

LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES Y SU COHERENCIA CON EL SISTEMA LEGAL DE RELACIONES DE FAMILIA INSTAURADO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN*

*Paula Florencia MAYOR***

Fecha de recepción: 1° de octubre de 2017

Fecha de aprobación: 14 de diciembre de 2017

Resumen

El presente artículo propone abordar el análisis de los derechos y deberes matrimoniales, regulados en el artículo 431 del Código actual, en conjunto con los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, y el resto de la normativa de las relaciones de familia.

Se realiza el análisis a partir de la evolución histórica de los derechos y deberes matrimoniales, comenzando con la regulación decimonónica del Código Civil de Vélez Sarsfield, hasta llegar al actual Código Civil y Comercial de la Nación—, para luego examinar,

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Docente de Derecho de Familia y Sucesiones en la Universidad de Buenos Aires, desempeñándose actualmente como Jefe de Trabajos prácticos (cargo interno). Participante en el Programa de Adscriptos a Actividades de Investigación de la Universidad de Buenos Aires. Es autora de capítulos de libros y ponencias y ha participado en encuentros, jornadas y conferencias en su área de especialidad como asistente, ponente, moderadora y coordinadora. Actualmente ejerce la profesión en el ámbito privado.

** La autora agradece al Dr. Horacio A. Faillace por los aportes y su apoyo incondicional.

en particular, el derecho-deber de convivencia conyugal en su redacción actual en relación con el resto del sistema legal vigente.

Palabras clave

Reforma Código Civil y Comercial de la Nación – relaciones de familia – Derecho de Familia – matrimonio – efectos personales del matrimonio – derechos y deberes matrimoniales – cónyuges – cohabitación – convivencia – Derecho Público y Derecho Privado

RIGHTS AND DUTIES OF SPOUSES AND ITS CONSISTENCY WITH THE FAMILY RELATIONSHIPS LEGAL SYSTEM INTRODUCED BY THE NATIONAL CIVIL AND COMMERCIAL CODE

Abstract

This paper proposes an approach to the analysis of the rights and duties of marriage, set forth in Section 431 of the National Civil and Commercial Code, together with the analysis of the Fundamental Principles of its Preliminary Draft, and all other family legislation.

The analysis is made from a historical perspective of the evolution of the rights and duties of marriage, beginning with the nineteenth-century Civil Code of Vélez Sarsfield until the current National Civil and Commercial Code, in order to examine, in particular, the right-duty of spousal cohabitation in its current wording as it relates to the rest of the legal system.

Keywords

Amendment to the National Civil and Commercial Code – family relationships – Family Law – marriage – personal consequences of marriage – rights and duties of marriage – spouses – cohabitation – coexistence – Private and Public Law

I. Introducción

La ley nro. 26.944 sancionada el 1 de octubre de 2014 aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCCN”). La reforma del código de fondo se concibió a

los fines de establecer una relación armónica entre el ordenamiento jurídico positivo, el contenido de los tratados internacionales y la labor realizada por la doctrina y la jurisprudencia nacional para así, de manera coherente, armonizar el sistema de los Derechos Humanos con el Derecho Privado.

Las relaciones de familia, como la sociedad misma, atravesaron importantes cambios desde la sanción del Código de Vélez Sarsfield (1871), hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2014. En consecuencia, la normativa actual debía proponer un tratamiento diferente de los efectos patrimoniales y personales derivados del vínculo matrimonial.

En ese cambio cultural y paradigmático, o como resultado de él, se modifican los derechos y deberes de los cónyuges y especialmente el derecho-deber de convivencia y su vínculo con el resto del sistema jurídico. Para entender este proceso a continuación analizaremos la evolución histórica de los derechos y deberes matrimoniales en la legislación argentina; el análisis de los derechos y deberes matrimoniales en nuestra legislación actual, regulados en el artículo 431 del CCCN; y el derecho-deber de convivencia y su relación con el sistema legal instaurado.

II. Evolución histórica de la normativa que regula los derechos y deberes matrimoniales

II.A. Desde el derecho romano hasta el Código Civil de la Nación de Vélez Sarsfield

En el derecho romano, el matrimonio *cum manu* determinaba que la mujer saliese de su familia agnaticia para incorporarse a la familia agnaticia del marido. Esta incorporación implicaba que la esposa se sometía a la *manus* del *pater familias*. En este sentido, la potestad marital o autoridad del marido para con la esposa significaba que el matrimonio era una autentica *capitis deminutio* de esta última al momento de contraer nupcias.²

El Código de Napoleón³ reflejó la tradición del derecho consuetudinario en relación a los derechos y deberes matrimoniales. Así, estableció la autoridad marital sobre la persona

² El derecho germánico reguló una institución similar a la *manus* romana, el *mundium*, el cual implicaba el poder absoluto del marido sobre la persona y los bienes de la esposa.

³ *Code civil des Français*, promulgado el 21 de marzo de 1804 durante el gobierno de Napoleón Bonaparte.

de la mujer, de manera tal que el artículo 213 rezaba: *“el marido debe protección a su mujer; la mujer obediencia a su marido”*.

En el marco de esta doctrina se encontraba la obligación de la esposa de aceptar el domicilio común elegido por el marido. Otros corolarios de la potestad marital incluían la incapacidad de hecho de la mujer y la prerrogativa del marido de controlar las relaciones sociales y actividades de la esposa, su correspondencia, entre otros.

Diversos Códigos Civiles siguieron la tradición que inspiró la codificación francesa, entre ellos Bélgica, Italia, España, Chile.

En lo que respecta al Código Civil de la República Argentina (el “Código Civil”)⁴ en materia de derechos y deberes derivados del matrimonio, Vélez Sarsfield reprodujo en el artículo 187 la doctrina que propugnaba la autoridad del marido al establecer, la potestad marital de éste para la fijación del domicilio conyugal. Esta potestad, además, se reforzaba normativamente con la posibilidad de obtener el reintegro compulsivo mediante medidas judiciales y la privación de los alimentos ante la negativa de la esposa por acatar los designios del marido.

El Código Civil consagraba tres deberes derivados de la regulación de las relaciones personales de los cónyuges: la fidelidad, la cohabitación y la asistencia.

En relación a la potestad marital de fijación del domicilio conyugal, los artículos 185 y 187 establecían:

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

⁴ Aprobado por ley nro. 340. Promulgado el 25 de septiembre de 1869. Entrada en vigencia el 1 de enero de 1871 (artículo 1).

alimentos necesarios, y las expensas que le fuesen indispensables en los juicios”.

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

La ley 2.393 de Matrimonio Civil⁵ reprodujo prácticamente las mismas provisiones en su artículo 51 y siguientes. Desde el punto de vista de las relaciones personales de los cónyuges, y en particular en cuanto al derecho-deber de cohabitación, la normativa establecía:

“Artículo 51 (Código Civil ley 2.393).- El marido está obligado a vivir en una misma casa con su mujer y a prestarle todos los recursos que sean necesarios. Faltando el marido a estas obligaciones, la mujer tiene derecho a pedir judicialmente que aquel le de los alimentos necesarios. En este juicio podrá pedir las expensas que le fueren indispensables. Asimismo, podrá cualquiera de los cónyuges reclamar litis expensas al otro, cuando se tratare de defenderse en juicio en que se debatieren cuestiones extramatrimoniales”.

“Artículo 53 (Código Civil ley 2.393).- La mujer está obligada a habitar con su marido donde quiera que este fije su residencia. Si faltase a esa obligación, el marido puede pedir las medidas judiciales necesarias y tendrá derecho a negarle alimentos. Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden eximir a la mujer de esa obligación cuando su ejecución resulte peligro para su vida”.

⁵ Sancionada el 2 de noviembre de 1888. Modifica el Código Civil en la parte correspondiente al Régimen del Matrimonio. Fue abrogada por la ley 23.515 de 1987.

El 23 de agosto de 1957, a través del decreto-ley 9983/57, la República Argentina ratificó las Convenciones Interamericanas sobre Concesión de Derechos Civiles y Políticos a la Mujer en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana lo cual importó la entrada en vigor de su artículo 1, en virtud del cual “[l]os Estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre”. El compromiso internacional de adecuar la normativa positiva interna a dicha convención tuvo lugar en 1968 con la sanción de la ley 17.711.

El desarrollo de las reformas que introdujo esta ley en nuestro ordenamiento positivo exceden el marco del presente trabajo, pero cabe destacar que ésta eliminó la mención al derecho-deber del marido a ejercer los actos y acciones por su mujer como así también a la realización de “los gastos que fuesen necesarios para salvar sus derechos”.

El proceso evolutivo⁶ de regulación de las relaciones personales de los cónyuges registra otro hito trascendente con la sanción de la ley 23.515 el 8 de junio de 1987, que modifica y deroga artículos del Código Civil, como así también la sanción de la ley 2.393, que establece la igualdad de ambos cónyuges en sus relaciones personales y consagra los siguientes derechos-deberes matrimoniales: fidelidad recíproca (artículo 198 del Código Civil), asistencia (arts. 198, 207 a 209, y 231 del Código Civil) y cohabitación o convivencia en una misma casa (arts. 199 y 200 del Código Civil).

“Artículo 198 (Código Civil – ley 23.515) - Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos”.

“Artículo 199 (Código Civil – ley 23.515).- 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

⁶ El proceso evolutivo reseñado hasta la sanción de la ley 26.944 comprende la sanción de la Ley Nro. 23.515 de 1987, que establece la igualdad de ambos cónyuges en sus relaciones personales, junto con la sanción de la ley 23.264 de 1985, que confiere el ejercicio conjunto a ambos padres de la patria potestad (hoy responsabilidad parental). El análisis armónico de esas leyes demuestra la inserción de la legislación argentina en el marco de la Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Civiles y Derechos Políticos a la Mujer y a la Convención sobre Eliminación de las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por la Argentina mediante la ley 23.179, cuyo artículo 16 especifica las medidas pertinentes para eliminar la discriminación de la mujer en los asuntos vinculados con el matrimonio y las relaciones jurídicas familiares.

deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos”.

“Artículo 200 (Código Civil – Ley 23.515).- Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia”.

En cuanto al deber de cohabitación en la legislación hoy derogada, se identificaban dos caracteres esenciales: (i) la reciprocidad, en virtud del cual la convivencia exigía la recíproca aceptación de vivir juntos; y (ii) la permanencia, que imponía subsistencia de la obligación de cohabitación hasta tanto no se promoviera el juicio de separación personal de los cónyuges o el del divorcio vincular.

Ese plexo legal contemplaba la dispensa judicial del deber de cohabitación en el artículo 199 del Código Civil para el caso en que se comprobara la hipótesis excepcional en que el sostenimiento de la cohabitación podría colocar al grupo familiar en situación de peligro, lo que a su vez debía ostentar las características de inminente y suficientemente grave.

Doctrinariamente se reconoció la posibilidad de que los cónyuges acordasen el cese del derecho-deber matrimonial de cohabitar en la misma casa ante situaciones de índole personal o laboral, siempre y cuando dicho cese ostentara el carácter excepcional, insuperable y temporal.

Atento el carácter de orden público de las normativas analizadas, era nulo todo convenio celebrado entre los cónyuges, relativo a dispensar el derecho-deber de cohabitar en una misma casa.

En concordancia con la obligatoriedad del derecho-deber de cohabitación de los cónyuges, el artículo 199 párrafo 2do del Código Civil establecía que “cualquiera de los

cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos”.⁷

En esta misma inteligencia, el incumplimiento por parte de cualquiera de los cónyuges del deber de cohabitar en una misma casa determinaba la configuración de la causal de separación personal o divorcio vincular por abandono del hogar regulado en el artículo 202 inciso 5to del Código Civil derogado.

II.B. Código Civil y Comercial de la Nación

II.B.1. Introducción

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se exponen los valores y principios que caracterizan al proyecto. Estos son: la identidad cultural latinoamericana, la igualdad, el paradigma no discriminatorio, los derechos individuales y colectivos, la sociedad multicultural, la seguridad jurídica en las transacciones comerciales y la constitucionalización del derecho privado.

En relación a este último, se explicita el objetivo innovador de establecer una comunidad de principios entre la Constitución Nacional (CN), el Derecho Público y el Derecho Privado, al conteste del reclamo de la mayoría de la doctrina jurídica nacional, como así también el contenido de los tratados internacionales incorporados en el bloque de constitucionalidad (artículo 75 inciso 22 CN).⁸ En este sentido, se pretende superar la

⁷ La solución legal del apercibimiento de negar alimentos ante la intimación al otro cónyuge de reanudar la convivencia interrumpida ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina nacional. Esto atento a entenderse que se dirime un conflicto entre el deber de cohabitación y el deber de asistencia recíproca. Por otra parte, podía llegar a suscitarse que la intimación se constituyera en una medida coercitiva en la medida en que uno de los cónyuges podía forzar al otro a una convivencia no voluntaria –y hasta peligrosa– por no tener medios económicos para resguardar su voluntad.

⁸ La última reforma de nuestra Constitución Nacional tuvo lugar en el año 1994. Si bien, en su conjunto, no se modificaron los principales contenidos de la Constitución de 1853, sí cambió parte de la estructura institucional y se incorporaron nuevos derechos, a partir del reconocimiento de la jerarquía constitucional de múltiples tratados internacionales sobre Derechos Humanos firmados y ratificados por la Argentina.

división tajante entre el Derecho Público y Privado a los fines de lograr “una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.⁹

Se reconoce un avance del principio constitucional de la autonomía de la voluntad (artículo 19 CN) que supera la mirada rígida de las relaciones jurídicas humanas familiares bajo la pretensión de considerar la totalidad de la normativa de orden público. Si bien es indiscutible que la institución familiar es de interés del Estado, hoy en día se entiende que existe un derecho a la vida familiar que trae, como consecuencia ineludible, un límite a la injerencia estatal.

En este contexto innovador, se reconoció que los cambios vividos por nuestra sociedad han provocado una desarticulación entre el régimen jurídico matrimonial del Código Civil y la familia argentina.¹⁰

A los fines de cumplimentar el objetivo de mayor —y mejor— equilibrio en la clásica tensión entre el orden público y la autonomía de la voluntad es que se introdujeron diversas modificaciones en el régimen del matrimonio.

Una de estas modificaciones sustanciales es la regulación de los derechos y deberes de los cónyuges¹¹ como consecuencia ineludible del divorcio incausado consagrado en el ordenamiento jurídico vigente.

En la legislación derogada, analizada en el acápite anterior, el incumplimiento de alguno/s de los derechos y deberes matrimoniales por parte de uno de los cónyuges originaba el consecuente derecho en el otro de demandar la separación personal o el divorcio vincular por dicho incumplimiento, con la calificación de la conducta en “culpable de la ruptura matrimonial” (artículo 202 y concordantes del Código Civil derogado).

⁹ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, sección “I. Aspectos Valorativos”.

¹⁰ Sin perjuicio de las reformas, modificaciones y derogaciones que procuraron su adaptación.

¹¹ Va de suyo que en las relaciones de familia no solo se efectúan reformas en los efectos personales de los cónyuges sino también en los efectos patrimoniales derivados del acto matrimonial de importante tenor tales como la incorporación del régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes; la modificación de los objetos de las convenciones matrimoniales (artículo 446 del CCCN); las disposiciones comunes a ambos regímenes, la modificación en el régimen de responsabilidad conyugal, entre otros, que atento al limitado objeto del presente trabajo no serán desarrollados.

El Código Civil y Comercial vigente suprimió las causales subjetivas de divorcio,¹² y por ende la calificación de la conducta de los cónyuges, con la finalidad de contribuir a superar el conflicto familiar de la manera más racional y menos controversial posible.¹³ Así se elimina, prácticamente, toda sanción ante el incumplimiento de los derechos y deberes matrimoniales lo que, a su vez, conlleva necesariamente la modificación de los mismos en el nuevo ordenamiento legal.

II.B.2. Análisis del artículo 431 Código Civil y Comercial de la Nación

El artículo 431 del Código Civil y Comercial de la Nación establece:

“Artículo 431. Asistencia. (Código Civil y Comercial de la Nación – ley nro. 26.944): Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

A continuación, analizaremos este artículo con mayor detenimiento.

II.B.2.1. Proyecto de vida en común

El artículo 431 CCCN destaca el concepto de “proyecto de vida en común”, que implica la conjugación de aspiraciones, esfuerzos y decisiones de los miembros de la pareja en miras de una construcción compartida sostenida en el tiempo.

¹² Sin perjuicio de la incorporación de las causales objetivas del divorcio vincular incorporadas luego de la sanción de la ley 23.515 en los artículos 214 inc. (b) y 215, por la separación de hecho sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años y la presentación conjunta realizada por los cónyuges transcurridos tres años del matrimonio, respectivamente.

¹³ Se expone en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que: “Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y siguiéndose la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio”. Sección V, título I: matrimonio.

La inclusión del concepto en la regulación de los derechos y deberes matrimoniales responde a una importante función armonizadora “en tanto propicia el abandono de las estructuras de subordinación por modelos de coordinación matrimonial y familiar, y el reemplazo de todo resabio de relaciones verticales por modelos horizontales y cooperativos, sostenidos por una dinámica democrática asentada en el respeto por la diversidad y la tolerancia” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA Y LLOVERAS, 2014).

Con buena técnica legislativa se incorporó un concepto “abierto”, lo cual permite que el contenido del proyecto de vida quede reservado a la intimidad de cada matrimonio, superándose así la noción tradicionalista para la cual el destino del matrimonio es la procreación y a la educación de los niños.

La nueva terminología utilizada resulta ser una expresión jurídica de la constitucionalización del derecho privado que destacamos anteriormente.

II.B.2.2. Cooperación

El derecho-deber de cooperación es una consecuencia ineludible del proyecto de vida en común por cuanto presupone la ayuda y colaboración de los cónyuges entre sí en pos de los objetivos de la pareja.

El concepto responde a la premisa de solidaridad familiar y es una manifestación de la igualdad entre los cónyuges.¹⁴

II.B.2.3. Asistencia mutua

Al igual que la cooperación, la asistencia mutua es un efecto esencial del proyecto de vida en común.

El concepto de asistencia mutua del artículo en análisis comprende aspectos tanto extra-patrimoniales como patrimoniales, pero concentrando el objetivo de la norma en la prestación alimentaria en sentido estricto, derivando las consecuencias de esa imposición legal a los artículos siguientes (arts. 432 al 434 del CCCN).

¹⁴ Este derecho-deber matrimonial tiene desarrollo jurídico expreso en el artículo 455 del CCCN, que regula la obligación de los cónyuges de contribuir a los gastos del hogar.

La regulación del derecho-deber de asistencia mutua desde la perspectiva extra-patrimonial abarca el compartir alegrías y preocupaciones, la salud y la enfermedad, respondiendo a la idea del matrimonio como propuesta solidaria y afectiva poniendo especial énfasis en la comunidad familiar y la igualdad de los cónyuges, con la supresión de las agobiantes potestades maritales y del modelo de subordinación.¹⁵

Se pretende que el Derecho refuerce las mejores conductas y tendencias del ser humano cuando comparte su proyección existencial con otro al que entrega y de quien recibe lo mejor de sí.

II.B.2.4. Deber moral de fidelidad

Bajo el Código Civil y Comercial el deber de fidelidad es moral puesto que es una expresión sin contenido jurídico por cuanto la ley no atribuye consecuencias jurídicas ante su incumplimiento ni tampoco la posibilidad de exigir coactivamente su acatamiento. Su alcance es simplemente moral o ético sin ninguna trascendencia en el ámbito jurídico.

La contundencia del cambio de paradigma se advierte sin mayor esfuerzo. Podrá resultar conmovedora en un sentido o en otro, pero desde la más sana técnica jurídica se advierte que no es posible concluir de manera diferente.

Esto por cuanto, en concordancia con el concepto amplio de proyecto de vida en común, la fidelidad queda reservada al ámbito privado de la pareja como expresión de la autonomía de la voluntad.¹⁶

II.B.2.5. La convivencia o la cohabitación conyugal

¹⁵ Si bien no hay sanciones específicas para el incumplimiento del derecho-deber de asistencia mutua en el aspecto extra-patrimonial, el hecho de que el cónyuge no recoja al otro en un establecimiento adecuado cuando no puede valerse por sí mismo, configura la violación del deber en cuestión y califica como causal de indignidad en los términos del artículo 2281 inc. (e) del CCCN.

¹⁶ Si bien la extensión del presente trabajo no permite realizar un análisis profundizado del derecho-deber moral de fidelidad, es importante destacar que uno de los aspectos debatidos en la doctrina nacional fue la posibilidad, o falta de ella, de pretender un resarcimiento del daño moral ante la infidelidad de alguno de los cónyuges. Al respecto, se ha dicho que no es factible dicho resarcimiento en concepto de daño moral atento que, para ser posible, se exige la comisión de un ilícito y, en la redacción actual del artículo 431, se descarta la ilicitud en la violación de la fidelidad.

En la redacción originaria del artículo 431, la Comisión de Reformas había suprimido el deber de cohabitación de los cónyuges, sin siquiera incluirlo como deber moral.¹⁷ Sin embargo, antes de la aprobación del cuerpo normativo por la Cámara de Senadores, el artículo en análisis fue modificado incluyendo, finalmente, el deber-derecho de cohabitación.

Sin perjuicio de ello, se suprimió de la redacción originaria del Código Civil los supuestos de excepción al deber de cohabitación y la aclaración de la convivencia en la misma casa.

En concordancia con la lógica interna del sistema que promulga el divorcio incausado, en virtud del cual el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los cónyuges,¹⁸ no se regularon efectos derivados de la violación del derecho-deber de cohabitación, como tampoco se regularon vías de requerimiento judicial a través de los cuales uno de los cónyuges pudiera exigir la reanudación de la convivencia interrumpida por el otro.

II.B.2.6. El derecho-deber de convivencia y su vínculo paradójico con el sistema legal actual

En el marco descripto —el sistema legal de los derechos y deberes de los cónyuges contenido en el Código Civil y Comercial—, el deber de convivencia se presenta como un verdadero deber moral atendiendo a la falta de regulación de sanción ante su incumplimiento, la ausencia de herramientas judiciales brindadas para exigir su cumplimiento y la imposibilidad de reclamar daños y perjuicios derivados del incumplimiento al descartarse la ilicitud de su violación.

¹⁷ “Este diseño tenía la ventaja de abarcar dentro de la institución matrimonial a una forma de organización familiar en ocasiones preferida por quienes integran segundas o posteriores uniones, muchas veces con hijos de uniones anteriores, llamadas en el sistema anglosajón parejas LAT (*living apart together*)” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA Y LLOVERAS, 2014).

¹⁸ “El matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio”. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Sección V, título I: matrimonio.

Revistiendo el derecho-deber de convivencia y el derecho-deber de fidelidad carácter moral o ético, concluimos que el único derecho y deber conyugal estrictamente legal es el de asistencia, pero solo en su faz patrimonial, por cuanto es el único derecho deber regulado cuyo incumplimiento trae aparejada la responsabilidad correspondiente.¹⁹

La solución contraria conlleva la agresión a los aspectos axiológicos que se propusieron en la reforma, expuestos en los Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación,²⁰ al convertirse en una arbitraria injerencia del Derecho Público en el ámbito privado conyugal.

Además, disponer la obligatoriedad de la convivencia de los cónyuges en una misma casa implica, necesariamente, una contradicción con el concepto de “proyecto de vida en común” al cual se comprometen al momento de contraer nupcias.

El “proyecto de vida en común”, según se expuso, es un concepto amplio que apunta a la conjugación de aspiraciones, esfuerzos y decisiones de cada pareja, respondiendo a un modelo horizontal y cooperativo, de dinámica democrática, en función del cual la cohabitación, o falta de ésta, debe pertenecer al ámbito interno de la pareja, al resguardo de la autonomía de la voluntad, repeliendo la intrusión abusiva del orden público.

¹⁹ “Se regulan sólo los deberes y derechos estrictamente jurídicos, es decir, aquellos que cuyo incumplimiento genere consecuencias en ese plano. Los derechos y deberes de carácter moral o éticos quedan reservados al ámbito privado. Este punto de partida no significa desconocer el alto valor axiológico del deber de fidelidad o el de cohabitación; sólo se trata de que al receptarse un régimen incausado de divorcio, el incumplimiento de estos derechos y deberes no generan consecuencias jurídicas; por eso no se los regula. En este sentido, sólo subsiste el derecho y deber de asistencia, previéndose expresamente el deber de alimentario y las pautas para su fijación, mientras se encuentren casados conviviendo, o separados de hecho; tras el divorcio, esa obligación puede existir por acuerdo de partes o ante dos supuestos expresamente previstos, fundados en el principio de solidaridad familiar: 1) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio transmitiéndose a los herederos del alimentante, y 2) a favor de quien carece de recursos suficientes y de la posibilidad razonable de procurárselo”. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Sección V, título I: matrimonio.

²⁰ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Sección I. Aspectos Valorativos.

En fin, es posible sostener que se fortalece el ámbito de la libertad apoyada en el resguardo y la vigencia del proyecto común que obliga por igual a ambos miembros de la pareja y los compromete, en lo íntimo y subjetivo, en su compromiso con el otro. El compromiso perdura y se nutre con la observancia del respeto mutuo y la libertad de insistir en él aún en los momentos más difíciles de la convivencia, de la cotidianidad y de la imprevisibilidad de la vida misma.

II.B.2.7. El derecho deber de convivencia y la coherencia con el sistema jurídico

Esta recorrida por el artículo 431 del CCCN, nos lleva a concluir que en el ordenamiento jurídico positivo vigente, los cónyuges, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se encuentran facultados a elaborar el proyecto de vida en común en el que confluyan sus subjetividades, sin que medie la obligación legal de convivir en una misma casa.

Sin perjuicio de lo expuesto, al analizar el resto de la normativa del Libro II del Código Civil y Comercial se vislumbra la inclusión de la cohabitación como elemento relevante en la regulación de diversos institutos. Por ejemplo:

“Artículo 433 CCCN.- Pautas para la fijación de los alimentos: Durante la vida en común y la separación de hecho, para la cuantificación de los alimentos se deben tener en consideración, entre otras, las siguientes pautas: ... a) el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades... e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar f) el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. g) si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial, h) si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación. (...)”.

“Artículo 442 CCCN.- Fijación judicial de las compensaciones económicas. Caducidad: A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre lavase de diversas circunstancias, entre otras: b) dedicación que cada cónyuge brindo a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio... f) atribución de la vivienda familiar y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un bien inmueble arrendado. En este último caso, quien abona el canon locativo”.

“Artículo 425 CCCN.- Nulidad Relativa. Legitimados: Es de nulidad relativa: c) el matrimonio celebrado con alguno de los vicios del consentimiento a que se refiere el artículo 409. La nulidad solo puede ser demandada por el cónyuge que ha sufrido el vicio de error, dolo o violencia. La nulidad no puede ser solicitada si se ha continuado la cohabitación por más de treinta días después de haber conocido el error o de haber cesado la violencia. El plazo para interponer la demanda es de un año desde que cesa la cohabitación”.

En el artículo 433 del CCCN, la convivencia forma parte de las pautas proporcionadas al juez para la determinación de la procedencia y el *quantum* del deber de asistencia —en su faz patrimonial, los alimentos— reclamado entre los cónyuges durante la vida en común y la separación de hecho.

En el artículo de análisis, el elemento temporal cumple una función importante a los fines regulatorios y es coherente que así sea, ya que proporciona una noción del compromiso de los cónyuges para con el proyecto de vida en común elaborado.

Pero lo que no resulta atendible es el modo en el que se ha hecho referencia a la convivencia en el inciso (g), el cual reza: “si los cónyuges conviven, [deberá considerarse] el tiempo de la unión matrimonial”, si realizamos un análisis comparado de este apartado a la luz del siguiente inciso, (h), que reza “si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación”.

Esto por cuanto la redacción del inciso (g) anima a interpretar que éste se refiere a la pauta de fijación temporal para el reclamo de alimentos durante la vida en común, mientras que el inciso (h) apunta a las pautas proporcionadas en el reclamo alimentario durante la separación de hecho.

En otras palabras, durante la vida en común se ofrece como parámetro el tiempo de la unión, en el supuesto en que hubiere habido convivencia. En cambio, se tendrá en consideración el elemento tiempo de la unión y de la separación si los cónyuges están separados de hecho.

En esta inteligencia, la utilización del término “cohabitación” en el inciso (g) aparece como elemento de caracterización del vínculo matrimonial vigente, cuando —a la postre— la pauta determinante no es la cohabitación sino el tiempo de la unión. La mención de la cohabitación resulta —por lo menos— inocua.

En el análisis del cambio de paradigma de los derechos y deberes conyugales, la regulación de las pautas para la fijación de alimentos del artículo mencionado presenta una suerte de resabio de la derogada doctrina conservadora que incluye la cohabitación bajo un mismo techo como parte integrante del conjunto de derechos y deberes matrimoniales y como elemento orgánico del matrimonio.

Análoga situación se presenta en el análisis del inciso (b) del artículo 442 del CCCN, que regula las pautas de la fijación judicial de las compensaciones económicas, y reza: “[la] dedicación que cada cónyuge brindo a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio (...)”.

La dedicación a la familia, a la crianza y educación de los hijos durante la vigencia de la unión matrimonial resulta un elemento razonable de ponderación a la hora de determinar la procedencia de la compensación económica y, en su caso, la fijación de la cuantía. Conformen, sin lugar a dudas, elementos indispensables de la comprensión de “familia”, en todo modelo familiar.

Pero, ¿por qué referirse nuevamente a la cohabitación cuando, cabalmente, a lo que se alude es a la vigencia del vínculo matrimonial?

La dedicación a la familia, la crianza y educación de los hijos deben ser parámetros a fin de considerar la procedencia y cuantificación de las compensaciones económicas independientemente de que el proyecto de vida en común incluya o no la cohabitación.

Incluso, debe estarse a la presencia de estos elementos como parte subsumida en la concepción de “familia”, independientemente de que ésta se enmarque en un vínculo matrimonial, extramatrimonial o ante el acaecimiento de la separación de hecho o divorcio vincular.

Se propone también el análisis del artículo 425 del CCCN que regula la acción de nulidad relativa del matrimonio celebrado con alguno de los vicios del consentimiento del artículo 409 del CCCN.

Al versar sobre un supuesto de nulidad relativa, es razonable la incorporación de un elemento de confirmación o saneamiento al estar en juego el interés particular y no el orden público.

Sin perjuicio de ello, hubiera resultado integrador para con el cambio de paradigma de los derechos y deberes conyugales la inclusión de un derecho-deber matrimonial como elemento de confirmación y no un derecho-deber moral, como entendemos que es la convivencia, a los fines de pretender el saneamiento del acto jurídico familiar matrimonial.

En particular en el supuesto de violencia, en donde resulta especialmente dificultosa la determinación del momento en el que se puede considerar cesado el o los actos violentos—en todas sus modalidades—, y atento que la cohabitación en dicho supuesto suele estar comprometida o condicionada a un cierto sometimiento o dependencia económica de uno de los cónyuges para con el otro.

III. Reflexiones finales

Conforme se expuso en el subacápite anterior, el análisis del artículo 431 del CCCN nos permite concluir que la cohabitación se encuentra subsumida en el proyecto de vida en común dentro del marco de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Sin embargo, la incorporación de la convivencia en la regulación de las relaciones de familia, en especial en los artículos que se citaron a modo de ejemplo, resulta poco acertada dado que la redacción finalmente aprobada del artículo podría animar interpretaciones—entendemos, erróneas— en relación al carácter de derecho-deber de convivencia como parte ontológica de la institución matrimonial, y no como aspecto legalmente relegado a la privacidad del matrimonio.

Es decir, en relación al alcance y efectos de la cohabitación en el vínculo matrimonial, la lectura de la normativa jurídica vigente podría autorizar interpretaciones que responden a paradigmas de modelo de familia disímiles.

La reforma alcanzada, como todo acto humano surgido del debate y del consenso, es, seguramente perfectible. Hasta la misma noción de orden público que hace poco más de un siglo se presentaba como un concepto granítico indiscutible fue modificada en la búsqueda del equilibrio con la autonomía de la voluntad, aun cuando nuestro Magno Texto, ya en 1853, parecía resolver la disputa en su artículo 19.

Sin perjuicio de lo expuesto, es indispensable proporcionar seguridad jurídica en lo que en materia de obligaciones conyugales respecta.

A tal fin, entendiendo a la ley como un conjunto de normas racionalmente enlazadas e interrelacionadas entre sí —en contraposición a la noción de simple conjunto de elementos pertenecientes a compartimentos estancos— proponemos integrar al análisis de la cohabitación con las pautas de interpretación del sistema jurídico consagradas en el artículo 2 CCCN cuya redacción vigente reza:

“Artículo 2 CCCN.- Interpretación: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

A su vez, cabe destacar que el legislador ha explicado en los Fundamentos del Anteproyecto que:

“1) siguiendo la postura doctrinaria mayoritaria, ‘la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley’; 2) teniendo en cuenta la finalidad de la ley, se deja de lado toda referencia a la intención del legislador por lo cual: ‘De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación’; 3) las leyes análogas ‘tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley

análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales’; 4) se hace expresa referencia al ordenamiento jurídico, superándose así *‘la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema’*. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto” (CARAMELO, PICASSO Y HERRERA, 2015).

En definitiva, de las pautas interpretativas consagradas en el artículo 2 CCCN, surge acabadamente que la comprensión del paradigma que guió al legislador brinda una pauta insoslayable al obligado exégeta de la norma que le permitirá sortear el obstáculo que representan dos interpretaciones opuestas en el análisis del instituto de la cohabitación.

En esta inteligencia, habiendo tenido la reforma el objetivo de reforzar la comunidad de principios del Derecho Público y Privado, los Tratados Internacionales, la doctrina y jurisprudencia nacional, entendemos que la interpretación armónica y equilibrada del instituto en cuestión es aquella que sostiene que la cohabitación es un verdadero deber moral y no un derecho-deber matrimonial.

Esta conclusión es la expresión racional y holística del proceso evolutivo de la regulación de las relaciones personales. Tal es así en tanto se adecua a los cambios socioculturales que provocaron la desarticulación entre el régimen jurídico matrimonial y la transformación de la familia argentina contemporánea. En síntesis, la cohabitación es un “hecho” que pertenece al ámbito privado de la autonomía de la voluntad que los cónyuges en su proyecto de vida en común.

Lamentablemente, la redacción finalmente aprobada del artículo 431 CCCN, representa la pérdida de oportunidad histórica de reformular el paradigma de los derechos y deberes matrimoniales enalteciendo —con absoluta claridad y sin dejar lugar a dudas— que la autonomía de la voluntad es y debe ser el eje rector de las relaciones matrimoniales.

La incorporación de la cohabitación en la redacción aprobada del artículo 431 CCCN —ausente en el Anteproyecto original del Código Civil y Comercial— resultó, entonces, un avance tibio en la reestructuración paradigmática pretendida.

A modo de cierre, creemos que el nuevo régimen nacido a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación exige al jurista concebir la convivencia matrimonial como una decisión de los cónyuges en el ejercicio del principio constitucional de la autonomía de la voluntad, descartando la noción de deber jurídico de orden público impuesto y exigido legalmente al matrimonio, debiendo echar mano a la normativa de interpretación citada —artículo 2 del CCCN— a los fines de reafirmar, o esclarecer, el carácter moral o ético de la convivencia matrimonial.

Bibliografía

ALTERINI, J. H. (dir.) (2015) *Código Civil y Comercial comentado: tratado exegético*. Buenos Aires, La Ley.

CARAMELO, G., PICASSO, S. y HERRERA, M. (dirs.) (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo II, libro segundo. Buenos Aires, Infojus.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LLOVERAS, N. (2014) *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*, tomo I. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni.

SOLARI, N. E. (2015) *Derecho de las Familias*. Buenos Aires, La Ley.