoria de la obligación alimentaria a favor del cónyuge enfermo separado personalmente o divorciado.

El deber cesa en contra del cónyuge que interrumpió injustificadamente la convivencia, requiriéndose previa intimación de reintegro al hogar con el apercibimiento de negar

<sup>13</sup> Esta y las otras referencias aquí citadas lo son a la reunión efectuada en la sede del Honorable Senado de la Nación el 10 de febrero de 1987 y figuran en el Diario de Sesiones - Anexo, 7/8 de mayo de 1987, p. 327 y ss.

<sup>13-1</sup> BELLUSCIO, *Derecho* cit., T. II, N° 520; MAZZINGHI, *Derecho* cit., T. II, N° 181.

alimentos (art. 199). Los alimentos entre cónyuges separados de hecho constituyen un importante capítulo doctrinario jurisprudencial que conserva su importancia siempre sin descuidar la reciprocidad vigente<sup>14</sup>. De ninguna manera es razonable entender que sólo mediante la promoción de la separación personal o el divorcio pueda lograrse la fijación de cuota alimentaria.

d.1.4) *Indisponibilidad del derecho alimentario*. El artículo 374 del Código Civil establece la irrenunciabilidad del derecho a alimentos, la prohibición de transferirlo por acto entre vivos o por causa de muerte (ahora con la excepción legal del artículo 208 en cuanto al deber), su inherencia personal con consiguiente exclusión de la subrogación, la prohibición de compensar la obligación alimentaria y de transar sobre ella.

d.1.5) *Las cuotas*. Las cuotas son renunciables por plenamente disponibles, y susceptibles de modificación. El artículo 207 *in fine* dispone expresamente que el juez fijará las bases para la actualización del monto alimentario, precepto también aplicable cuando los alimentos se pasan sin que medie separación personal o divorcio.

d.2) *Sanción por incumplimiento*. Procede obtener el cumplimiento forzado del deber de asistencia material a través de la fijación judicial de la cuota de alimentos y la ejecución de la sentencia<sup>15</sup>. El incumplimiento del deber

<sup>14</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, 1978, Cap. II, 3; ESCRIBANO, Carlos y ESCRIBANO, Raúl Eduardo, *Alimentos entre cónyuges*, Buenos Aires, 1984, Cap. III.

<sup>15</sup> BELLUSCIO, *Derecho cit.*, T. II, N° 52.

## ARTICULO 198

de asistencia familiar corresponde a la figura penal tipificada en los artículos 1 y 2, inciso d) de la ley 13.944 y artículo 3 de la ley 20.501, si no se provee lo indispensable para la subsistencia. Conforman, además, injurias graves o integra el abandono voluntario y malicioso, causales de separación personal y de divorcio (arts. 202, inc. 4 y 5 y 214).

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

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

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

*1. Deber de cobabitación*

**a) Antecedentes**

El deber de cohabitación figuró en todos los proyectos legislativos de reforma integral del régimen matrimonial. Los

de los diputados Terrile y Furque, Perl y otros, Horta y otros, el de los senadores Menem, Sánchez y Gass y la redacción aprobada por la Cámara de Diputados se encuentran dentro de la orientación ahora vigente, con alguna diferencia importante que se señala en el apartado c.3.1.2).

Aparece dispuesto en forma expresa en prácticamente todas las legislaciones extranjeras. En alguna, va acompañando con la presunción de que los cónyuges viven juntos (Código Civil español, art. 69).

### **b) Concepto**

Los esposos deben habitar en la misma casa (“bajo el mismo techo”).

### **c) Caracteres**

c.1) *Reciprocidad*. Es obviamente recíproco. Los textos vigentes no repiten las expresiones de la ley 2393 (“el marido está obligado a vivir en una misma casa con su mujer” y “la mujer está obligada a habitar con su marido donde quiera que éste fije su residencia”, arts. 51 y 53), doble formulación innecesaria. El último párrafo del artículo 199 subraya la reciprocidad admitiendo a cualquiera de los cónyuges a exigir el reintegro del otro al hogar, a diferencia de la ley de 1888/9 que sólo reconocía este derecho al marido.

c.2) *Permanencia*. El deber de cohabitación permanece hasta la sentencia de anulación del matrimonio o de separación personal y, lógicamente, se extingue con el vínculo por la sentencia de divorcio si los divorciados no estaban ya separados legalmente. Durante el trámite de estos juicios cabe

la medida previa dispuesta en el artículo 231, o sea la decisión judicial que imponga a uno de los cónyuges retirarse del hogar conyugal, la que procede aun antes de deducida la acción en caso de urgencia<sup>16</sup>. Se trata de una suspensión del deber de cohabitar que durará hasta que se dicte la sentencia que produzca su extinción o su reanudación.

c.3) *Imperatividad*. Es deber de orden público, pero sólo los cónyuges pueden exigirse recíprocamente la cohabitación<sup>17</sup> ya sea en los términos del último párrafo de este artículo o como medida previa en los juicios de anulación, separación legal y divorcio (art. 231).

c.3.1) *Excepciones*. El artículo 199 prevé dos excepciones al deber de cohabitación, a saber, por acuerdo de los esposos y por decisión judicial.

c.3.1.1) *Acuerdo de los cónyuges*. Los cónyuges pueden vivir separados de común acuerdo transitoriamente y por causas excepcionales insuperables de otra manera. Estas causas pueden ser las mencionadas en la siguiente oración del texto comentado o de distinta especie (razones de trabajo, de curación de enfermedades) aunque no revistan el nivel de peligro allí considerado.

c.3.1.2) *Decisión judicial*. Si los esposos no acuerdan vivir separados a pesar de motivos excepcionales que lo justifiquen, el juez decidirá a pedido de cualquiera de ellos, pero siempre que opere la causal expresada en la ley: el peligro cierto para la vida o la integridad física, síquica o espiritual

16 Ver comentario al artículo 231 en D'ANTONIO, *op. cit.*

17 MAZZINGHI, *Derecho cit.*, T. II, N° 171.



## DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONYUGES

del peticionante o del otro consorte, de ambos o de los hijos. La fórmula resulta lo suficientemente amplia para dar lugar al criterio del juzgador<sup>18</sup>. En varios de los proyectos parlamentarios y en la redacción con media sanción de Diputados se proponía el procedimiento de oficio con esta finalidad, criticable disposición porque resulta inconcebible que el juez pueda actuar de oficio para relevar a uno de los esposos (en realidad, a los dos) del deber de cohabitación<sup>19</sup>.

c.3.1.3) *Concurrencia de causal de separación personal o divorcio*. Ha de seguir entendiéndose que no subsiste el deber de cohabitación si median causas que den lugar a la demanda de separación personal o de divorcio<sup>20</sup>.

c.3.1.4) *La separación de hecho*. La separación de hecho es conceptuada por Kemelmajer de Carlucci como la situación en que se encuentran los esposos que "sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos"<sup>21</sup>. Constituye una situación fáctica cuya trascendencia se ha ido perfilando y acentuando con la evolución de nuestro derecho y que la ley 23.515 considera en las siguientes normas: el artículo 204 como causal de separación legal, el artículo 214, inciso 2, como causal de divorcio, el artículo

18 Confr. doctrina y jurisprudencia citada por BELLUSCIO, *Derecho* cit., T. II, N° 502 y nuestra obra *Del abuso del derecho en las relaciones de familia*, en Boletín del Instituto de Derecho Civil, N° 7, Santa Fe, 1965, 7 y ss., p. 38 y ss.

19 BELLUSCIO, *...observaciones* cit., Comisión en mayoría del Senado de la Nación, VIDAL TAQUINI, *op. cit.*, XII.

20 BUSSO, *op. cit.*, comentario al artículo 51 de la ley 2393, 11).

21 KEMELMAJER DE CARLUCCI, *op. cit.*, p. 3.

1306 en materia de liquidación de la sociedad conyugal, el artículo 3575 como causal de exclusión hereditaria conyugal. El abandono voluntario y malicioso es causal de separación personal (art. 202, inc. 5) y de divorcio (art. 214, inc. 1) y es causal autónoma de finalización del régimen patrimonial matrimonial (art. 1294). Nos remitimos al comentario de las precedentes normas en la obra de D'Antonio y en la presente.

#### **d) Sanciones**

El artículo 199 expresamente dispone que cualquiera de los cónyuges es hábil para requerir que se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada, bajo apercibimiento de negarle alimentos. Implica el ejercicio de una acción con competencia conforme al artículo 227 y del Tribunal colegiado de Instancia única en lo Civil dentro de su competencia territorial en la provincia de Santa Fe. El accionante debe demostrar el abandono y el intimado, las causas que lo justifican a ser interpretadas con el criterio a que se aludió en el apartado c.3.1.2).

No caben medios compulsivos para obtener el cumplimiento de la cohabitación ni la aplicación de sanciones conminatorias.

La interrupción injustificada de la convivencia comporta la causal de abandono voluntario y malicioso invocable para demandar por separación personal o divorcio, recayendo la culpa sobre quien puso fin a la vida en común (arts. 202, inc. 5, 214, inc. 1 y 235).

### *2. El débito conyugal*

La ley no establece expresamente el deber de los esposos de prestarse a la relación conyugal, dentro de la tradición de nuestras leyes. Su existencia es innegable porque compromete la realidad del matrimonio, con los caracteres de reciprocidad y permanencia mientras subsista el vínculo o los esposos no se hayan separado personalmente.

La negativa injustificada constituye injurias graves, causal de separación personal y de divorcio (arts. 202, inc. 4 y 214, inc. 1) por culpa del que se rehúsa a cumplir con su deber de consorte (art. 235).

### *3. Fijación de la residencia familiar*

#### **a) Antecedentes**

El precepto del artículo 200 encierra una de las modificaciones más claras al régimen del Código Civil y la ley 2393. Esta atribuía al marido la función de fijar su residencia (art. 53) y la esposa tenía el domicilio legal de su marido (art. 90, inc. 9 del Código).

En los precedentes de la ley 23.515 pueden señalarse proyectos legislativos que enfocaron solamente esta cuestión. Así el de la diputada Norma A. de Fonte y el del diputado Jesús G. González. El proyecto con media sanción de la Cámara de Diputados disponía en su artículo 187: "Los conyuges fijarán de común acuerdo el domicilio del hogar conyugal. En caso de desacuerdo resolverá el juez atendiendo las conveniencias y necesidades de ambos y el interés familiar".

El artículo 70 del Código Civil español es prácticamente idéntico al recién reproducido pero refiriéndose al “domicilio conyugal” y no a un inconcebible “domicilio del hogar conyugal”. El artículo 140 del Código Civil venezolano de 1982 dispone que los cónyuges tomarán, de mutuo acuerdo, las decisiones relativas a la vida familiar y fijarán el domicilio conyugal, definiendo, en el artículo siguiente, el domicilio conyugal como el lugar donde el marido y la mujer tengan establecida su residencia, de mutuo acuerdo y que en caso de que tuvieran residencias separadas de hecho o en virtud de autorización judicial, el domicilio conyugal es el de la última residencia común. También el cambio de residencia requiere mutuo acuerdo.

Otras legislaciones actuales independizan la noción de domicilio del deber de cohabitación. El artículo 108 del Código Civil francés según la ley del 11 de junio de 1975 estatuye que “el marido y la mujer pueden tener domicilios distintos sin que por ello se atente contra las reglas relativas a la comunidad de vida”. El sistema italiano resulta de la concordancia de los artículos 45 y 144 del Código según la redacción de la ley del 19 de mayo de 1975, en virtud de los cuales cada uno de los cónyuges tiene su propio domicilio en el lugar en el que ha establecido la sede principal de sus propios negocios e intereses y los cónyuges acuerdan entre sí la dirección de la vida familiar y fijan la residencia de la familia según las exigencias de ambos y las predominantes de aquélla.

#### **b) Norma correlativa**

El artículo 9 de la ley 23.515 deroga expresamente el artículo 90, inciso 9, del Código Civil.

**c) Interpretación**

La fijación del lugar de residencia familiar por la voluntad de ambos esposos es una de las más contundentes manifestaciones de su igualdad jurídica. La última expresión del poder decisorio marital ha desaparecido y la dirección del hogar aparece bicéfala, integrándose la preceptiva de la ley 23.515 con el régimen de potestad paterno-materna organizado por la ley 23.264.

c.1) *Superación del desacuerdo conyugal*. La ley no establece medios ni pautas para la superación del desacuerdo conyugal. Las normas propuestas que las establecían fueron acertadamente criticadas por atentatorias contra la intimidad de los esposos y conformar una intromisión judicial en su vida privada<sup>22</sup>. Más bien se propició doctrinariamente que la legislación atribuyera a uno de los esposos la finalización de la controversia<sup>23</sup>.

Dada la vinculación entre la residencia de la familia y el lugar de cumplimiento del deber de cohabitación, lo previsto en el artículo 199 segunda oración del primer párrafo resultaría aplicable por analogía.

c.2) *Residencia familiar y domicilio*. Fijada la residencia familiar y habitando los cónyuges en ese lugar con ánimo de permanecer allí de acuerdo al deber de cohabitación, queda configurado el domicilio real del marido y el domicilio real de la esposa (arts. 89, 92 y 94 del Código Civil) y, asimismo, el legal de sus hijos menores de edad (art. 90, inc. 6 del Código).

<sup>22</sup> BELLUSCIO, ...*observaciones* cit., comentario al artículo 187; ídem Comisión en mayoría del Senado.

<sup>23</sup> SCALA, *op. cit.*, comentario al artículo 187.

El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial con sanción de la Cámara de Diputados introduce una importante innovación al sustituir el artículo 94 vigente por el siguiente texto: "Si no coinciden el lugar de residencia y la sede de los negocios, el domicilio para las relaciones de familia es el lugar de residencia, y para las demás lo es la sede de los negocios". El domicilio legal de los incapaces ocupa el inciso 5 del artículo 90.

No hay obstáculo para que marido y/o mujer tengan además un domicilio legal (por ejemplo, como funcionario, inc. 1 del artículo 90 del Código Civil). A pesar de que el domicilio real y el legal son generales, es acertada la solución que antes de la ley 23.515 se proponía para el supuesto de la mujer casada funcionario, es decir, la coexistencia de dos domicilios generales, que equivalen a uno real y otro legal en la legislación vigente. Son extensivas las consideraciones entonces formuladas por Borda: "La ley ha establecido con toda claridad, dos domicilios y no podría, por vía de interpretación, suprimirse uno, tanto más cuanto que no existe ningún interés ni ventaja para ello. Los terceros elegirán el domicilio que más les convenga para iniciar sus demandas y ello no causa perjuicio alguno a la interesada (o interesado)". Afirma el autor citado que la opinión que condujera a elegir uno de los dos domicilios como exclusivo, tiene el inconveniente de desembocar en una dificultad insoluble: ¿cuál de los dos domicilios debe prevalecer? Concluye, en afirmación aceptable para la legislación actual, que la ley no da pie para preferir ninguno<sup>24</sup>. Esta interpretación armoniza con la propues-

24 BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 5a. ed., Buenos Aires, 1970, T. I, N° 384. Para la síntesis de distintas opiniones: LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *op. cit.*, Buenos Aires, 1984, T. I, N° 892.

ta en caso de que no coincidan el lugar de residencia y la sede de los negocios, señalada en el párrafo anterior.

c.3) *Domicilio conyugal*. El domicilio real del marido y de la esposa en el lugar de residencia elegido de común acuerdo, trasciende a la competencia en materia de acciones de separación personal, divorcio y anulación del vínculo y sobre las relativas a cuestiones que versen sobre los efectos del matrimonio, las que deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado (art. 227). Nos remitimos al comentario de este artículo<sup>25</sup>. La ley 23.515 fija también importantes consecuencias del domicilio que corresponden al Derecho Internacional Privado (arts. 162, 163 y 164).

c.4) *Caso de separación de hecho*. Las consideraciones elaboradas doctrinariamente sobre el problema del domicilio de la mujer casada separada de hecho son ahora extensivas a marido y mujer en esa situación. De las distintas soluciones ofrecidas, la de atribuir a cada cónyuge el domicilio real que resulte de su efectiva residencia es la más adecuada al régimen actual, sin perjuicio de la importancia del último domicilio conyugal indicada en el párrafo anterior. Esta razonable conclusión se apoya en la falta de norma que la contradiga, en que el domicilio real en el lugar del cumplimiento del deber de cohabitación ha desaparecido con la interrupción de la convivencia y en la apariencia jurídica en pro del interés de terceros<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> D'ANTONIO, *op. cit.*

<sup>26</sup> BORDA, *op. cit.*, N° 380; confr. LLAMBIAS, *op. y loc. cit.*, N° 889; LOPEZ OLACIREGUI, José María, Notas a SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino*, Buenos Aires, 1964, T. I, Ad. 931-B y sus referencias; BUSO, *op. cit.*, T. I, comentario al artículo 90, N° 123 y 124.

c.5) *Permanencia del domicilio de los cónyuges durante el trámite del juicio de anulación, separación personal o divorcio.* El domicilio real del marido y de la esposa en el lugar donde cumplen con la cohabitación se mantiene si permanecen sus requisitos (residencia efectiva y ánimo de permanecer allí) durante el trámite de anulación del matrimonio, separación personal o divorcio, pero es muy probable que cambie al menos el de uno de ellos por decisión unilateral o de ambos o por resolución judicial conforme a lo dispuesto en el artículo 231, si bien generalmente el desplazado del hogar común tendrá sólo una residencia durante el trámite dado que será transitoria.

c.6) *El domicilio del cónyuge y la muerte del consorte.* El domicilio real de cada cónyuge no es afectado por la muerte del consorte.

c.7) *Extinción del domicilio de los cónyuges en el lugar de cohabitación.* Según el artículo 206, separados los esposos personalmente por sentencia firme, cada uno de ellos podrá fijar su domicilio o residencia. La sentencia de divorcio vincular produce el mismo efecto (art. 217) si ya los ex cónyuges no se han dado domicilio independiente por previa separación de hecho o aplicación de la medida previa del artículo 231.