



## **LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL**

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

**ABOGACÍA**

**GONZALO FABIÁN BURGOS**

**VABG 34003**

## **RESUMEN**

El objetivo del presente TFG consiste en investigar la regulación legal del matrimonio, a partir del Código Civil y Comercial nuevo en comparación con el régimen derogado. La descripción se expresa a través de la legislación reformada, para ir cotejando los datos que permitan aclarar sus relevancias conforme al marco teórico particular que guía esta investigación. Los resultados: del análisis efectuado, surgen avances significativos en la determinación de la institución matrimonial y en los efectos del mismo, dándole mayor agilidad y esclarecimiento. Los hallazgos principales: residen en el deber de asistencia moral y material, los alimentos, la capacidad de la mujer casada y el deber de fidelidad, con los avances que trae la moderna legislación tema de los convenios al inicio de la demanda de divorcio como así también en lo referente a las atribuciones del hogar conyugal. En cuanto a las contribuciones, giran en torno a brindar respuestas inmediatas y soluciones a la institución matrimonial, a raíz del surgimiento de la ampliación de dicha institución a nuevas situaciones que se incorporan con la misma igualdad en derechos y que se presentan en todas las provincias del extenso territorio nacional.

Palabras clave: matrimonio- reforma- efectos – capacidad - fidelidad.

## **ABSTRACT**

The objective of this TFG is to investigate the legal regulation of marriage, starting with the new Civil and Commercial Code in comparison with the repealed regime. The description is expressed through the reformed legislation, in order to compare the data that allow to clarify its relevance according to the particular theoretical framework that guides this investigation. The results: of the analysis carried out, arise in significant advances in the determination of the marriage institution and its effects, giving it greater agility and clarification. The main findings: they reside in the duty of moral and material assistance, food, the capacity of the married woman and the duty of fidelity, with the advances that the modern legislation brings about the conventions at the beginning of the divorce demand as well as regarding the attributions of the conjugal home. Regarding the contributions, they revolve around providing immediate answers and solutions to the matrimonial institution, as a result of the emergence of the extension of said institution to new situations that are incorporated with the same equality in rights and that are presented in all the provinces of the extensive national territory.

Key words: marriage - reform - effects - capacity - fidelity.

## **AGRADECIMIENTO**

Estoy transitando la etapa final de una instancia, muy esperada, en este mi transcurrir por la vida universitaria lo que tiene un significado muy fundamental que comprende una serie de momentos acaecidos durante la misma, con el acertado término de conseguir mi ambicionado título de abogado.

En primer término, quiero manifestar mi más sincero agradecimiento a mis padres que me dieron la vida, lo que es extensivo a mi familia en su conjunto, la presencia de ellos ha sido primordial, al animarme en mis objetivos, con sus palabras francas y acertadas a auxiliar con sus comportamientos a que no abandonara mi propósito particular de vida. Sus presencias han sido imprescindibles, vivificantes, estimulantes.

Mis padres me proporcionaron la plataforma de valores y principios, desde mi infancia, a los cuales nunca eludí, sino por el contrario fueron el eje central, el destello que guió mi derrotero en mi vida universitaria. También a mis amigos, amigas, los que contribuyeron a través de sus plegarias a que no me dejara abatir, cuando algún inconveniente se me presentaba.

A mis compañeros de estudio, que, con su presencia, buena disposición y entrega han colaborado en la obtención de este título.

A la Universidad Empresarial Siglo 21, que ha sido una protagonista esencial en mi trayecto educativo, por impulsarme a continuar siempre en la conquista de mis aspiraciones, de mis sueños más anhelados, por enseñarme que con perseverancia, esfuerzo y sacrificio se puede conseguir cada desafío.

Así también quiero hacer llegar mi agradecimiento al cuerpo de profesores, profesionales muy consustanciados con su labor docente, quienes han sido participantes fundamentales, los que me motivaron de manera constante, y no me admitieron que el agobio se apoderara de mí ante cualquier eventualidad que pudiera presentarse, a lo largo de la misma.

Vaya mi agradecimiento al personal administrativo, que siempre actuó con suma cortesía, siempre gentil, atento, por servirme de guía, como además en la orientación manifestada a través de los años y a cada una de las personas que de variadas maneras han ayudado a que mi paso por la Universidad fuera una pretensión agradable, merced a los cuidados recibidos.

**Gonzalo Fabián Burgos**

## **INDICE DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	7
 <b>CAPITULO 1: GENERALIDADES</b>	
1 a- Introducción .....	10
1 b- Evaluación histórica de la autoridad marital .....	10
1 c- Deber de asistencia moral y material .....	20
1 d- Alimentos .....	21
1 e- Conclusiones parciales .....	21
 <b>CAPITULO 2: LA CONVIVENCIA DE LOS ESPOSOS</b>	
2 a- Introducción .....	23
2 b- Regulación del Código Civil .....	23
2 c- Ley de matrimonio civil y reformas .....	26
2 d- Control de correspondencia y finalización de las amistades .....	31
2 e- Conclusiones parciales .....	32
 <b>CAPITULO 3: DERECHO ARGENTINO</b>	
3 a- Introducción .....	33
3 b- Nombre de las personas casadas. Antecedentes – Derecho Comparado .....	33
3 c- Posiciones doctrinarias en el plano nacional .....	36
3 d- Conclusiones parciales .....	38
 <b>CAPITULO 4: OTROS EFECTOS</b>	
4 a- Introducción .....	39
4 b- Capacidad de la mujer casada. Antecedentes legislativos extranjeros .....	39
4 c- Código Civil – Ley 11357 .....	41
4 d- Deber de fidelidad .....	44
4 e- Conclusión parcial .....	47

**CONCLUSIONES GENERALES** ..... 49

**BIBLIOGRAFIAS GENERALES**

Doctrina ..... 54

Legislación ..... 55

Jurisprudencia ..... 55

# INTRODUCCIÓN

La investigación que motiva el presente trabajo radica en determinar los efectos personales que nacen de la institución matrimonial, particularmente en virtud de lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación, a partir de la última reforma del mismo. Se debe tener en cuenta el resguardo de los derechos y deberes que surgen a saber, asistencia, convivencia, nombre de las personas casadas, deber de fidelidad, teniendo en cuenta los diversos modos del matrimonio, los que se encuentran contemplados en el Código Civil y Comercial reformado, en donde surgen la contemplación y resguardo de los mismos en un contexto de celeridad, rápida solución a situaciones de pareja que puedan surgir, ante diferentes eventualidades. Por lo tanto, se considera a la temática elegida de alta relevancia actual ya que lo que se aspira es darle mayor claridad a este instituto que ha sido de tratamiento durante la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo fundamental para la normal marcha y desenvolvimiento del mismo. En cuanto a la organización del Trabajo se estructura con una Introducción, cuatro capítulos que constituyen los ejes centrales del mismo. Cada Capítulo cuenta con su introducción y conclusiones parciales. El primer capítulo que lleva por título Generalidades, se limita a efectuar una evolución histórica de la autoridad marital y el tratamiento del deber de asistencia moral y material, alimentos. El Capítulo dos se denomina la convivencia de los cónyuges, su regulación del Código Civil, por la Ley de matrimonio civil y reformas y otras temáticas como el control de correspondencia y finalización de las amistades; en el Capítulo tres intitulado Derecho Argentino, se considera el nombre de las personas casadas especificándose los antecedentes y su tratamiento por el Derecho Comparado, en donde se puntualizan las Posiciones doctrinarias en el plano nacional. Por su parte el Capítulo cuatro, que lleva por título otros efectos, se realiza la consideración de la capacidad de la mujer casada, en donde se remite a los antecedentes legislativos extranjeros, para seguir con el Código Civil – Ley 11357, y el deber de fidelidad. Se completa con Conclusiones Generales del trabajo de investigación y el listado de la Bibliografía usada a lo largo del trabajo. En cuanto al Problema de Investigación este consiste en determinar las lagunas legales que existen en parejas de igual y diferente sexo, que han motivado su tratamiento y consideración por parte de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, vinculado a ello el tema de la filiación en esta clase de parejas y el avance de sus derechos. Esto además se relaciona estrechamente con los Objetivos, existiendo uno que es General, que se concentra en analizar las problemáticas que surgen de la institución matrimonial y la filiación en virtud de lo dispuesto por

el Código Civil y Comercial de la Nación, por su parte los Específicos: -destacar la evolución histórica de la autoridad marital con respecto a la igualdad jurídica de los cónyuges, distinguir el deber de asistencia tanto moral como material, explicar la importancia de la obligación alimentaria entre cónyuges; describir que rubros abarca la obligación alimentaria y a quienes comprende, destacar lo que se comprende como deber de convivencia, el art. 431 del Código Civil y Comercial reformado, mencionar si existe una evolución en el concepto de la capacidad de la mujer casada según el Código Civil y Comercial del 2015, investigar la evolución del deber de fidelidad entre cónyuges, describir la nueva concepción del deber de fidelidad, según el Código Civil reformado.

En lo relativo a la justificación y relevancia de la temática elegida se puede mencionar que en los últimos años ha adquirido mayor importancia, debido al aumento en la interposición de demandas de divorcios que se tramitan tanto en los tribunales locales como de otras provincias en el esquema nacional. En la exposición de motivos del Código Civil reformado se mencionan las exigencias de la sociedad, debido a que el trámite que generaba el divorcio no era sencillo sino sobre todo complicado y producía secuelas en el ámbito familiar. (Hitters, 2015)

En cuanto a las preguntas de investigación estas son: ¿Cuáles son los efectos personales que surgen de la institución matrimonial específicamente en virtud de lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación?- ¿Cuál es la evolución histórica de la autoridad marital con respecto a la igualdad jurídica de los cónyuges?,- ¿Cuál es la distinción entre el deber de asistencia tanto moral como material?,- ¿Cuál es la importancia de la obligación alimentaria entre cónyuges?,- ¿Cuáles son los rubros que abarca la obligación alimentaria y a quienes comprende?,- ¿Cuál es la conceptualización que se tiene del deber de convivencia, según las disposiciones del Código Civil y Comercial reformado?,- ¿Existe una evolución en el concepto de la capacidad de la mujer casada según el Código Civil y Comercial del 2015?,- ¿Cuál es la evolución del deber de fidelidad entre cónyuges?,- ¿Por qué es importante la nueva concepción del deber de fidelidad, según el Código Civil y Comercial de la Nación reformado? En lo referente a la Hipótesis de Trabajo, se parte de la presunción de que es fundamental destacar la labor de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, particularmente en la institución del matrimonio y los efectos personales que surgen del mismo. Esta hipótesis de trabajo comprende las siguientes cuestiones: las modificaciones que ha sufrido dicha institución a raíz de

la puesta en vigencia de dicha reforma, destacando los efectos que ello genera en la institución matrimonial en sus diversas modalidades.

El aporte de esta investigación, radica en brindar de forma detallada y comparativa, el modo de funcionamiento de la institución objeto de estudio y sus beneficios, a fines de evidenciar el modo de aplicación en cada realidad y modo de buscar el perfeccionamiento cotejando lo contemplado en el Código derogado y su comparación con el nuevo.

En cuanto al tipo de investigación elegida se interioriza en la “exploratoria”, que se caracterizaba por ser un tipo de investigación sistemático en el que se utilizan todos los recursos disponibles para poder tener mayor precisión en la descripción del fenómeno en estudio. (Yuni y Urbano, 2003)

Para llevar a cabo el presente trabajo, se utiliza el método cualitativo, en donde se aspira a descubrir cómo funciona cada norma vigente, cuáles son sus consecuencias en la sociedad, respecto de la cantidad y modo de solución de conflictos. Algunos autores como Cook y Reichardt, estudian los métodos cualitativos a quienes los entienden como técnicas de comprensión personal, de sentido común y de introspección. (Cook y Reichardt, 2005) El análisis de esta cuestión en el plano nacional no será suficiente, siendo menester recurrir a su tratamiento por parte de la legislación y ordenamientos jurídicos tanto en el plano interno, como internacional (derecho comparado) a los fines de tener una comprensión más global de la temática elegida.

## **CAPÍTULO 1:**

### **GENERALIDADES**

#### **1 a- Introducción**

El presente trabajo tiene como objetivo explicar cuál es la situación de la mujer en el nuevo derecho privado constitucionalizado después de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial unificado que entró a regir el 1° de agosto de 2015. Se llevará a cabo un análisis de cuál ha sido la evolución de la situación de la mujer en el marco del pensamiento jurídico argentino, que siempre se caracterizó por una evolución en la noción jurídica de ella, con relación a las ideas existentes en la citada época, como lo muestra la postura sucesoria que le acuerda Vélez a la mujer, nada común en una etapa en la cual a ésta se le limitaban los derechos sucesorios y solo se le concedían en el caso que no cuenten con colaterales o ascendientes, con respecto a los derechos sucesorios.

#### **1 b- Evolución histórica de la autoridad marital**

La situación de la mujer en el derecho privado no es el producto aislado del Código Civil y Comercial, ni tiene su origen espontáneo en el anteproyecto que le dio base ni es creación original de sus redactores, sino que es el resultado de una evolución constante del pensamiento jurídico argentino que siempre se caracterizó por un gran progresismo en la concepción jurídica de la mujer con respecto a las ideas imperantes en la época.

El Código de Vélez y la especial protección a la mujer (1869): En el citado cuerpo normativo se hallan insertas temáticas y bases modernas y novedosas para el momento histórico en el que fue realizado, sobre todo en el aspecto de la mujer, esto se evidencia concretamente en el régimen patrimonial del matrimonio y en el régimen sucesorio. Por su parte en el derecho español, que era el imperante tiempo previo a la entrada en vigor del Código Civil, a la mujer no le correspondía heredad en similitud de condiciones que sus hijos, por el contrario, esto sucedía únicamente ante la ausencia de descendientes, ascendientes, hermanos y sobrinos. A su vez Vélez, optimizó de manera abarcativa la posición hereditaria de la mujer, aceptándola en primer término en el plano sucesorio en igualdad con los descendientes legítimos, lo que se plasmó como una situación diferente para dicha etapa histórica. Vélez le concedió a la mujer casada una situación de equiparación en el derecho sucesorio que dejaba de lado a los colaterales y se le brindaba la

calidad de legitimaria (Medina, 2016). Por otra parte, Vélez Sarsfield consagró como único régimen patrimonial matrimonial el de comunidad que beneficiaba ampliamente a la mujer porque le otorgaba el 50% de los bienes que cualquiera de los cónyuges incorporara al matrimonio. La opción por el régimen de comunidad como régimen patrimonial matrimonial obligatorio, legal y forzoso, en una época en la cual la mujer no trabajaba fuera del hogar, la protegía especialmente al otorgarle el derecho a la mitad del patrimonio adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal. En el comentario o nota al artículo 1217 Vélez manifestaba los argumentos de dicha opción expresando "Casi en todas las materias que comprende este título, nos separamos de los Códigos antiguos y modernos —comentaba Vélez Sarsfield en su nota al Título 2, 'De la sociedad conyugal', del Libro II, Sección 3ª del Código Civil— (...) (Medina, 2016)

Régimen del Código Civil: El Código de Vélez ubicaba a la mujer casada en la situación de una incapaz relativa de hecho, equiparada a los menores. El fundamento de tal solución no devenía de la "fragilidad espiritual" ni la "imbecilidad del sexo" —que sirvieran de base para que en la antigüedad se discriminara a la mujer—. El motivo fundamental era considerar que en el hogar no puede haber dos autoridades iguales y que en aras al interés familiar, la mujer debía obedecer al marido, quien era su representante legal, cuestión que en gran medida había sido criticada por Alberdi en la carta a la que hicieramos referencia en el punto anterior.

Ley 2393 (1888): La Ley de Matrimonio Civil mantuvo la incapacidad de la mujer casada, pero aclaró la capacidad de la divorciada.

Ley 11.357 (1926): Esta ley denominada de los derechos civiles de la mujer, no excluyó el artículo 55 del Código Civil que conservaba la incapacidad de la mujer casada, sin embargo le brindó y extendió derechos particularmente en el sector patrimonial al modificar el régimen de administración marital y de responsabilidad por deudas, ya que en las mencionadas situaciones ya no se encontraban en poder del marido, pasando a ser desempeñada la responsabilidad por parte de los dos cónyuges de manera diferenciada. (Medina, 2016)

Convención de Bogotá de 1948: Acordada por los Estados americanos en la IX. Conferencia Internacional Americana dispuso en su artículo 1º que los Estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre. La doctrina nacional consideró que ello importaba establecer la igualdad jurídica entre las personas de ambos sexos, y

que tal normativa formaba parte del derecho interno a partir de su ratificación por decreto-ley 9983/57 (Barbero, 2014)

Ley 17.711 (1968): Derogó expresamente la incapacidad relativa de la mujer casada, al reformar el artículo 55 del Código Civil Por otra parte en la faz patrimonial, reconoció a la mujer casada una igualdad, casi total, con respecto al hombre al modificar la administración y gestión de los bienes gananciales con la reforma de los artículos 1217, 1272, 1276, 1277 y la introducción del nuevo 1316 bis. Lo que faltaba trabajar era en disminuir las distinciones esenciales entre hombres y mujeres con relación al ejercicio de la Patria Potestad.

Ley 23.264 (1985): El 25 de septiembre de 1985, fue sancionada la ley 23.264, que equilibró la situación de la mujer en diferentes aspectos: — ejercicio de la patria potestad, que con anterioridad a la ley 23.264 correspondía al padre; a partir de la citada ley se ejerce en forma compartida, con lo que se equipara al hombre y a la mujer en el gobierno de la persona y bienes de los hijos menores; — nombre: según el artículo 2º de la ley 18.248, la elección del nombre de los hijos era una atribución paterna; con posterioridad a la ley 23.264 la elección es de ambos padres; — curatela: en virtud de los artículos 149 y 478 , haciendo hincapié que en su redacción primigenia el hombre era elegido específicamente en el ejercicio de la curatela de sus hijos; una vez sustanciada la reforma de 1985, cambia el régimen, constituyéndose ambos padres en curadores de sus hijos, sean éstos menores o mayores de edad. (Belluscio,2016)

Ley 23.515 (1987): El 28 de junio de 1987 el Congreso Nacional dictó la nueva Ley de Matrimonio Civil que lleva el número 23.515 , la que se caracteriza por modifica la situación de la mujer en los siguientes aspectos: — domicilio de la mujer casada: se suprimió el viejo resabio de autoridad marital que facultaba al marido a elegir el domicilio conyugal (art. 90); — nombre: con la modificación del artículo 8º de la Ley de Nombre se eliminó la obligación de la mujer de usar el apellido de su marido precedido de la partícula de, quedando ello como meramente facultativo. (Belluscio, 2017)

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La Convención aludida fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigencia en el año 1981; fue suscripta por la Argentina el 7 de julio de 1980 y ratificada por la ley 23.179. Nuestro país ha hecho la salvedad de que no se considera obligado por el párrafo 1º del artículo 29, que establece que en caso de conflictos se resolverá mediante árbitros o por la Corte Internacional de Justicia. La Convención está incluida entre los

tratados que tienen jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22 CN). (Barbero, 2014)

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer. El citado instrumento internacional, además es conocido como Convención de Belem do. Para ratificarla por ley 24632 sancionada el 13 de marzo de 1996 y publicada en el Boletín Oficial el 9 de abril de 1996. Esta convención originalmente no estaba incorporada entre los tratados que cuentan con jerarquía constitucional debido a que ésta fue sancionada de manera posterior a la reforma constitucional de 1994. (Barbero, 2014)

Ley 26.449. Diferencia de edad para contraer matrimonio. La ley 17.711 dispuso que la edad mínima para contraer matrimonio fuera de dieciséis años para la mujer y dieciocho años para el hombre, continuando con la posición de las anteriores legislaciones que requerían distintas edades para los hombres y para las mujeres, y el aumento de la edad mínima. La ley 2393, la fijaba en 12 años para la mujer y 14 años para el varón, por su parte la ley 14.394, elevó la edad de 14 años para la mujer y 16 años para el hombre. Por la ley 26.449 se procede a instituir como impedimentos para contraer matrimonio tener menos de 18. La Ley 3 años, unificando la edad para ambos sexos. Entre los fundamentos de esta norma se aduce que tiene como objetivo equiparar la edad de mujeres y hombres que se establece entre los impedimentos matrimoniales enumerados en el artículo 166 del Código Civil, porque se desea instaurar un trato igualitario, ya que la diferencia de edad, para el entendimiento del legislador, se basaba en el rol doméstico asignado a la mujer, y que el desarrollo integral de las mujeres y su amplia participación en todos los ámbitos de la sociedad, exigen cambiar estos parámetros y sobre todo las expectativas sobre su rol, que no solo está basado en su potencialidad reproductiva, como tampoco en lo que se comprende como su disposición psicológica o emocional; es preciso posibilitar su desarrollo integral, como tener en cuenta su desenvolvimiento intelectual como así también sus posibilidades profesionales, tal como se ha trabajado con el varón. (Belluscio, 2017)

Ley 26.485. La Argentina después de adherir a la convención sobre toda forma de discriminación contra la mujer (5) y a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también conocida como Convención de Belem do, que para la Argentina la sancionó la ley 26.485 que contempla la violencia contra la mujer en todos los ámbitos: el doméstico, el comunitario o social y el del Estado. Esta ley constituye una legislación avanzada, porque la mayoría de los estados cuentan con leyes que protegen a las mujeres de la

violencia en el ámbito doméstico (sólo familiar y no enfocada exclusivamente en la mujer. (Medina, 2016)

Se han llevado a cabo diferenciaciones con relación al hombre y la mujer que continúan en el Código Civil argentino. A pesar de los adelantos en el plano del derecho privado argentino en orden a la protección de la Mujer en el Código Civil argentino, antes de su unificación con el Código de Comercio, subsistían algunas diferencias entre los hombres y las mujeres, a saber:

a) Tenencia de los hijos menores de 5 años: El Código Civil prefería a la mujer para concederle la tenencia de los hijos, cuando éstos eran menores a 5 años (art. 206).

b) Derecho sucesorio de la nuera viuda sin hijos: en este caso, a ella le correspondía la herencia, debido a que se encontraba en la línea sucesoria, heredando a sus suegros, haciéndolo en representación de su marido fallecido, en una determinada proporción, a saber, un cuarto de lo que le hubiera tocado al marido (art. 3576 bis). Por su parte, este derecho no lo correspondía al yerno, este derecho no lo tiene al yerno en la sucesión de sus suegros.

c) Prescripción: Según el artículo 3970, se suspendía la prescripción durante el matrimonio, "cuando la acción de la mujer hubiere de recaer contra el marido, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses".

d) Prohibición de donaciones de la esposa al esposo en las convenciones matrimoniales: El artículo 1217 del Código Civil permitía las donaciones del marido a la mujer; de allí se ha interpretado que no son válidas las que hiciese la mujer al esposo. La nota al artículo citado confirma tal interpretación.

e) Diferencias que sólo subsistían en los textos legales: Existían algunas ventajas para la mujer que sólo se encontraban en la letra de la ley, pero que jurisprudencial y doctrinariamente se habían extendido al marido. Ejemplo: artículos 1246, 1247 (régimen de bienes), 1290 (separación de bienes en caso de curaduría de los bienes del marido), 1259 (medidas precautorias sobre bienes durante el juicio de divorcio), 1298 (acción de fraude contra el marido), 1307, 1308, 1309 (efectos de la presunción de fallecimiento sobre la sociedad conyugal). (Belluscio, 2016)

f) Apellido de la mujer casada: Si bien con la reforma legislativa de la ley 23515 se había mejorado su situación, por cuanto no se encontraba obligada a llevar el apellido del marido, no se había llegado a la equiparación de su situación con el hombre, porque se coartaba la posibilidad de elección del nombre (v. Convención, art. 16).

g) Apellido de los hijos: Según la ley de nombre, obligatoriamente el primer apellido de los hijos era el paterno (en contra de la Convención, art. 16, inc.).

h) Apellido de la mujer divorciada: La mujer divorciada vincularmente que no ejerciera profesión o industria, no podía seguir usando el apellido del marido.

i) Acción de impugnación de la maternidad: La acción de impugnación de la maternidad podía ser ejercida por cualquier interesado (art. 262). Mientras la ley habla acerca que la impugnación de la paternidad matrimonial sólo podía ser ejercida por el marido, por el hijo y sus herederos. La acción de impugnación de la maternidad puede ser ejercida en cualquier tiempo, mientras que la acción de impugnación de paternidad tiene un plazo de caducidad de un año. (Belluscio, 2016)

La situación de la mujer en el Código Civil y Comercial. El Código Civil unificado deja de lado las distinciones que se ubicaban en el antiguo régimen del Código Civil, particularmente en aquellas que se presentaban con respecto a la mujer casada y asimismo introduce normativas que favorecen a concebir un sistema más idóneo con relación a la igualdad de género. De esta manera se introduce, por una parte, la agregación del principio de igualdad familiar en el Código Civil y Comercial Unificado. El fundamento del principio de igualdad reside en la concepción democrática de la familia que se afirma después de la Constitución del año 1994 y de la constitucionalización de las Convenciones de Derechos Humanos que impiden establecer desigualdades matrimoniales tanto con relación al sexo, como al género de los contrayentes. Al receptor las Convenciones de Derechos Humanos el CCyCN deja de lado todos los resabios desigualitarios que contiene el derecho civil entre los géneros, que aún persistían y que hemos enumerado en el punto anterior, el art. 402 del CCyCN establece como principio rector del matrimonio la igualdad de derechos y obligaciones de sus integrantes. Este principio general tiene una doble función: por un lado, es fuente de derecho, y por el otro, es pauta de interpretación de las normas matrimoniales, las que no podrán ser interpretadas ni aplicadas en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad entre los integrantes del matrimonio, cualquiera que sea su género. Lloveras ha expresado que el art. 402 tiene su basamento en el art. 42 de la ley 26.618, que autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo. (Medina, 2016)

Por nuestra parte, creemos que el art. 402 es muchísimo más amplio que el art. 42 de la ley 26.618, ya que el artículo 42 se concentra en brindar el principio de igualdad entre matrimonios homosexuales y heterosexuales. Del cotejo del articulado se desprenden las correspondientes diferencias. Por su parte la ley 26.618 expresa: "Ninguna norma del ordenamiento jurídico

argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo", el art. 402 establece: "Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo". De manera nítida se indica que el CCyCN sitúa el principio de igualdad entre los cónyuges, que es un principio más abarcativo, que el de igualdad entre matrimonios de igual y diferente sexo. Nos interesa tratar de explicar cuál es el alcance del principio de igualdad conyugal tanto en la esfera personal como en la esfera patrimonial. (Belluscio, 2017)

Principio de igualdad conyugal en la esfera personal: En la esfera personal, múltiples son las aplicaciones concretas del principio de igualdad conyugal. A saber: La igualdad de roles: Que otorga a cada uno de los cónyuges el derecho a no recibir un trato discriminatorio, ni diferente en la distribución de sus cargas por razón de su género y correlativamente le impone un deber de respetar la esfera personal del otro cónyuge. El principio de igualdad implica la no diferenciación en razón del género en plena consonancia con la ley de Protección integral de la mujer que impide discriminar por el género. La distribución de roles y responsabilidades en el marco de la comunidad de vida establecida se debe concentrar, por consiguiente, a la autonomía de la voluntad en el ámbito de cada pareja, partiendo de la base de que, a la hora del reparto, ambos cónyuges están en pie de igualdad y ninguno queda subordinado a la voluntad del otro. Tal punto de partida no supone, sin embargo, que el resultado final conlleve necesariamente a una absoluta paridad o identidad en la concreción de los efectos personales en cada matrimonio, sin dejar de lado por su parte ciertos aspectos personales, sociales o económicos que contribuyen a establecer la repercusión de dichos efectos en cada situación que se vaya presentando. A título ejemplificativo, el deber de asistencia depende en su concreción de las necesidades y circunstancias de cada uno de los cónyuges, lo que puede llevar a que, en un matrimonio particular, uno pueda ser ubicado como deudor y el otro miembro como acreedor; la igualdad lo que supone, por tanto, es que ambos son potenciales deudores y acreedores de estos efectos personales en igual medida.

La igualdad de capacidad jurídica: implica que el matrimonio no le resta capacidad jurídica a ninguno de los cónyuges, quienes mantienen intacta su capacidad de ejercicio después de la

celebración de las nupcias. Este principio no se encuentra en contradicción con la circunstancia de que el Código exija en algunos casos el acuerdo como por ejemplo en los actos referidos a la vivienda familiar (art. 456) porque viene justificado, por el principio de solidaridad y de respeto a la necesidad de dar protección a la vivienda familiar. En cuanto a la capacidad de ejercicio, ella no impide que uno de los cónyuges no celebre con el otro un mandato para que lo represente, o un contrato de representación, lo que indica la igualdad de ejercicio es que un cónyuge no representa al otro en virtud de su sexo o condición o porque se lo considere superior.

La igualdad en la valoración del interés familiar: el principio de igualdad también se manifiesta en la determinación del interés familiar que está presente en muchas normas. El principio de igualdad se presenta como esencial en lo relativo a la asunción de decisiones que deben tomar los cónyuges, como así también el órgano con respecto a la preservación del interés familiar en las que no se debe entender como primordiales, el principio a tener en cuenta es el de atender a las cuestiones que sean fundamentales a cada uno de los cónyuges respecto del resto de sus miembros, debido a que los intereses globalmente se ubican en una posición equivalente y se han de apreciar de manera similar. (Medina, 2016)

La igualdad con respecto a los hijos se la ubica como concentrada en la posibilidad que los dos son considerados como protagonistas de la responsabilidad parental y que ningún género prevalece con respecto a la instancia de la atribución del cuidado personal del hijo o lo que se conoce además como custodia del mismo. En dicho sentido, el CCyCN prevalece con respecto al del antiguo Código Civil, en donde se daba preferencia a la madre para el otorgamiento de la tenencia hasta los 5 años del niño (art. 206 del CC.). La igualdad en caso de conflicto se ve determinada, porque en el supuesto de falta de acuerdo entre los esposos, no se prefiere la decisión de uno sobre otro para tenerlo como concluido a dicho litigio, sino que lo que corresponde es entablar un recurso ante los órganos jurisdiccionales, a los fines que éstos concluyan con dicho problema. (Belluscio, 2017).

La igualdad en materia de nombre se advierte en la posibilidad que CCyCN otorga a ambos cónyuges por igual de dar el primer apellido al hijo (art. 64) y por la factibilidad de cualquiera de los cónyuges de utilizar el apellido del otro con la preposición "de" o sin ella, posibilidades que según la Ley de Nombre sólo estaba reservado al varón. El principio de la igualdad en la esfera patrimonial por otra parte, en lo patrimonial el principio de igualdad se proyecta en múltiples regulaciones del CCyCN, así: La igualdad en materia patrimonial: permite la libre contratación

entre cónyuges en el régimen de separación de bienes, que se encontraba limitada en el sistema del Código, posibilita la elección del régimen patrimonial matrimonial (art. 456) que en el CCiv era único legal y forzoso, al tiempo que obliga por igual a ambos contrayentes en orden a la contribución de su propio mantenimiento y de las necesidades del hogar (art. 455). La posibilidad de la elección de régimen patrimonial también deriva del principio de libertad. La igualdad patrimonial en el régimen de comunidad no se ve menoscabada porque en algunas circunstancias se solicite el asentimiento del otro consorte, ni porque en otros casos se requiera la comunicación de los actos de gran importancia del cónyuge titular a su esposo, ya que estos requisitos constituyen una forma de preservar la intangibilidad de sus patrimonios y derechos eventuales.

Consecuencia de la vulneración al principio a la igualdad. El principio de igualdad limita el principio de libertad y de autonomía de la voluntad de los esposos y convivientes, en tal sentido un pacto que elimine la igualdad de los cónyuges o convivientes que no resulte equitativo o que subordine constantemente a un cónyuge o conviviente sin que exista un motivo razonable o plausible que lo justifique, sería nulo por ser contrario al principio constitucional de la igualdad y a lo dispuesto por el art. 442 del CCyCN.

Apellido: El Código Civil y Comercial borra las diferencias que existían entre hombres y mujeres con respecto al apellido, tanto en lo que hacía al apellido de los cónyuges como al de los hijos matrimoniales o extramatrimoniales de doble vínculo a) Apellido de los cónyuges. El artículo 67 del Código Civil dispone que "Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella. La persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo. El cónyuge viudo puede seguir usando el apellido del otro cónyuge mientras no contraiga nuevas nupcias, ni constituya unión convivencial". Con esta disposición, el nuevo ordenamiento privado argentino se adecúa a los principios de la convención. La Ley de Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, el permitir que ésta pueda usar el apellido de su marido o que el esposo pueda utilizar el apellido de la mujer, con la preposición "de" o sin ella. (Belluscio, 2016)

Apellido de los hijos: De acuerdo con el artículo 64, "El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro todos los hijos de un mismo

matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos. El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese, la maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242, Cód. Civil) a fin de que el sujeto sobre quien opera presunción tenga la posibilidad de desvirtuar que sea el padre del hijo de su esposa nacido dentro de los términos que fija la ley, desligándose así de las obligaciones de una paternidad que le es ajena". Asimismo, indicó que, en cuanto a la presunción de paternidad legítima, que es uno de los postulados básicos en que se sustenta el derecho de filiación matrimonial, no halla su apoyo en la presunción de inocencia de la cual goza la mujer por su carácter de casada con relación al adulterio, sino en el valor institucional de la familia legítima y en la ventaja de dar ubicación lo más pronto posible o al niño nacido durante el matrimonio. Los instrumentos internacionales de derechos humanos que se tienen en cuenta en dicha instancia contienen expresiones notorias de estimación de la familia constituida como contexto esencial al bien personal y al bien común (Pacto de San José de Costa Rica, art. 17, párrafos 1 y 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23.1). (Barbero, 2014)

Y del margen de apreciación de las autoridades nacionales para regular los medios de protección de la institución familiar, protección que, indudablemente, debe mantener el equilibrio con la tutela de otros valores esenciales. De esta tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico y el de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, conforme a la ponderación efectuada por el Poder Legislativo de la Nación. La norma cuestionada ha sido dejada de lado por el nuevo Código Civil y Comercial Nacional, que comenzó a regir el 1 de agosto del 2015, que acepta que la mujer se encuentra legitimada para impugnar la paternidad de su marido, aunque al hacerlo reconozca su propio adulterio. Concretamente el artículo 590 permite que la acción de impugnación de la filiación pueda ser ejercida tanto por la madre, por el hijo o por cualquier tercero que alegue un interés legítimo resolviendo de esta forma una problemática que se presentaba como discriminatoria. Porque resulta improcedente el argumento de que legitimar a la madre para impugnar la paternidad de su marido sería alegar su propia torpeza, ya que la comisión de adulterio es una cuestión que hace a las relaciones entre los cónyuges, y no en cuanto a las relaciones paterno-filiales, ya que de lo contrario se perjudica al hijo (generalmente menor de edad) y su derecho a obtener una identidad cierta. (Belluscio, 2017)

En una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos del 27 de octubre de 1994, en los autos "Kroon and Others vs. Netherlands", se estableció que el respeto por la vida familiar exige que la realidad biológica y social prevalezca sobre una presunción jurídica que contradice los deseos de las personas afectadas. Restringir la acción de impugnación de paternidad al esposo importaría desconocer a la madre y al padre biológico el respeto de su vida familiar. (Medina, 2016)

La igualdad frente a las donaciones prematrimoniales: El art. 1217 del Código de Vélez mantenía su redacción original y sólo se atenía a las donaciones que el esposo hiciera a la esposa. En efecto, en el Código Civil sólo se admitía que el marido hiciera estas donaciones a la mujer (conf. art. 1217, inc. 3º) del régimen de administración marital, la esposa no podía realizar donaciones prenupciales al marido; le fueron expresamente prohibidas en el artículo 1231 del Código Civil. La nota al Título II, de la sociedad conyugal, explicó los motivos: "...Desde que la mujer debe entregarle al marido todos sus bienes ¿qué fin honorable puede tener una donación de la esposa al esposo? Importaría sólo comprar un marido..." Pero, aunque la mujer no podía hacer donación por convención, nada impedía que efectuara actos a título gratuito en beneficio del novio, y como señalaba Belluscio el problema y la injusticia residían en que sólo que en ese caso la donación no quedaría sujeta a la condición suspensiva de que el matrimonio se celebrare, sino que por, por no tratarse de una convención matrimonial, tenía efecto inmediato. De acuerdo con la prohibición impuesta a la mujer, el artículo 212 del Código Civil confería la posibilidad de revocar las donaciones realizadas por convención matrimonial al marido que "no dio causa a la separación personal, y que no demandó ésta en los supuestos que prevén los artículos 203 y 204" del Código Civil. La ley 26.618 que permitió la celebración del matrimonio entre personas de igual sexo modificó la redacción del artículo 1217 del Código Civil y suprimió la imposibilidad de la mujer de celebrar donaciones matrimoniales. Y el CCyC mantuvo la misma línea introducida por la ley 26.618. (Belluscio, 2017)

### **1 c- Deber de asistencia moral y material**

El deber de asistencia, que se encuentra incorporado mediante el art. 431 en su 2da parte, es relativo a la parte fundamental del matrimonio, se establece entre los esposos de forma primordial a través de una doble perspectiva que abarca presentándose un doble enfoque tanto lo moral o espiritual, como además lo espiritual o moral, como así también lo material.

En el enfoque inmaterial se radica lo que se comprende como solidaridad personal, en donde sobresale una consideración muy particular, trato amable y considerado, con atención y además por la expresión de estímulos necesarios para el logro del propio destino, y por la coparticipación en todos los avatares de la vida, alegrías, dolores, éxitos y fracasos.

El auxilio moral o espiritual en caso de enfermedad: finalmente, la ayuda de un cónyuge al otro en sus negocios particulares según lo corriente en el medio social en que actúa Código Civil y comercial omite toda referencia a la asistencia espiritual y alude únicamente a la material.

### **1 d- Alimentos**

El artículo 434 inc. b) del CCyC establece "Alimentos posteriores al divorcio. Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: ... b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441." El artículo transcrito también constituye una forma de protección indirecta a la mujer que reconoce su fundamento en la solidaridad familiar y en la protección al necesitado. Es cierto que el texto de la norma no distingue entre hombres y mujeres para la concesión de los alimentos de toda necesidad, pero las más de las veces serán las mujeres que nunca han trabajado fuera del hogar y que han resignado el desarrollo personal en aras del progreso conjunto quienes no se encuentran con posibilidad razonable de procurarse sus propios recursos. Los alimentos post divorcio buscan lograr una igualdad real de oportunidades entre ambos esposos tratando de evitar que la mujer que tuvo una situación de dependencia económica durante toda la vida matrimonial en caso de divorcio se encuentre sin preparación y sin posibilidad de obtener su propio subsidio cuando no tiene recursos propios suficientes. Esta obligación se relaciona con la cantidad de años del matrimonio y por ello solo podrá otorgarse en igual cantidad de años que duraran las nupcias. Estos alimentos no se otorgan por cese de la unión convivencial.

### **1 e- Conclusiones Parciales**

El régimen introducido por el Código Civil y Comercial al derecho privado argentino respeta el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer y elimina las disposiciones del antiguo ordenamiento que contenían pautas discriminatorias. Ello constituye un gran avance en orden al

respeto de los derechos de la mujer. Todavía restan lograr la efectividad de ciertos derechos como lo que sucedió. Queda aún lograr hacer que estos derechos sean efectivos, porque no se debe dejar de lado que en Argentina la mujer al igual que en la mayor parte de Latinoamérica, en una proporción muy alta los hombres han continuado ocupando los mayores puestos de trabajo. La mujer en una proporción mínima, y con mucho esfuerzo y capacitación se le van brindando posibilidades en las últimas dos décadas, esto se advierte, a partir del Censo del año 2010. Lo que surge es que se ha producido un aumento de las jefaturas de hogar, porque la mujer debió salir del mismo y ocupar roles preponderantes en el mundo laboral, sobre todo por las necesidades económicas y para contribuir al sostenimiento del mismo.

## **CAPITULO 2:**

### **LA CONVIVENCIA DE LOS ESPOSOS**

#### **2 a- Introducción**

El tema esencial que es motivo de tratamiento en este Capítulo es el referente a la convivencia de los esposos durante la institución del matrimonio. Se hace preciso recordar que la familia es la base esencial sobre la que reposa el matrimonio, constituyendo la base de la sociedad no solo en su constitución actual sino en el diseño futuro de lo que se comprende como tal para la sociedad. Al Estado le interesa la conformación y la normatividad en la que se sustenta el matrimonio, debido a que brindan los argumentos básicos que hacen a la fortaleza y permanencia de las personas. De esta manera el Estado debe propiciar matrimonios vigorosos, estables, que puedan aproximarse a la sujeción y a la constitución de las modernas generaciones.

#### **2 b- Regulación del Código Civil**

En cuanto a los deberes de cohabitación y asistencia, se puede mencionar que eran dos las normas que en el Código de Vélez establecían sendos deberes de convivencia y asistencia entre los esposos: Art. 185 (texto originario). El marido está obligado a vivir en una casa con su mujer, y a prestarle todos los recursos que le fuesen necesarios, a ejercer todos los actos y acciones que a ella le correspondieren, haciendo los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar los derechos de su mujer, como también los que fuesen precisos si la mujer fuese acusada criminalmente. Faltando el marido a estas obligaciones, la mujer tiene derecho a pedir judicialmente que su marido le dé los alimentos necesarios, y las expensas que le fuesen indispensables en los juicios. Art. 187 (texto originario). La mujer está obligada a habitar con el marido, donde quiera que éste fije su residencia. Si faltase a esta obligación, el marido puede pedir las medidas policiales necesarias. En estos preceptos se reúnen las obligaciones de cohabitación y de asistencia, estrechamente vinculadas entre sí; a su vez, se confiere al marido la potestad de fijar el domicilio común, tal que su residencia habitual determina la radicación jurídica de la mujer, no siendo posible admitir la dualidad de domicilios, ni la dislocación del grupo familiar, ni la paridad de condiciones entre ambos esposos para tales efectos. El juego de ambos preceptos establece claramente, como puede verse, que la cohabitación es un deber recíproco, que cada uno de los cónyuges tiene para con el otro; en cuanto a la asistencia, “la suma que debe entregar el marido se determina prudentemente por el juez, teniendo en cuenta la

fortuna del obligado a darlas y la importancia del asunto”. Presente: Las disposiciones del Código Civil vigente La Ley n° 23.515, del año 1987, culminó con un proceso evolutivo que se había iniciado después de la sanción del Código Civil, precisamente, con la Ley n° 11.357 ya mencionada, y la Ley n° 23.264, del año 1985, que acordó también a la madre –en forma conjunta con el padre– el ejercicio de la patria potestad (hoy responsabilidad parental) de los hijos menores. Según el Código ahora vigente: Art. 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos. Con esta redacción, la absoluta igualdad entre cónyuges es patente. Los deberes entre esposos son los mismos y equivalentes: tanto los de fidelidad y asistencia, como la prestación alimentaria, que puede también estar a cargo de la mujer y a favor del hombre. El deber de fidelidad permanece con los siguientes caracteres: reciprocidad (los esposos se deben mutuamente dicha exclusividad en el mantenimiento de relaciones sexuales), incompensabilidad (la infidelidad de uno de los cónyuges no justifica la del otro) y permanencia (se mantiene parándola incluso a la del hombre mayor de edad en caso de mujeres solteras, divorciadas o viudas; por otra parte, se instauró un régimen de responsabilidad patrimonial separada de cada cónyuge, en relación con las deudas de cada uno (conf. arts. 5 y 6 de la Ley n° 11357).

El incumplimiento acarrea la posibilidad de demandar la separación personal o el divorcio por una causal subjetiva o culpable cuales son las de adulterio e injurias graves (arts. 202, incs. 1° y 4° y art. 214, inc. 1° del Código Civil), lo que a su vez tiene consecuencias favorables para el cónyuge “inocente”. En cuanto al deber de cohabitación, se advierte: Art. 199. Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando esta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente que se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos. En lo relativo al Art. 200. Los esposos fijaban de común acuerdo el lugar de residencia de la familia. En todo caso, es patente la igualdad entre los cónyuges, sin que sea el marido quien tenga la potestad exclusiva y excluyente de fijar el domicilio (y que la mujer deba “adherirse” a su esposo, con prescindencia de su voluntad). Más aún: desde la vigencia de la Ley n° 26.618 en el año 2010, ya no se menciona la palabra esposa o

esposo, sino que habla de los cónyuges, que pueden celebrar su matrimonio, tratándose éstos del mismo como de diferente sexo.

A partir del nuevo artículo 431 del Código Civil y Comercial de la Nación, se lo puede observar desde un enfoque plural, liberal y de la autonomía de la voluntad. Así se dispone en dicha norma, lo relativo en cuanto a la Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua (Brodsky, 2015). El citado autor se ha pronunciado por una postura liberal, sin embargo, no se ha optado por contradecir la intervención del estado en el ordenamiento legal de la familia, esto debido al interés que tiene el estado de efectuar una regulación mediante la sanción de normas de orden público en el ámbito familiar, el que es esencial y su tratamiento debe ser especializado.

En cuanto a los deberes jurídicos que surgen como efectos personales del matrimonio, consideramos que sí se ha traspasado esa prudente limitación, avasallando la autonomía de las personas para desarrollar libremente su proyecto de vida. (Brodsky, 2015)

En cuanto a los deberes sobresale el de asistencia o cooperación entendiéndose dicha denominación como similares. Tal efecto es esencial e ineludible en cualquier unión matrimonial (incluso la conceptualizada como convivencial): es impensable que cada uno de los cónyuges pueda despreocuparse de la vida del otro, o no tenga la responsabilidad de atenderlo, asistirlo o ayudarlo. Diferente postura se comprende acerca de la incorporación de la convivencia como deber jurídico entre los cónyuges. Es evidente que el Proyecto del nuevo Código no introducía para nada la cohabitación como un requisito esencial. En los Fundamentos del Proyecto de la Reforma, se admitía “el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación”, pero “al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”. Dos personas mayores y que no tienen ningún tipo de impedimento pueden optar por unirse en matrimonio y también pueden elegir no vivir juntos. Contraer matrimonio, debe entenderse la voluntad de ambos sujetos de desenvolver una vida en común, no significando una concepción geográfica sino sobre todo espiritual, es decir, acompañarla en diversas instancias y momentos de la vida, allí se encuentra el sentido de afecto que los une, sobre todo. Es lógico que al derecho no le sea irrelevante esa finalidad en tanta exigencia (por lo tanto, así se comprende la comprensión del deber jurídico de asistencia o cooperación recíproca). Es preciso expresar que, al

Estado, como a cualquier persona en especial si los cónyuges comparten la vivienda o no, si comparten la misma habitación o no, si así fuera no atacan ningún principio. (Brodsky, 2015)

En un país occidental y con influencia europea como Argentina, las disposiciones referidas que eran del Código redactado por Vélez Sarsfield en su redacción primera o conocida como la Ley n° 2393, desde un enfoque moderno y actual resulta discriminatoria y afecta los derechos fundamentales de las personas. No se puede predecir lo que sucederá de aquí a un siglo, acerca de lo acontecido en la actualidad, pero si se podrá emitir una opinión debidamente fundada.

Con referencia a la autonomía personal y un verdadero modelo liberal de familia en cuanto a deberes personales de los cónyuges refiere, el cuerpo aprobado por el Congreso Nacional volvió a una redacción conservadora, e incluso técnicamente defectuosa. Lamentablemente, entonces, otra oportunidad perdida. (Basterra, 2003)

## **2 c- Ley de Matrimonio Civil y sus reformas**

El deber de habitación se refería en el texto primigenio al derecho del marido de fijar el lugar de lo que correspondía será la residencia familiar. En una legislación posterior, se hacía referencia y, continuando como basamento el principio de igualdad jurídica de los cónyuges procedió a derogar ese privilegio y concedió a los dos cónyuges dicho derecho. A su vez el art. 200 del Código Civil en virtud de lo que contenía la ley 23.515 “Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia”.

En cuanto a uno de los efectos que surgían del deber de cohabitación hacía alusión a que el dominio de la mujer fue el de su marido. Por lo tanto, en el art. 90 inc. 9 primera parte, del Código Civil se nombraba que “la mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya”. Es necesario recordar que el Código mencionaba que la mujer casada era una incapaz relativa, en base a lo que contenía el art. 55 inc. 2 y concs., debiendo interpretarse que el sustento de la disposición que le concedía a la mujer el domicilio de su marido no se encontraba en el de la mujer de continuar al marido en el lugar que el fijara su residencia (esto último en connotación a lo prescripto por los arts. 51 y 53 de la Ley de Matrimonio Civil).

En cuanto a las reformas se hace necesario referirse al Régimen del Código Civil y Comercial: con respecto al art. 431 entre los derechos y deberes de los cónyuges que hace referencia a la de asumir y conducir un proyecto de vida. La cohabitación fue agregada por la Comisión bicameral.

Este proyecto de vida debe estar sustentado básicamente en la cooperación de los esposos durante la unión, en su aspecto o faz moral, se refiere a la ayuda moral o al apoyo afectivo. Implica un respeto y atención especialmente lo que debe evidenciarse en el trato cotidiano entre los esposos, compartiendo sus emociones, alegrías, sufrimientos, en el cuidado ante una enfermedad, el acompañamiento en los emprendimientos laborales. En el sentido amplio, implica comprometerse con lo que le sucede al otro, facilitando la vida en común. Los alimentos constituyen la faz material del deber asistencial entre cónyuges.

En cuanto a la convivencia se la comprende como un “deber” matrimonial que en el caso que no se efectivice no genera sanción alguna y que no disuelve el vínculo matrimonial se entiende como una contradicción “que se lo exija por el término de dos años para la existencia de una unión convivencial” (art. 510 inc. e CCCN) (Belluscio, 2015, pág. 38)

Son deberes mínimos, recíprocos, incoercibles salvo el de contribución y alimentos que tiene un contenido patrimonial (Medina, 2012, p. 289)

Una de las modificaciones sustanciales se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Son enunciados en el art. 431 CCyC: “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”. Luego se regula específicamente la prestación alimentaria durante la vida en común, sus pautas de fijación y los alimentos posteriores al divorcio (arts. 432 a 434 CCyC). Los deberes y derechos estrictamente jurídicos, son aquellos cuyo incumplimiento genera consecuencias legales. Con respecto al órgano jurisdiccional, no se puede argumentar en la ausencia de convivencia matrimonial sin causa justificada, o en su defecto en la infidelidad de uno de los cónyuges, para no aceptar la concesión de la prestación compensatoria.

La esencia del matrimonio se constituye en el compromiso a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la mutua asistencia y cooperación. Los cónyuges se proponen ejecutar, aunar fuerzas internas sustanciales para el logro de su proyecto de vida autorreferencial. Según el diccionario de la Real Academia Española, cooperación: acción cooperar; cooperar: obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin”. Los cónyuges deben obrar conjuntamente en miras a la realización de su proyecto de vida común. En relación al deber de convivencia, convivir significa “Vivir en compañía de otro u otros”, lo cual se considera indispensable, primordial para llevar a la práctica dicho proyecto de vida (Medina, 2012)

Señala Azpiri (2016) que es muy probable que la mayoría de los matrimonios conviva, pero también puede suceder que el proyecto de vida en común no implique compartir una vivienda, optando por elegir residencias separadas. Se respeta de este modo la decisión individual y personal de generar un espacio matrimonial diferente del tradicional y ello podrá ocurrir cuando, por las razones que los interesados estimen convenientes —por ejemplo, porque existen hijos de uno o ambos cónyuges cuya cohabitación es considerada por ellos generadora de conflictos—, deciden que celebrarán un matrimonio, pero sólo convivirán los fines de semana, durante viajes o en los períodos de vacaciones. Expresa el autor que el Código sancionado mantiene su estructura, dando por sentado que los cónyuges convivirán y eventualmente regula las consecuencias de la separación de hecho, pero no existe un tratamiento particular para los matrimonios cuyo proyecto de vida en común no incluya la convivencia. Concordando con el citado autor, se hace fundamental diferenciar las denominaciones de “convivencia”, la que es distinta que la de “cohabitación”, comprendiéndose que es factible la posibilidad de la cohabitación sin que se presente una convivencia, como así también puede existir convivencia con ausencia de cohabitación. La esencia de la convivencia se deriva del proyecto de vida en común que puede materializarse de diversas maneras. Según expresa la doctrina, el deber de convivencia hace a la esencia del matrimonio y es el que da sentido y sustento también a la protección de la vivienda familiar.

Por su parte para Azpiri (2016) se hace preciso realizar una distinción entre cohabitar, que implica vivir en compañía o junto a otra u otras personas; para éste doctrinario se presentan dos clases de matrimonio, aquél por el cual los cónyuges comparten la convivencia y otro por el cual los cónyuges hayan optado por no compartir una vivienda y queda en claro que el caso del matrimonio sin convivencia no ha merecido una consideración expresa, manteniéndose toda la regulación como si continuara existiendo el deber de cohabitación. Es por ello que se alude reiteradamente a la separación de hecho como supuestos que traen aparejada una modificación de los derechos existentes entre los cónyuges. Sin embargo, esta nueva realidad posible amerita que sea tenida en cuenta en forma expresa, para evitar las dificultades interpretativas que, sin lugar a dudas, se suscitarán en el futuro.

Se comparte el criterio que expresa que los derechos y deberes de carácter moral se encuentran reservados al ámbito privado e íntimo, lo que no significa desconocer el alto valor axiológico del deber de fidelidad. Según se expresa en los fundamentos del Anteproyecto, al receptarse un

régimen incausado de divorcio, el incumplimiento de estos derechos y deberes no generan consecuencias jurídicas.

Por su parte Herrera (2015) se refiere al deber de convivencia como un deber jurídico que no solo perjudica o ataca el principio de libertad, a la intimidad, sino también a un cada vez más frecuente y elevado porcentaje de parejas, que estarían incluidas en una categoría denominada “LAT” (living apart together) que traducido del inglés, significa parejas sin domesticidad, son aquellas que constituidas en matrimonio o no, se encuentran unidas por un proyecto en común, en donde sobresalen ciertos valores como el respeto mutuo, la fidelidad, la cooperación y asistencia, pero que han tomado la decisión de no convivir, o no se hallan habitando la misma vivienda. Esta modalidad de parejas, son propias de la realidad actual, en ellas existe el elemento subjetivo, el proyecto en común, que se encuentra vigente y no existe la convivencia bajo el mismo techo. En la realidad se trata de uniones cuyos componentes poseen hijos de parejas anteriores y por variadas causas optan por no compartir el mismo techo. Este nuevo Código se caracteriza por respetar ciertas concepciones que hacen a la pluralidad y multiculturalidad.

Sobre la base de los principios de solidaridad y responsabilidad familiar, desde la óptica de no discriminación entre los miembros de la pareja el sistema legal prevé el deber de “asistencia” mutua (430 CCyC).

Según el diccionario de la Real Academia Española la expresión “asistencia” se refiere a “acción de estar o hallarse presente” y “acción de prestar socorro, favor o ayuda”(46). Se trata de un derecho básico que se deriva del principio de solidaridad familiar. Los cónyuges se deben mutuamente asistencia, socorro, favor, ayuda, estar presentes. Este deber de asistencia abarca no sólo la faz material, sino también la espiritual. Como se expresa en la doctrina, en el matrimonio se distingue entre el deber de asistencia y el deber alimentario de los esposos (arts. 431 y 432 CCyC)

En cuanto a la familia matrimonial y la familia convivencial no ostentan los mismos efectos; en este sentido, en Kelsen, se hace fundamental recordar que el deber jurídico es algo radicalmente independiente de las motivaciones por las cuales obra el individuo que está sometido al Derecho. El deber moral como así también el deber jurídico se presenta como dos contextos evidentemente diferentes. El deber moral implica que el sujeto obligado conoce el contenido de la norma, está de acuerdo con él y lo acepta. El deber jurídico existe independientemente de que el sujeto obligado

conozca o acepte las normas, ya que éstas valen y obligan, aunque el destinatario no las acepte. (Mazzinghi, 2012)

Por su parte Molina de Juan (2014) afirma que por el cese de la unión convivencial no se establece ninguna regla con obligación alimentaria, pero que en el matrimonio se establece particularmente en la separación de hecho y de manera original en el divorcio (art. 432 CCyC).

El deber de asistencia, resulta transgredido cuando uno de los cónyuges se abstiene de asistir al otro y no aporta para solventar las necesidades del hogar y de los hijos. Si uno de ellos elude los aportes para atender a las necesidades de la familia conforme a sus recursos se lesiona el principio de justicia distributiva tendiente a evitar las situaciones de inequidad. Se consagra específicamente el deber de contribución en el art. 455 CCyC y se conserva el derecho y deber jurídico de asistencia, previéndose expresamente el deber alimentario y las pautas para su fijación, mientras se encuentren casados conviviendo, o separados de hecho. Tras el divorcio, esa obligación se torna excepcional, pudiendo 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, obligación que se transmite a los herederos del alimentante; y 2) a favor de quien no cuenta con los recursos suficientes y de la posibilidad razonable de procurárselos (art. 434 CCyC). La legislación vigente posee una mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares y suele conculcar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial. La legislación sancionada brinda una adecuada respuesta institucional durante el matrimonio y frente al conflicto conyugal, respetando la noción de pluralismo que debe regir en las uniones afectivas, tal como lo propicia la doctrina internacional de los derechos humanos. Se coincide con lo señalado por Mizrahi (2012, p.3), quien plantea que, en el régimen del divorcio sin expresión de causa, el matrimonio sólo se justifica si ambos cónyuges se mantienen en su voluntad de permanecer en él. Ante una infracción a los deberes conyugales, cualquiera de los esposos podrá libremente decidir si acepta o no el desarrollo matrimonial en tales condiciones. (Mizrahi ,2012)

Otra parte de la doctrina ha manifestado que conforme a lo referido se ve compelido a establecer de manera más clara y expresa el ennoblecimiento de la institución matrimonial, hace mención a la importancia de la fidelidad, que genera sobre todo diversos enfrentamientos y situaciones de tensión que conducen, ante su falta de observancia, llevando a circunstancias de auténticas crisis, causa la coparentalidad y por consiguiente afecta a la ventura de los vínculos afectivos. El

matrimonio se celebra, mantiene o disuelve por la voluntad de ambos cónyuges y no debe ser causa de enriquecimiento o empobrecimiento de ellos. En síntesis: los deberes y derechos matrimoniales enunciados son acordes al respeto de la autonomía de la voluntad, parten de considerar que son los cónyuges quienes —con ciertos límites— deben determinar a qué quieren obligarse durante la relación matrimonial. El incumplimiento de los deberes estrictamente jurídicos genera consecuencias legales. (Kemmelmajer de Carlucci, Herrera, 2014)

Con la redacción del art. 481 se dificulta, considerablemente el régimen matrimonial, incluso con respecto al que existía precedentemente. Sucede que diversas interpretaciones tenía el anterior art. 199 en donde se contemplaban algunos supuestos de excepción por razones de trabajo, estudio que permite la posibilidad de la no convivencia de los esposos. Sin embargo, en el nuevo texto no se dispone ninguna excepción a la convivencia, por lo que se considera que les corresponderá una ardua tarea de interpretación a los jueces, lo que sin duda generará diversas interpretaciones, en vez de constituirse en un ordenamiento legal más sencillo y claro posible.

La auténtica naturaleza del deber de convivencia se erige al igual que le corresponde al deber de fidelidad, debiéndolo ubicarlo como un deber moral, hallándose por lo tanto alejado del ámbito de autoridad de los magistrados, en virtud y consonancia con lo que preceptúa el art. 19 de la Constitución Nacional Argentina. Esta última sería la interpretación más atinada y pertinente del deber de convivencia.

## **2 d- Control de correspondencia y fiscalización de las amistades**

Dentro del marco de la evolución histórica, teniendo en cuenta el régimen precedente a la ley 23.515, se debatió la necesidad del derecho que le corresponde al marido de controlar o interceptar la correspondencia de la esposa y fiscalizar sus amistades. Con posterioridad a dicha legislación, surgía la posibilidad de interrogarse acerca de si esos derechos permanecían de manera interactuada entre los esposos.

Con respecto al control de la correspondencia, el postulado que no admite dicha fiscalización se asoma como indubitable. Cabría la inexistencia del reconocimiento de un derecho que se presentaría como un ataque a la intimidad del esposo que se sentiría afectado con la actitud asumida por el otro.

Se constituiría en una especie de censura que rechaza la más esencial comprensión de lo que se advierte como la privacidad de los papeles personales y es contradictoria con la buena fe que

debe reinar entre los cónyuges. Por consiguiente, Belluscio comparte la postura que rechazaba en su integralidad el derecho de interceptación. Con los textos actuales no podría sostenerse otra opinión.

Con relación a la fiscalización de amistades y el derecho de impedir el acceso a ciertas personas a su hogar, que pudo debatirse en un momento previo, queda exceptuado por el actual Código Civil y Comercial de la Nación. Esta cuestión es un debate que se considera por la doctrina que ya ha sido superado, citándose como un antecedente para la evolución histórica.

## **2 e- Conclusiones Parciales**

En cuanto a los deberes y derechos matrimoniales, entre los que se encuentra comprendido el deber de convivencia, tienen como basamento fundamental el respeto a la autonomía personal, correspondiendo sobre todo a los cónyuges en el marco de determinados límites y establecer el contexto de lo que ellos comprenden como obligación durante la vigencia del matrimonio. Es preciso hacer referencia que, ante el incumplimiento de los citados deberes, surgen primordialmente efectos legales. Con la falta de inclusión del deber de cohabitación, lo relativo a la determinación del domicilio conyugal se torna incierto, particularmente en lo referido a los terceros. En el caso que no se presente el deber de cohabitar, no puede surgir el nacimiento de un domicilio para que rija mientras dure el matrimonio, como así también no se genera una vivienda conyugal inembargable o que sea materia de ejecución.

## **CAPITULO 3:**

### **DERECHO ARGENTINO**

#### **3 a- Introducción**

Se hace esencial conocer e indagar en los cambios postulados en la última reforma del Código Civil, particularmente en el aspecto relativo al nombre, en ellos se hace hincapié en la relevancia del nombre particularmente en el aspecto concerniente a derecho- deber, por lo que existe abundante doctrina que se ha suscitado en torno al régimen adoptado por la ley 18.248. Han surgido diversas normas civiles en el transcurso del desarrollo del Derecho Argentino, que en los últimos años exhibe variadas novedades en el moderno Código Civil y Comercial.

Se hace necesario ejercer dichas facultades que conducen al respeto y vigencia de los Derechos Humanos esenciales, entre los que se ubica el derecho a la identidad.

#### **3 b- Nombre de las personas casadas. Antecedentes – Derecho Comparado**

La determinación del apellido de los cónyuges es sobre todo un cambio esencial que muestra el moderno Código Civil y Comercial. El nuevo código exhibe un principio distinto al que existía, debiendo entenderse que uno de ellos o los dos cónyuges tiene la factibilidad de asumir el apellido del otro precedido de la preposición “de” o sin ella.

El CCyC introduce la opción que el marido asuma el apellido de la mujer, lleve o no la preposición “de”. (Fissore, 2012)

En el criterio del citado autor, el cambio constata el principio de que el matrimonio no trastoca el apellido de la persona, y que incidirá únicamente si algo de los contrayentes lo resuelva asumiendo el apellido que le corresponde a su futuro cónyuge. Por lo tanto, se equilibra para ambos la opción de elegir.

Dicha postura también es entendible con la reforma que tiende a evitar la discriminación tanto para el hombre como para la mujer en el seno de la familia. Esto es consecuente con los lineamientos internacionales que Argentina había optado y que no podían abonarse en el momento de adecuar esto a la reforma del Código Civil y Comercial.

Es preciso detenerse en el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en donde se dispone que “Los Estados Partes adoptarían todas las medidas adecuada para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en

condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) Los mismos derechos personales le corresponden tanto al marido como a la mujer, entre los que se pueden enunciar el derecho a optar por el apellido, profesión y ocupación...” (Fissore, 2012)

Es fundamental afirmar que de manera indirecta el art. 67 en su primer párrafo puede ser entendido como una forma anticipada, tal como lo había dispuesto la citada Convención, en donde se anuncia que sobresale la misma ante el derecho interno o nacional, en virtud de lo que surge del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Por ende, se pueden trazar diversos lineamientos referentes a los diferentes lineamientos que conducen a continuar los modelos que se venían empleando de manera continua en Argentina. Esto conlleva muy poca relevancia en la práctica entendiendo que la mujer ha optado desde un tiempo considerable usar su propio nombre sin utilizar el del marido. Le corresponderá al tiempo determinar si el cambio fue receptado de manera favorable en el plano de los hechos o de la práctica.

Se constata que las libertades incorporadas en el novedoso CCyC para la elección de los apellidos de los cónyuges y también para el apellido de los hijos se alude a que nazca alguna cierta factibilidad que genere confusión de que, sobre la filiación de determinadas personas, por ejemplo, si el primer apellido de los hijos es el de la madre y ésta adoptarse el apellido del padre (su cónyuge) al contraer matrimonio. Pero estos desórdenes que se adelantan y cabría la factibilidad de no presentarse en la realidad porque podrían ser corregidas apresuradamente en la confrontación de las pertinentes partidas.

En ciertos países, la costumbre radica en la expresa sustitución del apellido propio por el del marido, como así también en la constitución de un apellido compuesto con el de uno y otro.

Desaparecida en casi todas las legislaciones modernas la obligación de la mujer de utilizar el apellido del marido, se presentan actualmente los siguientes sistemas:

A- Agregación por la mujer del apellido del marido. Conforme lo regula el art. 143 bis del Código italiano, en virtud de la reforma producida en 1975, que suma su permanencia en la etapa de la viudez, siempre que no celebre nuevas nupcias. (Belluscio, 2016)

B- Facultad expresa de un cónyuge de agregar su apellido al del otro.

Se regula la opción de la mujer de adicionar a su apellido el del marido en virtud de lo que dispone el art. 24 del Código peruano de 1984 y el art. 76 del Código de Familia panameño (en dicha situación este caso precedido de la preposición “de”).

Lo que merece mencionarse es que sucede que en determinados países lo poseen a dicho derecho los dos cónyuges. Lo citado sucede en Brasil (art. 1565 Cód. Civil) y en Portugal (art. 1667 C. Civ.).

En Grecia, se presenta la particularidad que, en el plano social de cualquiera de los dos cónyuges, con la conformidad del otro, se tiene la posibilidad de usar el apellido de éste o en su defecto de sumarlo al propio (art. 1388 C. Civ.)

C- Sustitución del apellido de la mujer por el del marido.

Esto sucede en base a lo que dispone el art. 161 del Código Civil turco. No obstante, la Corte Europea de Derechos Humanos castigó cualquier medida vinculada al apellido de familia cuando no se adapte en similares circunstancias a los hombres y a las mujeres. También es la solución del derecho consuetudinario español.

D- Creación de un apellido de familia, que originalmente es el del marido.

El Código Civil suizo lo regula de esta manera sin embargo con la expresa mención que en el momento de celebrarse el matrimonio la novia tiene la facultad de elegir por mantener su apellido primogénito o en su defecto en el caso que su apellido primero haya sido doble, continuará en su conformación con el del marido. Asimismo, por voluntad de ambos contrayentes y basados en un interés cierto y legítimo, les corresponde autorizarlos a que utilicen el apellido de la esposa como apellido de familia (arts. 30, segundo párrafo, y 160, según reforma de 1988).

E- Creación de un apellido de familia, que puede consistir tanto en el apellido de la mujer o de su esposo, conforme ellos elijan. Esta disposición, surge del art. 1355 del Código Civil alemán, que ante la ausencia de una regulación expresa, le da la opción a cada uno que mantenga su apellido, cuando el suyo no sea seleccionado como apellido de familia, ya sea poniendo previamente el suyo o sumándole el suyo. Arreglos parecidos se han acogido en Austria, Holanda, Suecia, Noruega, Rumania, República Checa, Japón, como así también en el Estado de Nueva York, en Estados Unidos.

F- Conservación por cada cónyuge de su apellido. Lo prescriben de manera evidente en el art. 393 del Código Civil de Quebec y el art. 100 del de Luisiana. Asimismo, puede citarse que lo regulan de manera tradicional el derecho musulmán y del chino.

Sin embargo, en algunos países se ha aceptado el uso social – lo que no genera efectos jurídicos – en cuanto a que la mujer utilice el apellido del marido. Lo mencionado es que lo que sucede en España, que, ante una omisión del Código Civil, en base al art. 137 del reglamento del registro

civil. Situación semejante transcurre en Bélgica, donde solamente se regula que no les corresponde a ellos a que puedan utilizar en su ámbito profesional el apellido del otro cuando no cuente con la conformidad de éste, convenio que puede ser dejado de lado por causas graves (art. 216, / 2° C.C, según reforma de 1976).

En Francia, se puede afirmar que no se cuenta con una norma visible sobre dicha temática, sin embargo, se afirma que cada uno de los cónyuges mantiene su apellido particular o propio. Se alega una legislación perteneciente a la etapa de la revolución que había negado la utilización de nombres y apellidos diferentes a aquellos que figuraban inscriptos en el acta de nacimiento, y a su vez el art. 57 del Código Civil, que, al estipular las manifestaciones de las citadas actas, incorpora los apellidos del padre y de la madre, lo que señala que son disímiles.

No obstante, se reconoce el derecho de la mujer de usar el apellido de su marido tanto en la vida civil como en la comercial, e igualmente el del marido de agregar al suyo el de la esposa. Estos usos son reconocidos indirectamente por los actuales textos de los arts. 264 y 300 del Código Civil. El primero establece que, a consecuencia del divorcio, cada uno de los cónyuges retoma el uso de su apellido, salvo casos excepcionales en que la mujer puede continuar utilizando el del marido. El segundo, que la mujer separada conserva el uso del apellido de su marido, salvo prohibición judicial y que, si el marido hubiere añadido a su apellido el de la mujer, ésta puede demandar que le sea prohibido usarlo.

Se hace necesario resaltar que el art. 16, primer párrafo inc. g, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – incorporada a la Constitución Nacional por la reforma de 1994, art. 75 inc. 22 – prescribe que, en el matrimonio, el marido y la mujer tendrán el mismo derecho a elegir apellido.

### **3 c- Posiciones doctrinarias en el plano nacional**

En la etapa previa a la sanción de la ley 18.248, en el plano nacional, la doctrina nacional ha manifestado tres posturas en lo relativo al uso por la mujer del apellido del marido:

A – Derecho-Deber. Dentro de este lineamiento se ubican autores como Prayones, Rébora, Borda, Spota, Busso, Llambías, Arauz Castex, Lafaille, entre otros, que ven con particular satisfacción el uso del apellido marital, lo que comprendían como un derecho y un deber que les concedía el derecho consuetudinario. En el caso que se produjera una negativa de manera continua o con malicia con respecto al cumplimiento de ese derecho se lo ubicaba como una

injuria grave, o casual de divorcio, no obstante, en el caso de aceptarse su olvido en la situación particular que la mujer hubiere sido ampliamente conocida por su apellido de soltera tanto en su vida personal como profesional, y cuando dicha transformación pudiera originarle un perjuicio.

Dentro de dicha postura, pero como una modalidad que nacía de la misma, el autor Granillo consideró que la adición del apellido del marido era entendida como un deber de carácter personal, que se desprendía del mismo matrimonio, pero considerándolo una modificación del apellido. (Belluscio, 2016)

B –Derecho y no obligación. Otros autores lo entendían como un derecho, pero no lo ubicaban como una obligación. Cernesoni lo consideraba un uso social sin trascendencia jurídica. Morello (1961) lo entendía como una facultad de raigambre lícita, lo que no podía comprenderse como obligación, en virtud de lo que establecía el contenido del art. 17 del Código Civil.

Otro autor de origen francés Pliner, siguiendo la misma línea de argumentación sostuvo que el apellido del marido, no se adhería al de la mujer; no obstante, ella tenía la facultad de sumarlo para mostrar la preposición “de” en donde se resaltaba su calidad de esposa, sin que esta condición integrase el nombre. Ni el marido habría podido oponerse al ejercicio de la facultad, ni la mujer constituir su apellido por el del marido, pues ello habría constituido una modificación ilegítima de su nombre. (Morello, 1961)

C – Opción que crea una obligación. Es la opinión de Acuña Anzorena – siguiendo en la misma línea de pensamiento otro autor Lagomarsino – quien adujo que la mujer no se encontraba obligada a sumar el apellido de su esposo, pero que, si lo hacía, no podía prescindir de él sin causa justificada reconocida por autorización judicial, en razón del principio de inmutabilidad del nombre.

La jurisprudencia ha sido demasiado diversa, pero su ubicación última se ha presentado a raíz del fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil, que dispuso en virtud de un porcentaje mayoritario de diez de sus componentes resolvió que para que la mujer divorciada fuese autorizada en el ámbito judicial a usar sólo su apellido de soltera, no sólo su marido debía prestar su aprobación, lo que implicaba un deber inescindible por la voluntad de los propios esposos, pudiendo ser también coincidente.

La ley 18.248 consagró ese criterio en su art. 8 al establecer: “La mujer al contraer matrimonio, añadirá a su apellido el de su marido, precedido por la preposición “de”. 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”.

Por su parte la ley 23.515 se abocó a realizar una reforma con relación al art. 8 modificado el mismo de la ley 18.248, el que se plasmó de la siguiente manera: “Será optativo para la mujer casada añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición “de”. Por ende, se acogió el segundo de los postulados doctrinales expresados, el de que se entiende como una simple opción de la mujer y no entendiéndolo como un deber u obligación. Por otra parte, la norma excluye la sustitución del apellido de la mujer, por el del marido.

### **3 d- Conclusiones parciales**

Es necesario referirse a los arts. 62 a 72 del Código Civil y Comercial que se refieren al nombre, introduciendo novísimos postulados en relación al tema objeto de tratamiento, las que fueron ya receptadas por ciertas legislaciones nacionales en donde se introdujeron tendencias legislativas novedosas acerca de dicha cuestión. Argentina no ha sido ajena a los distintos lineamientos que fueron incorporados de legislaciones internacionales.

En lo fundamental, los cambios propuestos por la reforma en materia de nombre mantienen la naturaleza del nombre en cuanto derecho-deber, por lo que mucha doctrina y jurisprudencia generada por el régimen de la ley 18.248 continuará siendo de utilidad en caso de que el proyecto sea aprobado. Y también dichos cambios eliminan las diferencias entre los cónyuges para la fijación del apellido de los hijos y de los mismos cónyuges.

Se hace esencial la incorporación de los cambios conforme lo surgido en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

En lo relativo a la valía de cada ser humano es que precisa su reconocimiento en cuanto a sus derechos, el derecho tiene un inestimable valor al ser el instrumento y la persona es el fin de su consideración, ella aspira a su felicidad, y el Derecho no es ajeno a ese anhelo, debiendo resguardar de manera abarcativa su amplia gama de derechos mediante una regulación donde los mismos sean contenidos, para constituirse en una situación concreta y no en un simple ideal o aspiración.

## **CAPITULO 4:**

### **OTROS EFECTOS**

#### **4 a- Introducción**

En el presente Capítulo se aborda la evolución que ha tenido la mujer a lo largo del tiempo en cuanto a su capacidad jurídica, iniciándose con un análisis de dicha institución desde el derecho romano, para proseguir con otros antecedentes en el ámbito legislativo, a saber, el derecho germánico, el francés, como así también las disposiciones que existieron en los países anglosajones.

Arribando a lo dispuesto en el Código Civil argentino, se hará mención a lo dispuesto en el Código de Vélez Sarsfield y la relevancia que ha generado en el plano nacional las disposiciones que generaron la Ley 11.357.

Así también se considera los cambios suscitados en el plano del deber de fidelidad, en donde la igualdad de los cónyuges se ha estimado en un plano similar en el contexto de la legislación contemporánea y argentino que, no ha quedado al margen de este lineamiento doctrinario.

#### **4 b- Capacidad de la mujer casada. Antecedentes legislativos extranjeros**

Se hace preciso referirse al derecho romano clásico donde la mujer ya sea en su calidad de casada o soltera, se caracterizaba por ser incapaz. Cuando era soltera se encontraba sujeta a la patria potestad que ejercía el paterfamilias, pudiendo tener la calidad de sui iuris, entonces se hallaba sujeta a la tutela de por vida de quienes eran sus agnados. Por su parte si era casada podía serlo en su doble calidad de cum manum, en donde se halla sometida al poderío del marido o del padre de él o en su defecto sine manum, prosiguiendo con su calidad de soltera. (Belluscio, 2016)

Por su parte estas características se modificaron a raíz de la falta de uso en la que se generó la falta de uso de lo que significó el matrimonio cum manum, habiéndose generado la extinción de la tutela sobre la mujer, lo que aconteció durante la etapa imperial; lo que debe interpretarse como que la mujer adquirió la capacidad.

Por su lado el derecho germánico, consideraba que la mujer casada era incapaz. Esto debido que se encontraba sometida al mundium de su esposo y, en el supuesto de fallecimiento de él, se halla recién sujeta, al mundium real.

En el conocido como antiguo derecho francés, sobre todo aquellos de derecho escrito se tenían en cuanto para su aplicación el derecho romano, como así también en los que en los de derecho

consuetudinario la mujer era considerada incapaz, a raíz de la potestad marital. A pesar de lo citado, sus actos podían ser invalidados por el marido, y en el caso que él no lo efectuara se los tenían como eficaces; debiendo mencionar que en los anteriores siglos con respecto al precedente régimen la incapacidad se volvió de orden público.

El Código Napoleón, en particular adujo una prohibición a la mujer enajenar, donar, hipotecar y adquirir bienes a título gratuito u oneroso sin venia marital o judicial, lo mismo que actuar en juicio, con la excepción que podía alegar una defensa en la situación particular que fuera acusada en el aspecto criminal o policial. La autorización general del marido no tenía efecto, sólo para los actos de administración, y con su autorización podía desenvolverse en el plano del comercio, pudiendo contraer obligaciones en lo pertinente a su negocio. La mayoría de los códigos durante el siglo XIX continuó de una o de otra forma, en el plano de dichos parámetros.

Por otra parte, las normativas en Francia tuvieron modificaciones a través de ciertas leyes en diferentes años 1938,1942,1965 y 1970. Estas normativas derogaron la incapacidad de la mujer casada. Las restricciones a su capacidad que perduraban en algunas como las de 1938 y 1942 se extinguieron recién en la de 1965, que ubica en términos comunes e igualitarios a los dos cónyuges, y particularmente la de 1970 conduce a lo que se conoce como el desenvolvimiento compartido de la patria potestad sobre los hijos. (Belluscio, 2016)

En los países anglosajones la capacidad de la mujer casada por su parte es total. Lo mismo ocurre en las legislaciones germánicas y escandinavas, con la sola reserva de las reglas que surgían del régimen matrimonial. También se ha establecido la capacidad en la generalidad de los países europeos y americanos. En cambio, la incapacidad se mantiene en el derecho musulmán. (Belluscio, 2016)

En cuanto a los cambios sociales y los derechos a las mujeres: el proceso legislativo de la ley de derechos civiles de la mujer en el Congreso (1924-1926) se anota en una articulación mundial de transformaciones.

Entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el mundo tuvo cambios bruscos, sobre todo a raíz de la etapa de surgimiento del capitalismo, en el que las mujeres tuvieron una notable participación en dos aspectos primordiales, a saber, su incursión en el mundo del trabajo y su incorporación en el plano de la educación. La Primera Guerra Mundial fue una pugna de carácter intensivo y global, y exigió la movilización de toda la población al servicio de la situación bélica, ya fuese en el frente de lucha o en los centros de producción, donde la necesidad de mano de

obrar forzó el poder no sólo de las organizaciones obreras, sino también, de las mujeres con su trabajo fuera del hogar. (Hobsbawm, 1995: 52)

A su vez en Estados Unidos se produjo un incremento notable de la economía particularmente en las dos décadas iniciales del siglo XX, época en que se generó la Primera Guerra Mundial, debido al alejamiento de este país del escenario de la lucha, a su condición de proveedor de armamentos y a la capacidad de expandir su producción de manera eficaz y autosuficiente (Hobsbawm, 1995: 56). En esos años, Estados Unidos comenzó su camino hacia su posición de principal economía mundial. En este contexto, las mujeres consiguieron ampliar sus derechos tanto civiles como políticos.

#### **4 c- Código Civil – Ley 11.357**

El Código Civil argentino, ha continuado con las ideas que eran vigentes en la época mencionada y dispuso que la mujer casi era considerada una incapaz de hecho relativa (art. 55 inc. 2) sujeta a la representación legal del marido (art. 57, inc. 4º), sin embargo, pero no a la representación promiscua del ministerio Pupilar (art. 60). En general, la incapacidad de la mujer no quedaba salvada por medio de la representación del marido sino mediante su asistencia, pues sus actos no eran otorgados por él en su representación sino por ella misma con su venia (art. 54 y ss., Ley de Matrimonio Civil, que reproducen el art. 188 y ss., CCiv.) Pero en cuanto a los actos de administración de sus bienes y de disposición de muebles, si actuaba como verdadero representante. Por otra parte, se establecían ciertas incapacidades de derecho para la mujer, aun soltera o viuda; no podía ser tutora ni curadora (arts. 398, inc. 8, y 475 C.C.) ni testigo en instrumentos públicos. (Belluscio, 2016)

La autorización marital se presumía cuando ejercía alguna profesión sin su oposición, en las compras al contado, y en las cotidianas del hogar, aunque fuesen al fiado (art. 56 Ley de Matrimonio Civil). En algunos casos no se exigía: tales eran la actuación en juicio contra el esposo, la defensa criminal, el otorgamiento o revocación de testamento, la administración de bienes reservados en la convención prenupcial (art. 57, Ley de Matrimonio Civil), la promoción del juicio de insania del marido (art. 144 inc. 1º del C. Civil) y la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de éste (art 113, CCiv.) y la promoción de acciones implicasen hacer valer un derecho propio frente al marido (art. 1253, CCiv.).

En ciertos casos la autorización podía ser reemplazada por la judicial (arts. 59 y 60, Ley de Matrimonio Civil). La venia marital podía presentar su revocación sujeta al imperio del marido, pero no con efecto retroactivo en perjuicio de tercero (art. 61, Ley de Matrimonio Civil). Los actos de la mujer podían ser ratificados expresa o tácitamente por el marido (art. 62, Ley de Matrimonio Civil). La ausencia de venia generaba de manera negativa efectos con respecto a los actos de la mujer, cayendo dentro de la nulidad relativa peticionada por ella, por el marido y por los herederos de uno u otro (art. 58 Ley de Matrimonio Civil). (Belluscio, 2016)

A su vez en Argentina, al igual que en el mundo entero, se hace preciso afirmar que las mujeres se caracterizaron por presentar un incremento en su protagonismo en el mundo laboral. De esta forma lo señala Mirta Lobato (2007: 71), al comparar nuestro país con otros:

“Desde esta perspectiva se puede afirmar que la presencia femenina registrada en el mercado laboral en Argentina, ya sea en la industria o en los servicios, era importante, similar a algunos países europeos y más alta que en otros países de América Latina”.

Las mujeres se desempeñaban en diversas tareas, tanto fuera como dentro del hogar.

Esas tareas iban desde el trabajo realizado en las industrias o trasladado por la empresa a su propio domicilio, pasando por tareas agrícolas, hasta una gran variedad de actividades en el sector terciario. En este último caso, las tareas abarcaban un amplio espectro, desde aquellas más reconocidas socialmente, como el magisterio o la enfermería, pasando por diferentes trabajos administrativos (telefonistas, secretarías) y comerciales (vendedoras), hasta llegar al trabajo doméstico. En este espectro amplio de tareas, con desiguales exigencias, requerimientos e incluso reconocimientos, según Graciela Queirolo (2008; 131), existían dos elementos unificadores: “Por un lado, aquellas mujeres que practicaban cualquiera de las tareas mencionadas recibían a cambio una remuneración monetaria. Por otro, un conjunto de discursos sociales adversos y condenatorios definía las actividades salariables de las mujeres gracias a la reproducción de la ideología de la domesticidad, cuyos principios materializaban a las mujeres, es decir, concebían a la maternidad como una identidad femenina exclusiva y por lo tanto incompatible con cualquier otra actividad, en especial la laboral”.

Con preponderancia de la citada ideología de la domesticidad, es necesario mencionar que se suscitaron los conocidos debates en torno a la Ley de Derechos Civiles de la Mujer de 1926. La reforma estuvo justificada en los cambios que trajo aparejados la coyuntura mundial y en la necesidad de proteger a las mujeres. Respecto del consenso que hubo acerca de llevar adelante la

reforma, es ilustrativa la reflexión realizada por el diputado radical Leopoldo Bard, en uno de los debates casi inmediatamente previos a la aprobación de la ley: Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto, Universidad Nacional de Quilmes.

“Esta iniciativa no pertenece especialmente a ningún partido político, a ningún sector de la Cámara. Es una iniciativa que viene en momento oportuno y por razones de evolución social y en la que coincidimos diputados de todos los sectores políticos” (DSCD, 12-8-26: 77).

Sin embargo, se hace esencial establecer que no sólo los partidos políticos fueron actores de este proceso. Se hace preciso afirmar que las mujeres fueron protagonistas esenciales en este proceso, merced a su perseverancia, a su esfuerzo y dedicación, no dejándose relegar en el reclamo de sus derechos, sino por el contrario siguiendo firmes en su lucha “que denunciaba la condición de inferioridad de las mujeres y reclamaba la transformación del orden jurídico que había sancionado esa inferioridad” (Barrancos, 2008:70).

Además del involucramiento de los partidos políticos con la causa de los derechos de las mujeres, un factor fundamental para entender el proceso legislativo de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer de 1926 es la creciente participación de las mujeres en la vida social. Como ya se ha manifestado, las mujeres participaron en la educación, tanto en el rol de educadoras como en el de educandas. Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto, Universidad Nacional de Quilmes.

Bard destacó la educación como uno de los motores que permitieron a las mujeres activar su lucha: La educación fue tanto una causa del desarrollo del movimiento feminista como su consecuencia inmediata. Tanto la ley 1420, con la llegada de maestras norteamericanas, como la obra de infraestructura educativa llevada adelante en el país permitieron que el sistema educativo fuera ampliando su base de participación. (Torrado, 2003)

El progreso en materia de educación generó cambios que produjeron beneficios similares para mujeres y varones en el proceso de alfabetización, sobre todo en el nivel primario y secundario (Torrado, 2003:196). El ambiente era muy distinto tanto en el contexto universitario, a donde el ingreso de las mujeres era notoriamente dificultoso, en especial, entre fines del siglo XIX e inicios del siglo XX.

Incluso, en la década de 1920, las mujeres apenas superaban el 10% de la matrícula en la Universidad (Torrado, 2003: 202). Se hace preciso citar que, en la Universidad de Buenos Aires, en la facultad de medicina fue la principal receptora de las primeras mujeres universitarias, como

Cecilia Grierson, Petrona Eyle, entre otras. Estas mujeres no solamente fueron las primeras universitarias, sino además fervientes activistas en la lucha por los derechos de las mujeres.

La Ley 11.357 fue sancionada el 22 de septiembre de 1916 con el nro., 11.357, ley conocida como de “derechos civiles de la mujer”.

La citada ley dispuso la capacidad plena de la mujer mayor de edad soltera, viuda o divorciada (art. 1) derogando de esta forma las incapacidades de derecho que disponía el Código particularmente para la soltera y la viuda, y esclareciendo la situación de la mujer divorciada, que antes no era clara.

Según el art. 3 en cuanto a la mujer casada mayor de edad, no abolió de manera manifiesta su incapacidad, sino que se limitó a realizar una nómina de aquellos actos que podía efectuar sin contar con la autorización del marido o judicial. Entre ellos se pueden citar a título ejemplificativo, la aceptación de herencias con beneficio de inventario en el inc. 2, el ejercicio de las funciones de tutora, curadora, albacea y testigo en instrumentos públicos en el inc. 2 párrafo h; la contestación o impugnación de reconocimiento.

#### **4 d- Deber de fidelidad**

El deber de fidelidad en el Código de Vélez Sarsfield: El deber de fidelidad conyugal plasmado en el art. 198 del Código Civil establecía que "Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos", mientras que el art. 214 del cuerpo legal referido regulaba como una de las causales de divorcio vincular el adulterio (inc. 1° que remite al art. 202, inc. 1°).

En la legislación derogada entonces, resultaba indudable que los esposos se debían mutuamente fidelidad en sentido jurídico, es decir, como un deber cuyo incumplimiento podía dar lugar a un divorcio culpable por la causal subjetiva de adulterio, teniendo en cuenta los efectos que lo referido anunciaba.

No obstante, lo referido se confundía cuando uno de los cónyuges decidía emprender una nueva relación o vinculación sentimental o en su defecto una mera relación basada en una relación sexual, aislada, pero dentro de lo que se comprendía como separación de hecho.

Lo posición intermedia a su vez, argumentaba la existencia de un deber de fidelidad “atenuado”, situación que sería valorada tomando como parámetros el tiempo transcurrido entre la separación de hecho y el supuesto adulterio.

Asimismo, esta última postura se subdividía entre aquellos que entendían que el tiempo oportuno era de tres años, ello tomando por analogía el plazo de tres años de la separación de hecho sin voluntad de unirse establecido por el legislador como causal de divorcio autónoma (Borda, 1996) (art. 214, inc. 2° del Código de Vélez); y los que sostenían que el deber de fidelidad cesaba una vez transcurridos dos años luego de la separación de hecho, ya que ese es el término que habilitaba a cualquiera de los cónyuges a pedir unilateralmente la separación personal (art. 204 del Código de Vélez). (Borda, 1996)

Por su parte, la conocida como corriente amplia, más cercana a lo que se comprende como un escenario social actual, comprendía que una vez transcurrida la separación de hecho el deber de fidelidad culminaba ipso iure, es decir, de pleno derecho. (Zanoni, 1995)

En este contexto, se advierten las diversas dificultades que traía aparejada la legislación anterior al no representar la constante evolución de los proyectos de vida familiares, circunstancia que evidenciaba la necesidad de un cambio legislativo en este sentido.

El deber de fidelidad en el nuevo Código Civil: La nueva legislación que entró en vigencia el 1° de agosto pasado, da por tierra con aquellos debates interpretativos al desterrar las causales subjetivas del divorcio vincular. De este modo, no hay referencia alguna a la culpabilidad de los cónyuges, dando así paso a un divorcio incausado que puede decretarse por petición de uno o ambos cónyuges (arts. 437 y 438 del CCCN).

En consecuencia, quedan superadas todas las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la subsistencia o no, del deber de fidelidad durante la separación de hecho de los cónyuges, tornándose inadmisibles el análisis de las causas en que llevaron a la ruptura matrimonial, que tantas dificultades trajo.

Sin embargo, y si bien el nuevo Código es terminantemente claro en este sentido, la redacción del art. 431 presenta cierta inconsistencia cuando regula sobre los derechos y deberes de los cónyuges, más precisamente al referirse al “deber moral de fidelidad”. (Kemelmajer, 2015)

En nuestra doctrina, la solución igualitaria fue criticada por Machado, pero ya nadie la discute. Sólo subsistía una distinta consideración de la infidelidad de la mujer y la del hombre en la esfera penal; en tanto aquella cometía delito de adulterio por la sola relación sexual con otro hombre; el marido sólo incurría en él cuando tenía manceba dentro o fuera de la casa conyugal (esa diferencia, que resultaba contraria al art. 2° inc. g, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por el cual el país se había obligado a

“derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”) desapareció con la derogación del mencionado artículo por la ley 24.453, que suprimió la incriminación del adulterio.

Finalmente, el Código Civil y Comercial reduce la fidelidad a un deber moral que se deben prometer los cónyuges y que carece de contenido jurídico en materia patrimonial. Como es por conocido por la generalidad, en la redacción primigenia del mencionado artículo, en su redacción original no se mencionaba de manera expresa a la fidelidad como deber ni jurídico ni moral, sino que únicamente se hacía alusión al deber de asistencia recíproca de los cónyuges. No obstante, ello y mediante un convenio contraído con la Iglesia Católica, se modificó dicha normativa y particularmente en la formulación del anteproyecto se introdujo el conocido como “deber moral de fidelidad”.

En cuanto a los principios que rigen esta norma: se pueden citar los argumentos en que se rige el moderno Código Civil la denominada “constitucionalización del derecho civil” y la introducción de los tratados de Derechos Humanos en el bloque constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) han generado una trascendente repercusión en el Derecho de familia. La reforma continúa teniendo en cuenta el desarrollo producido y el surgimiento de modernos principios, particularmente, el de la “democratización de la familia”. El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos. En efecto existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites...

Como se ve, los principios rectores que deben guiar la interpretación de la regulación del matrimonio son la igualdad, la libertad y la autonomía de la voluntad. Se privilegia entonces la autonomía personal en la vida matrimonial, receptando de este modo lo sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “ArtaviaMurillo vs. Costa Rica”, donde expresó “El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”. (Artavia Murillo vs. Costa Rica”, 28/11/2012).

El nuevo Código reconoce al matrimonio como un poderoso canal para la efectivización del proyecto de vida que han elaborado sus integrantes, que supera el esquema el que estaba construido por la tradición, orientado a la procreación y la educación de los hijos. La clave fundamental del matrimonio es, ante todo de conformar una comunidad de vida respaldada en el apoyo mutuo, la sujeción y la satisfacción por lograr la armonía y el bienestar de sus integrantes. (Molina de Juan, 2015)

La reforma plasmó entonces un aire renovador a la nueva legislación. Un cambio de paradigma que hace rato se viene gestando en la sociedad y a la que el derecho no podía quedar ajeno. La Constitución Nacional no podía estar ausente, sino que en su defecto debía acomodarse a los requerimientos sociales.

La Constitución Nacional Argentina, con sus basamentos y principios que se concentran en la aceptación de la libertad, motivan a sostener que la esencia y el sustento de la institución matrimonial están contenidas en cada persona, que es un ente generador de vida, siendo preciso y sobre todo fundamental que el legislador se atenga únicamente a establecer un esquema de vida en particular. Por el contrario, se ha propiciado un cambio esencial, debido a que se limita la fidelidad a un deber moral que deben convenir los cónyuges y que a su vez no presenta contenido jurídico en el aspecto patrimonial.

La violación al deber de fidelidad no permite aplicar un sistema que se reduzca a la causal de divorcio por culpa, debido a que fue suprimido por el nuevo Código Civil y Comercial. (Belluscio, 2016)

#### **4 e- Conclusión parcial**

La realidad que le toca vivir a la mujer no es fácil, ni simple, por el contrario es complejo, y es necesario afirmar que la mujer ha ido ganando espacios en el plano social como así también en lo laboral, la inserción de ella en este último ámbito ha generado críticas, sobre todo de aquellos roles tradicionales sobre los que asentaba el matrimonio de mujer que se dedicaba únicamente a las tareas de la casa y el cuidado de los hijos, que por su parte el hombre se limitaba a las actividades del trabajo, generando la provisión de los alimentos y concentrándose al mantenimientos de los gastos del hogar y a cubrir todas las necesidades de la familia en general.

En la legislación derogada entonces, resultaba indudable que los esposos se debían mutuamente fidelidad en sentido jurídico, es decir, como un deber el que en el caso que no se hacía efectivo

generaba lugar a una causal de divorcio, debido a la culpabilidad por la causal subjetiva de adulterio, con todas las implicancias que ello daba lugar.

La reforma plasmó entonces un aire renovador a la nueva legislación. Un cambio de paradigma que hace rato se venía generando en el ámbito global y a la que el derecho no podía estar ausente, ni tampoco le era indiferente, sino que por el contrario debía adaptarse a los nuevos requerimientos y necesidades que se gestan dentro del plano ámbito social.

## CONCLUSIONES GENERALES

El tema que ha sido motivo de la presente investigación se lo ha elegido debido a que en los últimos años ha tomado mayor relevancia, particularmente a partir de la Reforma del Código Civil en el año 2015, sobre todo por la notable influencia que ha tenido en el ámbito del Derecho Civil.

Se ha debido tener en cuenta la jurisprudencia a los fines de determinar la evolución de los derechos y deberes, tal que se presenta en la situación de la mujer casada y su evolución, particularmente en virtud de las regulaciones de la normativa interna que a partir de dicho aspecto se han adaptado a los tiempos modernos y a la conquista de los derechos de la mujer, en virtud de las consideraciones que la doctrina no ha sido ajena a su tratamiento.

El análisis de esta cuestión en el plano nacional no será suficiente, siendo menester recurrir a su tratamiento por parte de la legislación y ordenamientos jurídicos tanto en el plano interno, como internacional (derecho comparado) a los fines de tener una comprensión más global de la temática elegida.

En cuanto a los antecedentes de la investigación, en la actualidad, puede entenderse como consumada la desaparición de la autoridad marital, el que fue cambiado por el principio de igualdad jurídica de los cónyuges. Esta línea conceptual fue la seguida por las cartas constitucionales del siglo XX. En dicho sentido, la declaración universal de los derechos del hombre reafirma la igualdad de los derechos en lo relativo al matrimonio durante el desarrollo del mismo en la situación particular de su disolución. Dicha postura, ha sido reafirmada también por la Convención Interamericana de Concesión de Derechos Civiles a la Mujer la que fue suscripta en Bogotá en 1948. (Belluscio, 2016)

En cuanto a las normativas nacionales es preciso recordar que la Ley 11.357 del año 1926 cambió esencialmente lo referido a la capacidad de hecho de la mujer casada y la administración de los bienes durante el matrimonio, es por ello que pudo entenderse como extinguida la potestad marital. No obstante a ello, el carácter de jefe de hogar del marido lo siguió como una manifestación al derecho de decisión como la facultad de disponer la residencia conyugal como la facultad de administrar y disponer los bienes gananciales cuyo origen no se pudiera establecer (art. 1276, 2º párrafo, reforma ley 17.711).

El nuevo Código Civil y Comercial del año 2015 derogó los deberes derivados del matrimonio, permaneciendo solamente el de asistencia moral y el de alimentos. En lo relativo al

mantenimiento del hogar y de la familia se hace preciso recordar que la ley 23.515 dejó sin efecto el deber primordial del marido de mantener económicamente tanto a la mujer, como al hogar. Muestra de ello de que el nuevo art. 455 dice: “los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos”, “esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos”. Como consecuencia de lo manifestado, son ambos los comprendidos en el deber de asistencia regulado por el Código Civil y Comercial de la Nación era sencillo sino sobre todo complicado y producía secuelas en el ámbito familiar. (Hitters, 2015)

El proyecto se concentrará en determinar los efectos personales que nacen de la institución matrimonial, particularmente en virtud de lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación, a partir de la última reforma del mismo. Se debe tener en cuenta el resguardo de los derechos y deberes que surgen a saber, asistencia, convivencia, nombre de las personas casadas, deber de fidelidad, teniendo en cuenta las diversas modalidades de matrimonio, los que se encuentran contemplados en el Código Civil y Comercial reformado, en donde surgen la contemplación y resguardo de los mismos en un contexto de celeridad, rápida solución a situaciones de pareja que puedan surgir, ante diferentes eventualidades. Por lo tanto, se considera a la temática elegida de alta relevancia actual ya que lo que se aspira es darle mayor claridad a este instituto que ha sido de tratamiento durante la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo fundamental para la normal marcha y desenvolvimiento del mismo. Se puede citar al Objetivo General: Analizar los efectos personales que surgen de la institución matrimonial específicamente en virtud de lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación. En cuanto a los objetivos específicos: -Destacar la evolución histórica de la autoridad marital con respecto a la igualdad jurídica de los cónyuges; -Distinguir el deber de asistencia tanto moral como material; -Explicar la importancia de la obligación alimentaria entre cónyuges; -Describir que rubros abarca la obligación alimentaria y a quienes comprende; -Destacar lo que se comprende como deber de convivencia, el art. 431 del Código Civil y Comercial reformado; -Mencionar si existe una evolución en el concepto de la capacidad de la mujer casada según el Código Civil y Comercial del 2015; -Investigar la evolución del deber de fidelidad entre cónyuges; -Describir la nueva concepción del deber de fidelidad, según el código civil reformado. En cuanto a la Hipótesis de trabajo: Se parte de la presunción de que es fundamental destacar la

labor de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, particularmente en la institución del matrimonio y los efectos personales que surgen del mismo. Esta hipótesis de trabajo comprende las siguientes cuestiones: particularmente las modificaciones que ha sufrido dicha institución a raíz de la puesta en vigencia de dicha reforma, destacando los efectos que ello genera en la institución matrimonial en sus diversas modalidades como la repercusión de las técnicas de fecundación asistida en los diversos tipos de matrimonio...

En lo pertinente a las preguntas de investigación, las más destacadas, han girado en torno a los efectos personales que surgen de la institución matrimonial específicamente en virtud de lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación; la evolución histórica de la autoridad marital con respecto a la igualdad jurídica de los cónyuges; la distinción entre el deber de asistencia tanto moral como material; la importancia de la obligación alimentaria entre cónyuges; los rubros que abarca la obligación alimentaria y a quienes comprende; la conceptualización que se tiene del deber de convivencia, según las disposiciones del Código Civil y Comercial reformado. En cuanto a la organización del trabajo se hace preciso destacar que el mismo se ha estructurado en principio con una introducción, continuando su desarrollo con cuatro capítulos que han conformado los ejes centrales del mismo. Por su parte cada Capítulo se tipifica por contar con una introducción y conclusiones parciales. El primer capítulo que lleva por título "Generalidades", es en donde se efectúa una evolución histórica de la autoridad marital y el tratamiento del deber de asistencia moral y material, alimentos. El régimen introducido por el Código Civil y Comercial al derecho privado argentino respeta el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer, y elimina las disposiciones del antiguo ordenamiento que contenían pautas discriminatorias. Ello constituye un gran avance en orden al respeto de los derechos de la mujer. Queda aún lograr hacer que estos derechos sean efectivos porque no se puede olvidar que, en Argentina, al igual que según una muestra que analiza la actividad de las mujeres en Latinoamérica a comienzos de la década de 1990, el promedio de la región indicaba que por cada 100 unidades monetarias que las mujeres ganaban en los mercados de trabajo, los hombres ganaban 116,32, una brecha del 16.32%. Para el año 2007, esa brecha fue del 8,8%. En términos brutos, la brecha se ha reducido ocho puntos porcentuales en dos décadas, pero sigue favoreciendo a los hombres.

El Capítulo dos que se denomina la convivencia de los cónyuges, contiene su regulación dentro del Código Civil, por la Ley de matrimonio civil y reformas y otras temáticas como el control de

correspondencia y finalización de las amistades, la que fue mencionada como un antecedente dentro de la evolución histórica. En cuanto a los deberes y derechos matrimoniales entre los que se encuentra comprendido el deber de convivencia tienen como basamento fundamental el respeto a la autonomía personal, correspondiendo sobre todo a los cónyuges en el marco de determinados límites establecer el contexto de lo que ellos comprenden como obligación durante la vigencia del matrimonio. Es preciso hacer referencia que, ante el incumplimiento de los citados deberes, surgen primordialmente efectos legales. Con la falta de inclusión del deber de cohabitación, lo relativo a la determinación del domicilio conyugal se torna incierto, particularmente en lo referido a los terceros. En el caso que no se presente el deber de cohabitar, no puede surgir el nacimiento de un domicilio para que rija mientras dure el matrimonio, como así también no se genera una vivienda conyugal inembargable o que sea materia de ejecución.

En el Capítulo tres intitulado Derecho Argentino, se ha considerado el nombre de las personas casadas especificándose los antecedentes y su tratamiento por el Derecho Comparado, en donde se puntualizan las posiciones doctrinarias en el plano nacional.

Es necesario referirse a los artículos 62 a 72 del Código Civil y Comercial que se refieren al nombre introduciendo novísimos postulados en relación a la temática objeto de tratamiento, las que fueron ya receptadas por ciertas legislaciones nacionales, incorporando modernas tendencias legislativas sobre el tema, que ya tuvieron acogida en algunas legislaciones nacionales y que son consistentes con legislaciones internacionales de las que Argentina es parte. En lo fundamental, los cambios propuestos por el proyecto en materia de nombre mantienen la naturaleza del nombre en cuanto derecho-deber, por lo que mucha doctrina y jurisprudencia generada por el régimen de la ley 18.248. En lo relativo a la valía de cada ser humano es que precisa su reconocimiento en cuanto a sus derechos, el derecho tiene un inestimable valor al ser el instrumento y la persona es el fin de su consideración, ella aspira a su felicidad, y el Derecho no es ajeno a ese anhelo, debiendo resguardar de manera abarcativa su amplia gama de derechos mediante una regulación donde los mismos sean contenidos, para constituirse en una situación concreta y no en un simple ideal o aspiración.

Por su parte el Capítulo cuatro, que lleva por título Otros efectos, en el citado se realiza la consideración de la capacidad de la mujer casada, en donde se remite a los antecedentes legislativos extranjeros, para seguir con el Código Civil – Ley 11357, y el deber de fidelidad. Se destaca la importancia de la mujer en la evolución de su capacidad jurídica, lo que ha sido

señalado a lo largo de los acápite pertinentes, como así también sin dudas ha contribuido su mayor injerencia y participación en ciertos ámbitos como los educativos y laboral. Una mención que genera una consideración relevante es la estimación de la fidelidad considerándolo como un deber moral, lo que sin dudas queda sujeto a un simple convenio entre los cónyuges, no contando de contenido jurídico en el plano matrimonial, lo que sin dudas es una nota distintiva que merece una consideración preferente.

## **BIBLIOGRAFIA GENERAL**

### **DOCTRINA**

- ÁMEAL, Oscar (2015) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Estudio.
- BELLUSCIO, Claudio Alejandro (2016) “Procesos de Familia – Código Civil y Comercial. Buenos Aires: Editorial García Alonso.
- BELLUSCIO, Claudio Alejandro (2016) “Práctica del Divorcio” – Código Civil y Comercial. Buenos aires: Editorial García Alonso.
- BARBERO, Natalia (2014) “Protección Internacional de los derechos humanos”. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni
- BOSSERT. Gustavo A. y ZANNONI Eduardo A.(2004) “Manual de Derecho de familia”. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- BUERES, Alberto (2015) Código Civil y Comercial de la Nación 2da. Edición. Buenos Aires: Edit. Hammurabi
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1992) “Derecho a la identidad personal”. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- HERNANDEZ SAMPIERI, R.; FERNÁNDEZ COLLADO C.; BAPTISTA L. (1991) “Metodología de la Investigación”. México: Mc Graw – Hill Interamericana. Pág. 58.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída et al. (2015) “Tratado de Derecho de Familia” según el Código Civil y Comercial de 2014 – Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2016) “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Ley 26.994 – Ley 27.077. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa (2010) “Derecho de Familia”. Tomo II. Santa Fé: RubinzalCulzoni Editores.
- MUSSO, José Antonio (2005) “Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional”. Santiago del Estero: Edit. UCSE.
- SAMBRIZZI, Eduardo. La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las casuales de divorcio, y el llamado divorcio Express”. Revista de Derecho de Familia y de las personas. RDFyP, julio 2012. Edición Especial Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Pág. 90

- SAMBRIZZI, Eduardo A. “La voluntad procreacional. La reforma del código civil en materia de filiación”. En la Ley del 03-11-2011.
- SOJO, A. (2012). Divorcio. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. /www.-bibliotecadigital.uca.edu.ar- Recuperado de Internet: 20-05-2016.
- YUNI, José Alberto & Urbano Claudio Ariel (2003) “Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación”. Volumen I, Córdoba: Brujas.

## **LEGISLACIÓN**

- Código Civil de la República Argentina. Año 2010.
- Ley 23.515 sobre Divorcio Vincular.
- Código Civil y Comercial Reformado. Año 2015.

## **JURISPRUDENCIA**

- Divorcio. Trámite. Readecuación al Cód. Civil y Comercial. Con fecha 4 de febrero de 2016, la Cámara Segunda Civil y Comercial (Sala II integrada) en la causa N° 119.500 “R.S.D. C/ A.L.F S/ DIVORCIO CONTRADICTORIO”, resolvió confirmar el resolutorio apelado, con costas por su orden atento la razonable duda que se pudo generar ante el cambio legislativo (Art. 68 2 do. Párr., 69 C.P.C.C.).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122.