

MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA - MARIA ROSA LORENZO DE FERRANDO
SARA CADOCHÉ DE AZVALINSKY - DANIEL HUGO D'ANTONIO
FRANCISCO A. M. FERRER - CARLOS H. ROLANDO

DERECHO DE FAMILIA

TOMO PRIMERO



RUBINZAL-CULZONI
EDITORES

DERECHO DE FAMILIA

MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA - MARIA ROSA LORENZO DE FERRANDO
SARA CADOCHÉ DE AZVALINSKY - DANIEL HUGO D'ANTONIO
FRANCISCO A. M. FERRER - CARLOS H. ROLANDO

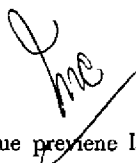
DERECHO DE FAMILIA

T o m o I

RUBINZAL Y CULZONI S. C. C.
EDITORES

9 de Julio 3573 - Santa Fe

ISBN 950-0163-06-3



Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

IMPRESO EN LA ARGENTINA

FRANCISCO A. M. FERRER

Capítulo I

INTRODUCCION AL DERECHO DE FAMILIA

Capítulo I

INTRODUCCION AL DERECHO DE FAMILIA

por FRANCISCO A. M. FERRER

I. LA FAMILIA	
1. Concepto	11
2. Origen	14
3. Evolución	15
4. Funciones	17
5. Importancia	19
6. La familia y el Estado	21
7. La familia argentina. Su evolución	24
8. La crisis de la familia	26
9. Naturaleza jurídica de la familia	31
10. El interés familiar	34
11. Organos de la familia	35
12. La trascendencia jurídica del núcleo familiar	36
13. El nombre	37
14. El honor de la familia	38
15. El derecho a la intimidad familiar	40
II. EL DERECHO DE FAMILIA	
16. Concepto	42
17. Contenido	42
18. Caracteres	43
19. Naturaleza y ubicación en el derecho positivo. Teorías. Método de la ley	44
20. Interpretación	47
21. Relación con el derecho hereditario	48
22. La familia en la Constitución Nacional	49
III. ESTADO DE FAMILIA	
23. El estado de las personas	51
24. Estado de familia: estado civil	52
25. Caracteres	53
26. Fuentes	54
27. El emplazamiento en el estado de familia	54
28. Título de estado	55
29. Posesión de estado	56

30. Acciones de estado. Concepto	59
31. Caracteres	60
32. Clasificación	63
33. Extinción: Caducidad y prescripción	65
34. Características del proceso de estado	67
35. La cosa juzgada en las acciones de estado. Teorías	69
36. La jurisprudencia nacional y los proyectos de reforma	72
37. Derechos subjetivos familiares	72
IV. ACTO JURIDICO FAMILIAR	
38. Concepto	74
39. Naturaleza	74
40. Clasificación	75
41. Elementos	76
42. Modalidades de los actos jurídicos familiares	78

Capítulo II

E L M A T R I M O N I O

por FRANCISCO A. M. FERRER

I. NOCIONES GENERALES	
1. Importancia	81
2. Concepto	81
3. Etimología	82
4. Fines	83
5. El triple aspecto del matrimonio	83
6. Dob'le acepción de la palabra matrimonio	85
7. Caracteres	85
8. Naturaleza jurídica	86
9. El principio del <i>favor matrimonii</i>	90
10. Crisis y valor actual del matrimonio	90
II. LA POTESTAD LEGISLATIVA Y JURISDICCIONAL SOBRE EL MATRIMONIO CIVIL. MATRIMONIO CIVIL Y MATRIMONIO RELIGIOSO	
11. La cuestión	93
12. Evolución histórica	93
13. Importancia del derecho canónico	95
14. Sistemas matrimoniales	96
15. Antecedentes patrios	97
16. Incompatibilidad del derecho matrimonial patrio con la Constitución Nacional	99
17. Nicasio Oroño	100
18. La ley santafesina de matrimonio civil	101
19. El Código Civil de 1869	103

20. La ley 2393 de matrimonio civil	103
21. Críticas a la ley de matrimonio civil. La verdadera solución	104
III. EL CONCUBINATO	
A) <i>Nociones generales</i>	
22. Concepto	106
23. Caracteres	106
24. Reseña histórica	107
25. El concubinato en la Argentina. Causas	108
26. Valoración	109
27. Derecho comparado	109
B) <i>El concubinato en la legislación</i>	
28. Legislación civil	110
29. Legislación penal	112
30. Legislación laboral	114
31. Legislación previsional	115
C) <i>El concubinato en la jurisprudencia</i>	
32. Función de la jurisprudencia	118
a) <i>Relaciones de los concubinos entre sí</i>	
33. Alimentos entre concubinos	119
34. Gastos de última enfermedad y entierro	120
35. Donaciones	121
36. Sociedad de hecho	123
37. Locación de servicios	124
38. El derecho a pensión de la concubina	125
b) <i>Relaciones de los concubinos con terceros</i>	
39. Indemnización por muerte del concubino o concubina	128
40. Responsabilidad frente a terceros	129
IV. LOS ESPONSALES	
41. Concepto	130
42. Naturaleza jurídica	130
43. Referencia histórica	131
44. La norma del Código Civil y su fuente	133
45. La existencia de una obligación natural	133
46. Derecho comparado	134
47. Opinión de la doctrina nacional	135
48. La jurisprudencia de los tribunales y la reparación de los perjuicios	136
49. Restitución de bienes entregados por causa de matrimonio si éste no se celebra	137
50. Proyectos de reforma	142
V. EL CORRETAJE MATRIMONIAL	
51. Concepto. Corretaje en sentido propio y simple mediación	143
52. Antecedentes históricos	143
53. Derecho comparado	143
54. Derecho argentino. Doctrina. Jurisprudencia	144

Capítulo III

IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

por MARIA ROSA LORENZO de FERRANDO

I. GENERALIDADES	
1. A) Concepto	149
B) Relación con la capacidad matrimonial	150
C) Antecedentes	151
2. Funciones de los impedimentos	153
3. Clasificaciones	153
II. IMPEDIMENTOS DIRIMENTES	
4. A) De orden ético	154
B) Derivados de la naturaleza	158
III. IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES	
5. A) Falta de autorización del representante legal	163
B) Impedimento derivado de la tutela	168
C) Plazo de viudez o de espera	169
IV. IMPEDIMENTOS EUGENESICOS	
6. A) Eugenesia. Concepto y fundamentos	171
B) Valoración	173
7. Impedimentos por razones eugenésicas en el derecho argentino	175

Capítulo IV

CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. DILIGENCIAS PREVIAS. OPOSICION. CELEBRACION. PRUEBA

por SARA NOEMI CADOCHÉ DE AZVALINSKY

A. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL	
I. Requisitos	183
II. Exclusión de modalidades	184
III. Vicios del consentimiento	185
B. MATRIMONIO ENTRE AUSENTES. ESPECIES	189
C. DILIGENCIAS PREVIAS	193
D. OPOSICION	
I. Oposición y denuncia. Concepto. Causales	196
II. Sujetos legitimados	197
III. Oportunidad. Sustanciación. Efectos	198
IV. Responsabilidades	199
V. Oposición al matrimonio de menores de edad	199
VI. Oposición al matrimonio de sordomudos	201
E. CELEBRACION	
I. Autoridad competente. Lugar de celebración	202

II. Formalidades del acto	202
III. Matrimonio in extremis	204
F. PRUEBA	
I. Prueba de matrimonios celebrados antes o después de la ley de matrimonio civil. Distintos casos	207
II. La posesión de estado y la prueba del matrimonio	211
III. Matrimonios celebrados en el extranjero	213

Capítulo V

EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

por CARLOS H. ROLANDO

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

Capítulo VI

EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

por MARÍA JOSEFA MENDEZ COSTA

I. BENEFICIO DE COMPETENCIA	
1. Concepto y alcances	281
II. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION	
2. Generalidades	282
A) <i>Suspensión de la prescripción entre cónyuges (art. 3969)</i>	283
3. Prescripciones suspendidas	283
4. Fundamentos	283
5. Alcances en cuanto a la situación de los cónyuges	283
B) <i>Suspensión de la prescripción entre un cónyuge y un tercero (art. 3970)</i>	284
6. Artículo 3970 del Código Civil	284
7. Prescripciones suspendidas	284
8. Fundamentos	284

9. Alcance en cuanto a la situación de los cónyuges	284
C) <i>Supuesto de acción que debe entablarse contra el cónyuge y un tercero (consorcio pasivo necesario)</i>	
10. Generalidades	285
D) <i>Cuestiones vinculadas a alimentos</i>	
11. Aplicación del artículo 3969	286
III. EFECTOS PATRIMONIALES POST MORTEM	
12. Enumeración	286
13. Vocación hereditaria conyugal	286
14. Derecho de habitación viudal	287
IV. REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO	
15. Concepto	288
16. Distintos regímenes	289
A) <i>Primer criterio de clasificación</i>	
17. Enunciación y esquema	289
B) <i>Segundo criterio de clasificación</i>	
18. Enunciación y esquema	290
C) <i>Tercer criterio de clasificación</i>	
19. Enunciación y esquema	291
20. Absorción del patrimonio de la esposa por el marido	291
21. Unidad de bienes	293
22. Unión de bienes	293
23. Régimen de comunidad	294
24. Participación en los gananciales	296
25. Separación de bienes	296
26. Instituciones especiales	297

Régimen Convencional

I. CONVENCIONES MATRIMONIALES	
27. Concepto	298
28. Cláusulas autorizadas en el Código Civil y evolución posterior	298
29. Convenciones actualmente permitidas	299
30. Sujetos	300
31. Capacidad	300
32. Caracteres comunes a las convenciones previstas en los incisos 1º y 3º del artículo 1217	301
33. Caracteres especiales de las donaciones del novio a la novia (inc. 3º del artículo 1217)	303
34. Ineficacia	304
35. Promesa de dote	304
36. Contratos matrimoniales celebrados en el extranjero	304
II. CONTRATOS ENTRE CONYUGES	
37. Generalidades	304

A) <i>Contratos prohibidos</i>	
38. Donación	306
38 ^{bis} Renta vitalicia gratuita entre cónyuges	307
38 ^{ter} Renta vitalicia onerosa estipulada por un cónyuge y prometida por tercero a favor del otro cónyuge	307
39. Cesión gratuita de créditos	307
40. Fianza constituida por un cónyuge garantizando la deuda de un ter- cero hacia el otro cónyuge	307
41. Compraventa	307
42. Permuta	308
43. Cesión onerosa de créditos	308
44. Dación en pago de una cosa	308
45. Dación en pago de un crédito	308
46. Renta vitalicia onerosa entre cónyuges o entre cónyuges a favor de tercero mediante entrega de cosas	309
47. Cesión de derechos hereditarios	309
48. Constitución de usufructo sobre cosas no fungibles	309
49. Constitución de derechos reales de uso y habitación	309
50. Constitución de servidumbres	309
51. Sociedades de responsabilidad solidaria	309
B) <i>Contratos de dudosa admisibilidad</i>	
52. Locación	311
53. Sociedades en comandita simple con ambos cónyuges comanditarios o con un cónyuge comanditario y el otro comanditado	312
54. Contrato de trabajo	312
C) <i>Contratos permitidos</i>	
55. Donación para producir efectos después de la muerte	314
56. Sociedad comercial por acciones o de responsabilidad limitada	316
57. Sociedad civil	316
58. Mandato	316
59. Mutuo	316
60. Renta vitalicia entre cónyuges constituida mediante la entrega de suma de dinero	316
61. Constitución de usufructo sobre cosas fungibles	316
62. Depósito	316
63. Fianza	317
64. Constitución de derechos reales a favor del cónyuge	317
65. ¿Es válido el seguro de vida a favor del cónyuge sobreviviente?	317
D) 66. <i>Sanción que recae sobre los contratos prohibidos</i>	318

Régimen Legal

I. GENERALIDADES

67. Caracterización	318
68. Sobre la naturaleza jurídica de la llamada sociedad conyugal	319

69. Sobre la tipificación del régimen	321
II. BIENES DE LOS CONYUGES	
A) Clasificación	
70. Importancia	323
B) Bienes propios	
71. Concepto	324
72. 1º) Bienes aportados al matrimonio	325
73. 2º) Bienes adquiridos gratuitamente durante la vigencia del régimen	326
74. 3º) Bienes que reemplazan a bienes propios (propios por subrogación real)	327
75. 4º) Bienes que resultan de la evolución o transformación de bienes propios	327
76. 5º) Bienes que son propios por disposición legal expresa	328
77. 6º) Bienes que son propios por aplicación de principios de otras instituciones o de principios generales del ordenamiento jurídico	330
78. Bienes propios en condominio	330
C) Bienes gananciales	
79. Concepto	331
80. 1º) Bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia del régimen patrimonial	332
81. 2º) Bienes que reemplazan a gananciales (gananciales por subrogación real)	334
82. 3º) Bienes que provienen de gananciales	334
83. 4º) Bienes que resultan de la evolución o transformación de gananciales	335
84. 5º) Bienes gananciales por disposición legal	335
85. Gananciales adquiridos conjuntamente por ambos esposos	335
86. Gananciales anómalos	337
87. Clasificaciones impuestas por el régimen de gestión de los bienes	337
88. Gananciales cuyo origen no puede determinarse o es de difícil prueba	337
89. Tesis que sostiene la necesidad de mencionar el origen de los bienes empleados en la adquisición	338
90. Tesis de la "titularidad"	338
91. Doctrina y jurisprudencia	340
92. Terminología	341
D) Bienes mixtos	
93. Generalidades	341
94. Análisis de algunos supuestos	342
95. a) Bienes adquiridos empleando simultáneamente bienes o fondos propios o gananciales	343
96. b) Bienes adquiridos empleando sucesivamente bienes propios y gananciales	343
97. c) Adquisiciones de partes indivisas inmobiliarias durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial	344

98. Síntesis	346
E) <i>Prueba del carácter de los bienes</i>	
99. Presunción de ganancialidad	346
100. Prueba del carácter propio de bienes muebles	347
101. Prueba del carácter propio de bienes inmuebles	347
III. DEUDAS DE LOS CONYUGES	
102. Los dos aspectos de las deudas	351
103. Derecho aplicable	352
104. Clasificación de las deudas	353
A) <i>Deudas personales</i>	
105. El artículo 5 de la ley 11.357	353
106. Caracterización de las deudas personales	354
107. Supuestos de deudas personales	355
B) <i>Deudas comunes</i>	
108. El artículo 6 de la ley 11.357	355
109. Caracterización de las deudas comunes	355
110. Supuestos de deudas comunes	360
C) <i>Régimen de cobro compulsivo de las deudas</i>	
111. Deudas personales	362
112. Deudas comunes	365
IV. GESTION DE LOS BIENES	
113. Preliminar	368
A) <i>Antecedentes</i>	
114. Evolución legal	368
115. Régimen de gestión en el Código Civil	368
116. Régimen de la ley 11.357	370
B) <i>Régimen de la ley 17.711</i>	
117. Gestión de los bienes	371
118. Disposición de los bienes	374
119. Naturaleza jurídica de la intervención del cónyuge no titular	374
120. Proyección jurídica de la exigencia legal sobre el cónyuge titular	376
121. Caracteres del asentimiento	377
122. Quiénes pueden requerir el asentimiento	380
123. Quiénes pueden asentir	381
124. Supuestos en que se exige el asentimiento	382
125. Consecuencias de la falta de asentimiento conyugal	388
126. Tesis de la inoponibilidad	369
127. Tesis de la nulidad	390
128. Mandatos entre cónyuges	394
129. Mandatos para administrar	394
130. Mandatos para disponer	396
131. Consideraciones comunes a los mandatos para administrar y para disponer	400
132. Fraude entre cónyuges	401

Capítulo VII

DISOLUCION, LIQUIDACION Y PARTICION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

por MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

I. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	
1. Fin del régimen patrimonial matrimonial	407
2. Causales de disolución. Enumeración y clasificación	407
II. ANALISIS DE LAS CAUSALES	
A) <i>Causales que operan de pleno derecho</i>	
3. Muerte del cónyuge	409
4. Causales vinculadas con la muerte presunta del cónyuge	409
5. Nulidad del matrimonio putativo	411
6. Divorcio	412
B) <i>Causales que operan a instancia de parte</i>	
7. Mala administración de un cónyuge	415
8. Curatela de un cónyuge por un tercero	420
9. Muerte presunta (art. 1307)	422
III. LA SEPARACION DE HECHO Y LA SOCIEDAD CONYUGAL	
10. Antecedentes	422
11. Fundamentos	423
12. Alcances y consecuencias	423
13. Supuesto de culpabilidad de ambos cónyuges	424
IV. LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA	
14. Generalidades	426
A) <i>Sociedad conyugal disuelta en vida de ambos cónyuges</i>	
15. Soluciones basadas en la inexistencia de división postsocietaria	426
16. Soluciones basadas en la existencia de indivisión postsocietaria	427
17. Consecuencias de la disolución de la sociedad conyugal	428
18. Consecuencias de la retroactividad de la disolución entre cónyuges	431
19. Los negocios jurídicos sobre gananciales anómalos celebrados antes o después de la disolución	432
20. Esquemmatización del régimen de gestión de los gananciales entre la notificación de la demanda de divorcio o de separación de bienes y la sentencia correspondiente, y después de ésta	432
B) <i>La sociedad conyugal disuelta por causa de muerte</i>	
21. Generalidades	434
V. LIQUIDACION	
22. Concepto y contenido	434
23. Reglas aplicables	435
24. Recompensas entre cónyuges	438
25. Imputación definitiva de los alimentos provisorios	443

VI. PARTICION	
26. Concepto	445
27. Reglas aplicables	445
28. Legitimación para pedir la partición	445
29. Proporción en que se parte	446
30. Forma de la partición	446
31. Liquidación y partición de sociedades conyugales sucesivas	447
32. Liquidación y partición de sociedades conyugales simultáneas	448
33. Convenios entre cónyuges	451
VII. CASOS ESPECIALES	
34. Situación del "hogar conyugal" después de la disolución y después de la partición de la sociedad conyugal	453
35. Bienes que permanecen indivisos después de la disolución de la sociedad conyugal	455
VIII. REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES	
36. La separación de bienes pendiente la indivisión postsocietaria	460
37. El régimen de separación de bienes después de la partición	460
38. Cargas comunes que subsisten durante la separación de bienes	461
39. Contratos entre cónyuges separados de bienes	462
40. Cesación de la separación de bienes	463

Capítulo VII

(continuación)

BIEN DE FAMILIA

por SARA NOEMI CADOCHE DE AZVALINSKY

A. CONCEPTO. ANTECEDENTES HISTORICOS Y DERECHO COMPARADO, LEY 14.394 Y REGLAMENTACIONES LOCALES	467
B. NATURALEZA JURIDICA	469
I. Del bien	469
II. Del derecho de los beneficiarios	469
III. Del derecho del constituyente	470
C. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	471
I. Naturaleza y valores de los bienes que pueden afectarse	471
II. Constituyentes	472
III. Formas de constitución	475
D. CARACTERES DE LA AFECTACION	478
E. EFECTOS	479
I. Eficacia temporal	479
II. Inembargabilidad	480
III. Indisponibilidad	482

IV. Eximiciones impositivas y otros beneficios	485
V. Administración	486
VI. Régimen sucesorio	486
F. DESAFECTACION	487

Capítulo VIII

NULIDADES MATRIMONIALES

por MARIA ROSA LORENZO de FERRANDO

I. REGIMEN JURIDICO DE NULIDADES MATRIMONIALES	
1. Tesis sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales o aplicación subsidiaria del régimen común de nulidad de los actos jurídicos	493
A) Tesis de la especialidad	493
B) Tesis de la aplicación subsidiaria de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos	496
II. NULIDAD E INEXISTENCIA	
2. Teoría de los matrimonios inexistentes	503
A) Concepto, origen. Doctrina nacional	503
B) Interés práctico de la distinción entre nulidad e inexistencia del matrimonio	505
C) Casos de inexistencia	506
III. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA	
3. Régimen del Código	509
4. Nulidad absoluta	512
5. Nulidad relativa	515
IV. ACCION DE NULIDAD	
6. Cuestiones procesales	522
7. Extinción de la acción	523
V. EFECTOS DE LA NULIDAD DE MATRIMONIO	
8. A) Efectos generales	527
B) Matrimonio de mala fe	528
C) Matrimonio putativo	529

Capítulo IX

DIVORCIO. DISOLUCION DEL MATRIMONIO

por DANIEL HUGO D'ANTONIO

I. DIVORCIO	
1. Concepto	539
Especies de divorcio	539
Antecedentes históricos y derecho comparado	540

Valoración social, jurídica y religiosa	543
2. El divorcio en derecho argentino	544
3. Causales de divorcio en la ley de matrimonio civil. Análisis y jurisprudencia	546
4. Juicio de divorcio. Competencia. Tramitación	550
Medidas previas y precautorias	552
Medios de prueba	554
Sentencia	555
5. Procedimiento judicial establecido en el artículo 67 bis de la ley 2393. Requisitos, convenios complementarios, trámite, sentencia, efectos, apelación	556
6. Consecuencias del divorcio en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y respecto de los hijos	560
7. Equiparación del cónyuge inocente al culpable (art. 71 bis, ley 2393)	563
8. Reconciliación	564
II. SEPARACION DE HECHO	
9. Noción: elementos constitutivos. Efectos	566
III. DISOLUCION DEL MATRIMONIO	
10. Concepto. Causas. Análisis de la disolución en caso de muerte presunta; reaparición del muerto presunto; efectos; derecho comparado	569
11. Divorcio vincular. Evolución legal argentina. Efectos del divorcio vincular antes y después de su suspensión por el decreto-ley 4070/56. Artículo 6º de la ley 17.711	570
12. Disolución por divorcio en el extranjero. Diversos casos. Tratados de Montevideo	573
13. Consecuencias de la disolución	575
a) Derechos y deberes personales	575
b) Sociedad conyugal	576
c) Vocación hereditaria	576
d) Nombres	576
e) Alimentos	576
f) Nuevas nupcias	576

Se terminó de imprimir el día
1º de Noviembre de 1982
en la Imprenta de la Universidad
Nacional del Litoral - Santa Fe
República Argentina

PROLOGO

Los autores de la presente obra se propusieron la presentación de un Manual de Derecho de Familia que acogiera el resultado de su experiencia docente de varios años. De ahí el estilo directo y sencillo y la falta de referencias a pie de página. Reconocen que los resultados traicionaron esos propósitos en cuanto a la extensión de distintos capítulos y confían en que esto, consecuencia de su interés por lograr desarrollos más claros e informaciones más completas, redunde en beneficio de los lectores.

Quiera verse en este esfuerzo el homenaje que rinden a quienes los precedieron en las cátedras de DERECHO CIVIL V de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, doctores Alberto J. Molinas, Héctor Hardoy, Francisco M. Ferrer y Elías P. Guastavino.

La bibliografía general y especial será incluida en el segundo tomo, destinado al estudio de la filiación, el parentesco, la patria potestad y la tutela y curatela.

LOS AUTORES

Capítulo I

INTRODUCCION AL DERECHO DE FAMILIA

por FRANCISCO A. M. FERRER

I. LA FAMILIA	
1. Concepto	11
2. Origen	14
3. Evolución	15
4. Funciones	17
5. Importancia	19
6. La familia y el Estado	21
7. La familia argentina. Su evolución	24
8. La crisis de la familia	26
9. Naturaleza jurídica de la familia	31
10. El interés familiar	34
11. Organos de la familia	35
12. La trascendencia jurídica del núcleo familiar	36
13. El nombre	37
14. El honor de la familia	38
15. El derecho a la intimidad familiar	40
II. EL DERECHO DE FAMILIA	
16. Concepto	42
17. Contenido	42
18. Caracteres	43
19. Naturaleza y ubicación en el derecho positivo. Teorías. Método de la ley	44
20. Interpretación	47
21. Relación con el derecho hereditario	48
22. La familia en la Constitución Nacional	49
III. ESTADO DE FAMILIA	
23. El estado de las personas	51
24. Estado de familia: estado civil	52
25. Caracteres	53
26. Fuentes	54
27. El emplazamiento en el estado de familia	54
28. Título de estado	55
29. Posesión de estado	56

30. Acciones de estado. Concepto	59
31. Caracteres	60
32. Clasificación	63
33. Extinción: Caducidad y prescripción	65
34. Características del proceso de estado	67
35. La cosa juzgada en las acciones de estado. Teorías	69
36. La jurisprudencia nacional y los proyectos de reforma	72
37. Derechos subjetivos familiares	72
IV. ACTO JURIDICO FAMILIAR	
38. Concepto	74
39. Naturaleza	74
40. Clasificación	75
41. Elementos	76
42. Modalidades de los actos jurídicos familiares	78

I. LA FAMILIA

1. Concepto.

El concepto de la familia puede formularse desde un doble punto de vista: jurídico y sociológico.

a) La *perspectiva jurídica* nos brinda un concepto amplio: familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos jurídicos emergentes del matrimonio o del parentesco. En este sentido lato la familia comprende tres órdenes de relaciones: las conyugales, las paterno-filiales y las parentales.

El Código Civil, aunque no define a la familia, brinda la base para deducir este concepto jurídico amplio, pues de acuerdo a sus normas los vínculos jurídicos no sólo existen entre cónyuges y entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, sino también entre los colaterales por consaguinidad hasta el cuarto grado, que es el límite del derecho sucesorio intestado (art. 3585, reformado por ley 17.711; antes era hasta el sexto grado) y entre los colaterales por afinidad igualmente hasta el cuarto grado, que es el límite genérico hasta donde llega la inhabilidad del Oficial Público, para autorizar asuntos en que sus parientes estén interesados (art. 985, CC.) y también la inhabilidad para ser testigos por parentesco con el Oficial Público, (arts. 990 y 3707) y la inhabilidad para recibir por testamento cuando existe parentesco dentro del cuarto grado con el Escribano o los testigos (art. 3664). Más allá del cuarto grado de parentesco, por consaguinidad o afinidad, el vínculo familiar ya no tiene relevancia jurídica.

Los vínculos jurídicos familiares reconocidos por nuestro derecho positivo son, por lo tanto, los que determinan el concepto y la composición de la familia.

Ahora bien, como nuestro derecho otorga efectos jurídicos tanto a los vínculos legítimos nacidos del matrimonio como a los que se generan fuera de la unión conyugal, aunque concediendo más derechos a los primeros, lo exacto es que de tal circunstancia se deduce que el concepto jurídico de familia comprende no sólo a la familia legítima, sino también a la que se constituye sin mediar entre los progenitores el vínculo matrimonial, reconociendo la realidad innegable de la familia natural, extramatrimonial o ilegítima, que surge cuando se forma la prole extramatrimonial y genera derechos y deberes recíprocos en la relación paterno-filial consagrados por la ley civil (arts. 1, 8, 9, 10 y 11, ley 14.367; arts. 369, 376 bis, 3545, 3571, 3584 y sgtes. del Cód. Civil). Por ello, aunque no medie vínculo matrimonial válido entre los progenitores, la situación jurídica que se crea entre éstos y sus hijos tiene un carácter esencialmente familiar, y esas normas legales indican que el hijo extramatrimonial tiene realmente una familia, cuya existencia ha sido confirmada además por la ley 17.711, que a través del nuevo texto del artículo 3585 consagra el derecho de herencia entre los hermanos extramatrimoniales.

Compartimos, en consecuencia, la enseñanza tradicional de nuestra doctrina y jurisprudencia (Llerena, Rébora, Lafaille, Spota, Busso, Borda, Fassi, Belluscio, Zannoni, Vidal Taquini), que reconoce la existencia de la familia extramatrimonial.

Sin embargo, hay autores para los cuales desde el punto de vista jurídico únicamente existe la familia fundada en el matrimonio y sostienen que el parentesco ilegítimo sólo constituye un vínculo, mas no una familia natural (Méndez Costa, D'Antonio, Lagomarsino). Y Díaz de Guijarro, por su parte, sostiene que la familia es una sola, sin que quepa contraponer la familia legítima a la ilegítima, pues para nada importa el origen del vínculo familiar, sino tan sólo la realidad biológica, por lo cual concluye que la familia es una unidad compuesta por parientes legítimos y extramatrimoniales. Creemos, sin embargo, que en nuestro derecho positivo tan

autorizada opinión encuentra un obstáculo insuperable en el artículo 365 del Código Civil, según el cual los parientes ilegítimos no forman parte de la familia de los parientes legítimos.

Desde luego, admitir que el concepto amplio de familia comprende también a la que se forma sin mediar unión conyugal entre los progenitores, no significa ni mucho propugnar su equiparación legal a la familia fundada en el matrimonio, sino, sencillamente, se trata de una conclusión derivada de los efectos que el legislador otorga al parentesco ilegítimo, que implican reconocer la realidad de la familia natural, aunque sin establecer la igualdad jurídica con la familia legítima por el riesgo de socavar las bases de la sociedad al debilitar el matrimonio.

Por ello, en nuestro derecho vigente, la familia legítima prevalece, en cuanto a determinados derechos y atribuciones, sobre la familia extramatrimonial, gozando del indudable y justo favor de la ley, que le brinda protección plena para que pueda cumplir su misión. La doctrina justifica que el legislador ampare y consolide con el máximo vigor a la familia fundada en el matrimonio, sin desentenderse de la familia natural, porque aquélla socialmente resulta más idónea y más perfecta para cumplir con las funciones éticas de educar y mantener la prole.

El concepto amplio de familia incluye también a la familia adoptiva, creada exclusivamente por la ley, sin la base del fenómeno biológico.

En suma, reiteramos que la familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos emergentes del matrimonio o del parentesco, sea éste por consaguinidad, legítima o extramatrimonial, por afinidad o por adopción.

Este concepto jurídico comprende entonces a las tres clases de familia: legítima, extramatrimonial y adoptiva.

b) La *perspectiva sociológica* restringe el concepto de familia al núcleo paterno-filial, llamado pequeña familia, o familia nuclear. La familia, en este sentido, se define como la agrupación natural formada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio que viven con ellos, o que están bajo su potestad, aunque no convivan en el hogar común.

Este concepto, deducido de la observación social, tiene más importancia sociológica que jurídica porque se refiere a la familia como núcleo primario de la sociedad, y a este significado aluden los textos de las modernas Constituciones y Declaraciones internacionales que imponen al Estado la protección y defensa de la familia (art. 14 bis de nuestra Constitución; art. 16, inc. 3º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 1948; etc.).

2. Origen.

Especialmente en el siglo XIX encontramos varias escuelas sociológicas y positivas que han pretendido reconstruir la génesis de la familia.

Algunos suponen que existió una primera fase de horda o promiscuidad sexual absoluta, en la que no había verdadera familia. Luego, una segunda fase en la cual se organiza la familia bajo un régimen matriarcal: el padre es desconocido, el parentesco se considera únicamente por la vía materna; los hijos sólo pertenecen a la madre y heredan a los parientes de ésta. Y recién en un período posterior, en una tercera etapa, se habría producido la sustitución de la madre por el padre como cabeza de la organización familiar, surgiendo así la familia patriarcal. Tal es la doctrina elaborada por Bachofenn y seguida por Morgan, Mac Lennan, etcétera.

Frente a esta hipótesis de la promiscuidad y matriarcado primitivos, se alza la teoría de Sumner Maine, quien niega la existencia de las tres fases de la evolución familiar y sostiene la prioridad de la forma patriarcal, suponiendo que desde los tiempos más remotos la familia ya era un grupo coherente regido por la autoridad absoluta del padre.

Otros autores, como Starke y Posada, adoptan con gran prudencia una posición intermedia, y ponen de relieve la imposibilidad de fijar un tipo primitivo uniforme de constitución familiar.

En realidad, los orígenes de la familia están ocultos todavía y quizás lo estén siempre, por las brumas de la prehistoria. Las teorías de los sociólogos están fundadas en datos muy poco ciertos y precisos y constituyen un conjunto de inducciones que no pasan de la categoría de hipótesis.

3. Evolución.

Dejando de lado la era prehistórica carente de certeza y yendo a los tiempos históricos que son conocidos, se pueden señalar tres grandes etapas en la evolución del núcleo familiar: el clan, la gran familia y la pequeña familia (Muller - Lyer; Borda):

a) En los tiempos más remotos la sociedad estaba integrada por *clanes*. El clan es la familia primitiva que estaba constituida por una agrupación de familias cuyos miembros pretendían descender de un antepasado común y estaban sujetos a la autoridad de un jefe, quien ejercía el gobierno, administraba justicia y celebraba el culto. Esta agrupación familiar era el único ámbito social organizado en donde se desenvolvía la existencia total del individuo. Clan se llamaba entre los germanos y celtas; gens, entre los romanos y griegos.

El aumento de la población, el instinto de sociabilidad del hombre, los matrimonios entre los miembros de los distintos clanes las necesidades del sustento, la guerra y factores geográficos y económicos, determinaron que estas estructuras patriarcales se fuesen uniendo y organizando hasta constituir el Estado, a quien transfirieron las funciones políticas.

b) Al quedar las familias integradas bajo el poder político del Estado, dentro del ámbito familiar subsiste, no obstante, la autoridad absoluta del pater-familia, quien preside una sólida comunidad compuesta por su mujer, hijos, clientes y esclavos, siendo el señor, juez y pontífice de su familia, con poder de vida y muerte sobre sus miembros. Tal es la *gran familia*, cuyo origen lo encontramos en la familia romana primitiva, que constituye, además, una organización económica que se basta a sí misma.

Posteriormente, la influencia de diversos factores contribuye a pulir los toscos contornos de aquella organización familiar. El crecimiento del Estado y el progreso del Derecho fueron cercenando paulatinamente los poderes del pater-familia, y a la vez, el desarrollo de las costumbres y la trascendental influencia del cristianismo suavizaron la antigua rudeza de la institución patriarcal, elevando la dignidad de la mujer y combatiendo el ejercicio arbitrario y absoluto de la patria potestad.

Finalmente, quedó modelada una familia de tipo patriarcal, compuesta por un amplio grupo de consanguíneos, que se caracteriza por una vigorosa autoridad paterna y marital, por el predominio del varón y la consiguiente posición subalterna de la mujer, y por la aglutinación de todos los miembros bajo la dependencia personal y económica del jefe de la estirpe, constituyendo el grupo un centro de producción económica en el que todos los miembros participan según un orden de jerarquía familiar.

La familia consume lo que produce, vendiendo el excedente en un mercado preferentemente local. La función económica fortalece la unidad familiar, y el grupo solidariamente protege a sus miembros contra los riesgos de la existencia.

Tal fue el sistema de la gran familia, o familia extensa, o familia patriarcal, dotado de una sólida estabilidad estructural, que tuvo vigencia durante la Edad Media y hasta la época en que se produce la Revolución Industrial a fines del siglo XVIII.

c) *La pequeña familia o familia nuclear* surge como consecuencia del proceso de industrialización y urbanización que se opera en los siglos XVIII y XIX. En efecto, la industrialización significó una verdadera revolución tecnológica y el lugar en que se realizó fue la ciudad y sus alrededores, por lo cual la urbanización aparece como un componente necesario del desarrollo industrial. Este proceso produjo una corriente migratoria del campo a la ciudad y la concentración de la mano de obra en torno a las manufacturas, circunstancia que fue separando a un número cada vez mayor de individuos y núcleos conyugales de sus respectivas familias-estirpes. La antigua producción doméstica, que hacía de la familia una especie de grupo cooperativo que trabajaba y explotaba en común el patrimonio familiar, cede el puesto a la organización industrial y comercial. Las funciones económicas, en adelante, son asumidas por los comerciantes, las empresas capitalistas y el Estado. La familia ya no es la fuente de recursos económicos ni el lugar permanente de trabajo, ni tampoco el nacimiento de un hijo supone ya la aportación de una nueva fuerza de trabajo a la empresa común. Los miembros de la familia han de trabajar fuera del hogar, incluso la esposa también debe abandonar el recinto hogareño a fin de

allegar recursos para el sustento común. La división del trabajo y su especialización provoca la dispersión profesional de la familia, facilitada por los modernos medios de comunicación.

El fuerte impacto que el progreso técnico, la urbanización y el gran comercio produce en la antigua estructura familiar tiene por consecuencia disminuir la extensión, la cohesión y la estabilidad de la familia, y además de eliminarla como unidad de producción, reducida y dispersa, ya no logra tampoco cumplir su función asistencial en favor de sus miembros ancianos, enfermos o inválidos, y por ello nace la previsión social.

El desarrollo económico y cultural determinó también que la mujer trabaje fuera de su hogar y ejerza las más diversas profesiones, circunstancia que condujo a su emancipación civil y política. La mujer de nuestros tiempos ya no está sometida a la autoridad marital; ha conquistado la igualdad jurídica con el hombre y comparte con él la autoridad en la familia.

Han sido, en suma, fundamentalmente las circunstancias económicas las que han determinado la transformación gradual de la familia patriarcal, la gran familia, numerosa, autoritaria y estable, en la familia moderna, pequeña, nuclear, igualitaria e inestable, que resulta más funcional, más acorde con las condiciones económicas y culturales de una compleja civilización técnica, industrial y urbana.

4. Funciones.

Como podemos apreciar a través de la evolución del grupo familiar que sintéticamente expusimos, se ha producido una modificación en las funciones que antaño cumplía la familia; en algunas fue sustituida o por lo menos complementada por organizaciones de carácter comunitario más amplio (por el Estado, por instituciones educativas, por organismos económicos, por instituciones de seguridad social, etc.); en otras se ha producido un acentuamiento, concentrándose la familia actual en sus funciones biológicas y espiritual.

Las diversas funciones que cumple la familia moderna son, someramente, las siguientes:

a) *Función geneonómica*: es la función biológica de perpetuar la especie humana a través de la procreación. Es la primera y más

importante función que realiza y que ha cumplido en todas las sociedades a través de los siglos, y es la que conserva con mayor intensidad.

b) *Función educativa*: la familia antigua desarrollaba en su seno todas las funciones educativas. La familia moderna ya no constituye un ámbito apropiado para impartir enseñanza, y desde fines del siglo pasado se observa como fenómeno universal la transferencia de estas funciones a otros entes, públicos o privados. Sin embargo, la familia conserva un rol relevante e insustituible por los entes educativos, y es su responsabilidad por la formación de la personalidad del individuo, infundiéndole principios morales, sentimientos solidarios y altruistas y sanas costumbres.

La personalidad de los hijos todavía es modelada fundamentalmente por el ambiente familiar; y su educación, especialmente moral, se determina en grado superlativo por el ejemplo que les dan los padres con su conducta cotidiana, el cual es mucho más formativo que lo que puedan predicarles, habiendo de perdurar su influencia probablemente a lo largo de todas sus vidas. Por eso ha dicho con razón un agudo civilista italiano que la familia es escuela de moralidad y costumbre.

c) *Función cultural*: la familia es también un medio transmisor de cultura, cumpliendo esta función en los años de la niñez del individuo a través de los padres y eventualmente de los hermanos mayores. Y debido a esa acción familiar se transmite el lenguaje, se inculcan las creencias, se incorporan al individuo las pautas de comportamiento y se recibe el aporte de la tradición.

d) *Función asistencial*: la solidaridad familiar que en otros tiempos amparaba a los miembros desvalidos de la familia, ancianos o enfermos, ha sido sustituida por la seguridad social. No obstante, la familia aún cumple importantes funciones asistenciales. Las prestaciones alimentarias, cuyo cumplimiento se obtiene por compulsión civil o penal, encuadran en esta función. En efecto, la familia constituye el ámbito en donde se satisfacen una de las más elementales necesidades humanas que nuestro Código Civil comprende bajo el concepto de "alimentos" (comida, vestido, habitación). El mismo

ordenamiento civil determina quiénes son las personas con derecho a reclamarlos y quiénes son los obligados (arts. 367 y sgtes.).

e) *Función afectiva*: los psiquiatras sostienen que la causa más frecuente de dificultades emocionales, problemas de comportamientos, e incluso enfermedades físicas, es la falta de amor, la falta de una relación cálida, afectiva, con un reducido círculo de personas íntimas. Una gran cantidad de datos ponen de manifiesto que el delincuente grave ha tenido por lo general una infancia desafortunada en este aspecto. La falta de afecto daña incluso la capacidad de supervivencia de un niño, siendo aplastante la evidencia de la necesidad de un ambiente íntimo y afectivo para su desarrollo normal y armónico. Y precisamente la mayoría de las sociedades se apoyan totalmente en la familia para brindar esa respuesta afectiva al ser humano (Horton y Hunt).

f) *Función económica*: habíamos dicho que la familia antigua era un centro de producción y a la vez unidad de consumo. La organización industrial extrajo del cuadro familiar la producción de bienes, y en la actualidad, desde el punto de vista económico, la familia sólo se reduce a ser unidad de consumo. Excepcionalmente, las familias rurales, y algunas familias urbanas dedicadas a la actividad artesanal, pueden constituir también unidad de producción.

5. Importancia.

a) *Social*: la familia es el más natural y el más antiguo de los núcleos sociales. Tan antiguo como la humanidad misma, y por ende anterior al Estado y preexistente a toda ley positiva. Además, es la base y piedra angular de todo el ordenamiento social por las diversas y fundamentales funciones sociales que cumple:

1) Por su *función geneonómica*, porque en todas las sociedades se reconoce a la familia como el órgano necesario a través del cual se perpetúa la especie humana.

2) Por su *función socializadora*; en virtud de la cual inserta al individuo en una sociedad determinada, cumpliendo la función básica e inmutable de socializar al niño a fin de que pueda llegar a ser miembro de la sociedad en que ha nacido, transmitiéndole las ideas, el lenguaje, las costumbres, los valores de esa sociedad.

3) Por *función estabilizadora*, es un factor insustituible de equilibrio social. Las virtudes morales y sociales más importantes y necesarias para la cohesión y estabilidad del cuerpo social las aprende el individuo en el seno de la familia bien constituida: la justicia, la bondad, el amor al prójimo, la solidaridad, la condescendencia, el mando y la obediencia. Esos valores espirituales del individuo desaparecen con la decadencia de la familia y ello provoca el decaimiento de la sociedad. Por ello, el buen funcionamiento de la institución familiar es factor indispensable de orden y equilibrio social.

b) *Jurídica*: la familia es fuente de un conjunto de relaciones jurídicas: las relaciones conyugales, las relaciones paterno-filiales y las genéricas relaciones de parentesco, a las cuales la ley organiza y les otorga determinados efectos jurídicos. Pero la familia como núcleo jurídico, enseña Lafaille, ha disminuido en *extensión* al acortarse los vínculos jurídicos familiares que en nuestro derecho positivo, como hemos dicho, llegan ahora sólo hasta el cuarto grado, y también ha disminuido en *intensidad*, pues los derechos del esposo y del padre y la cohesión del vínculo conyugal se han atenuado notablemente.

c) *Política*. La trascendencia política de la familia ha sufrido una involución desde los más remotos tiempos históricos hasta el presente. En el comienzo, cuando el Estado no existía, la familia era la única comunidad organizada que realizó en sí la noción de Estado. Posteriormente, la reunión de las familias en agrupaciones cada vez más vastas terminó por formar el Estado antiguo (Grecia, Roma), pero la familia, no obstante, se convirtió en un elemento orgánico de la estructura estatal. Vestigios de este sistema encontramos en la Edad Media, largo período en el cual los señores feudales ejercían el poder político en el área de sus dominios, y aún después de esta época, las familias nobles siguieron ejerciendo en el régimen monárquico las funciones directivas del Estado. Y así fue hasta que sobrevino la Revolución Francesa, a partir de la cual comenzó la decadencia del poder político de las familias aristocráticas, que fueron excluidas del ordenamiento estatal.

En la actualidad, la importancia política de la familia tiene posibilidad de renacer a través del sufragio familiar, variante del

sufragio universal, propugnado por corrientes católicas y que se aplicó en Bélgica, a principios de siglo, con la modalidad de otorgar al jefe de familia un voto suplementario. En nuestro país, siguiendo antecedentes franceses, se propuso otorgar al padre de familia tantos votos cuantos sean los hijos no dotados de derecho electoral (proyecto de Cafferata de 1938 y en doctrina: Aberg Cobo). Otros doctrinarios y políticos proponen que se otorgue a la familia representación funcional para que esté representada, en cuanto grupo social primario, ante los órganos del Estado e intervenga en todos los asuntos de interés familiar. Un sistema representativo de esta naturaleza funciona ya en Francia.

6. La familia y el Estado.

La vida y evolución de un pueblo, ha dicho un prestigioso civilista alemán, su progreso económico y su situación política están supeditados al bienestar y perfección de la vida familiar. Y la historia enseña que los pueblos más fuertes han sido aquellos en que la familia estaba más fuertemente constituida, y que el relajamiento de los lazos familiares se da en los período de decadencia. Por lo cual, concluye un filósofo austríaco, la decadencia de la vida familiar es la causa más profunda de la decadencia de los pueblos.

Esta íntima relación entre el vigor de la familia y la prosperidad de las naciones reconoce dos causas.

Una de índole material: la *natalidad*, pues es principio político que todo Estado para ser poderoso experimenta la necesidad de contar con el mayor número de habitantes posibles. Todos los países que en determinado momento de su historia tuvieron absoluta preponderancia respecto de sus contemporáneos fueron los más poblados. Y bien: la población solamente se obtiene mediante la protección y el fortalecimiento de la familia, con lo cual se asegura su fecundidad. Por ello todos los Estados a través de la historia, en determinadas circunstancias, se han preocupado por mantener o recuperar un alto índice de natalidad mediante la protección y el fomento de la familia numerosa: Roma, bajo Augusto; Francia, en la primera mitad de este siglo; y más recientemente, Rusia, para

cubrir las enormes pérdidas humanas ocasionadas por la Segunda Guerra Mundial.

La otra causa es de índole espiritual: *la educación familiar*. El desarrollo de los valores morales y de las fuerzas y virtudes sociales más necesarias para la estabilidad del Estado las aprende el hombre en el seno de la familia, como ya hemos señalado. Sólo quien ha vivido sujeto a la disciplina del hogar, observa Castán Tobeñas, sabe someterse a la autoridad del Estado. La acción del matrimonio y de la familia sobre la estabilidad del Estado, será tanto más fuerte cuanto más estable sea a su vez la familia misma.

En consecuencia, si la función esencial que cumple la familia es la procreación, que no sólo asegura la continuidad de la especie, sino también la fuerza de las naciones; si en el seno de la familia se forman y desarrollan las virtudes, sentimientos y valores que son necesarios para el equilibrio y prosperidad de la comunidad política se explica, entonces, que el Estado deba preocuparse decididamente por garantizar la protección y solidez de la institución familiar.

Esa política tutelar debe extenderse a todos los aspectos de la vida de la familia a fin de crear las condiciones necesarias para que pueda cumplir plenamente sus funciones. Actualmente se despliega a través de las más diversas instituciones del derecho civil, laboral, previsional, fiscal y penal (patronato de menores; derecho de habitación del cónyuge supérstite, bien de familia, salario familiar; amparo de la maternidad, exenciones fiscales; tipificación del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, planes de viviendas económicas, etcétera).

Y también el derecho constitucional pone bajo su protección a la familia. Desde la Constitución alemana de Weimar de 1919, casi todos los países consagran en sus leyes supremas los derechos de la familia. De ahí que nuestra ley fundamental también haya establecido que el legislador debe amparar a la familia en forma integral, comprendiendo su aspecto económico (art. 14 bis, C. N.).

Ahora bien, esta protección que el Estado dispensa a la familia lo lleva a actuar dentro del mismo ámbito familiar. Así, los magistrados tienen facultades para penetrar en el interior del hogar: vigilan y protegen la salud de los menores, los amparan contra el ejer-

cicio abusivo de la patria potestad o contra el peligro de vivir en ambientes moralmente dañosos, pudiendo sustraerlos a la autoridad paterna (arts. 307 y sigtes., CC., ley 10.903); el juez también dirime divergencias entre cónyuges respecto a la disposición de ciertos bienes gananciales (art. 1277, Icr. párrafo). Y en algunas legislaciones de sanción reciente, el juez interviene en los conflictos de la diaria convivencia conyugal.

Esta tendencia a la intromisión del Estado en la vida familiar, es legítima en cuanto trata de impedir el ejercicio abusivo y arbitrario de las potestades familiares; pero desaparece esa legitimidad y su fundamento ético cuando en los regímenes totalitarios el Estado pretende sustituir a los padres en la educación y formación moral de sus hijos, e incluso llega a organizar la procreación según normas extrañas al orden familiar; y a imponer intolerables restricciones a la libertad de casarse, como ocurrió en el Reich nazi, con el pretexto de mejorar el tipo racial. Tales avances del Estado constituyen una notoria violación del orden natural y deben ser categóricamente repudiados.

No obstante, el problema no es fácil y consiste en determinar con precisión la línea que separa la zona de acción reservada a la familia, asegurándole una esfera de intimidad, de aquella otra en donde es legítimo el accionar del Estado.

Como principio rector cabe afirmar, en primer lugar, que la transmisión de la vida es una función propia y exclusiva de la familia que debe cumplir con toda libertad. Al Estado sólo le corresponde estimular la procreación en el seno de la familia fundada en el matrimonio y desalentar la que pudiera producirse fuera de dicho ámbito. Y en segundo término debe respetar el derecho natural de los padres a educar a sus hijos, a formar su personalidad, a inculcarles sus ideas religiosas y políticas. Cuando el Estado pretende sustituir a la familia en el cumplimiento de tales funciones nos encontramos con un régimen totalitario que avasalla a la persona, pues sin respeto por la familia tampoco hay respeto por la persona, cuya plena formación espiritual sólo se logra en aquel reducto de intimidad familiar, que por ello mismo debe quedar fuera del alcance de la acción estatal (Borda, Mazzinghi).

7. La familia argentina. Su evolución.

En la América colonial española rigió fundamentalmente, en la esfera del derecho privado, la legislación castellana. Sólo con respecto a muy pocas cuestiones de escasa importancia podemos encontrar en el derecho indiano preceptos jurídicos nuevos o diferentes del derecho español peninsular.

Y el derecho castellano de la época de la conquista de América estaba contenido en el Código de las Siete Partidas, promulgado bajo el reinado de Alfonso X El Sabio, en el siglo XIII. Esta magna obra legislativa, inspirada en el derecho romano justiniano y en las Decretales del Papa Gregorio IX, que fue complementada en algunos aspectos por las leyes de Toro de 1505, modela la familia sobre sólidas bases romano-cristianas, dotándola de una estructura fuerte y vigorosa regida por la autoridad indiscutible del padre y marido.

El núcleo familiar tenía un carácter profundamente religioso. El matrimonio estaba absolutamente prohibido para todos aquellos que no profesasen el culto católico (ley 15, título II, Partida IV), y la única unión reconocida era la consagrada por la Iglesia Católica. Se disolvía únicamente por la muerte, y sólo era permitida la simple separación de cuerpos, que se producía en forma excepcionalísima, reconociendo a la Iglesia jurisdicción para resolver las cuestiones que se suscitaban.

Las relaciones de los cónyuges se regularon sobre la base del sometimiento de la mujer a la autoridad del marido.

En materia de patria potestad, las Partidas restauraron, o poco menos, el derecho romano. Fue reglamentada desde el punto de vista de la autoridad y del interés del padre, por lo cual sus derechos sobre las personas y bienes de los hijos sometidos a su potestad virtualmente no tenían límites. En casos extremos podía hasta venderlos o empeñarlos (ley 8, título XVII, Partida IV). Para celebrar esponsales o matrimonio, hasta los 25 años necesitaban el consentimiento paterno o de su abuelo o del pariente más cercano, o, en su defecto, la dispensa judicial, so pena de perder la vocación hereditaria.

Esta monolítica organización familiar contaba con una sólida base económica, cuya incolumidad estaba asegurada por el mayorazgo, que es el derecho de suceder en los bienes acordados al hijo primogénito con la obligación de conservarlos en la familia íntegramente y en forma perpetua, y transmitirlos al próximo primogénito por orden sucesivo. Esta institución se reforzaba con el retracto gentilicio, derecho concedido a los parientes más próximos del vendedor de un inmueble para reivindicarlo del adquirente, siempre que hubiere pertenecido a un antepasado común.

Tal es a grandes rasgos el perfil de la familia castellana transplantada a América. Y aquí, en el Nuevo Mundo, mantuvo y afirmó su recia estructura patriarcal. Bajo la autoridad del jefe del hogar vivían su esposa, hijos, siervos y esclavos; desarrollaban importantes actividades económicas y la familia era el centro de reunión de parientes y amigos.

La supresión de la esclavitud y de los mayorazgos por la Asamblea del año XIII; la transformación de la economía nacional y la inmigración masiva, que aportó numerosos contingentes de personas que no profesaban el culto católico, fueron factores que en la segunda mitad del siglo pasado comenzaron a modificar lentamente la fisonomía de la familia colonial.

El proceso legislativo acompañó esta evolución, y así es como en 1888 se secularizó el matrimonio (ley 2393); en 1917 la ley 10.903, llamada del patronato de menores, reorganiza la patria potestad, concibiéndola ya no como un conjunto de derechos del padre, sino también de deberes y responsabilidades, y reprime su ejercicio arbitrario y abusivo; en 1927 la ley 11.357, de derechos civiles de la mujer, amplía notablemente su capacidad, y en 1968 la ley 17.711 consagra finalmente la igualdad jurídica con el hombre; en 1950 la ley 13.944 sanciona penalmente el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, y en 1954 la ley 14.367 equipara la situación jurídica de todos los hijos extramatrimoniales. La ley 14.394 reglamenta el bien de familia, como medio de protección del hogar familiar. Y la ley 17.711, entre otras muchas reformas, estableció que la mayoría de edad se alcanza a los 21 años y que el padre

puede emancipar por propia decisión a sus hijos que hayan cumplido 18 años para todos los actos de la vida civil.

También introdujo el divorcio por presentación conjunta de ambos cónyuges sin expresión de causas.

Tales son las más esenciales reformas que han diseñado legalmente un nuevo tipo de familia, moderna: pequeña, igualitaria, inestable. Sin embargo, en el ambiente rural, todavía es posible encontrar sólidas familias organizadas según los rasgos típicos de la antigua institución colonial.

8. La crisis de la familia.

La palabra crisis viene del griego, y fueron los médicos quienes posibilitaron la extensión de su significado, pues Hipócrates refiriéndose a las enfermedades dice que "una crisis es una exacerbación, un debilitamiento, una mutación en otra dolencia, o el fin". Y el diccionario de la Real Academia define a la crisis como una mutación considerable de una enfermedad, ya sea para mejorarse, ya para agravarse el enfermo. En el siglo xvii, en las más diversas ciencias comienzan a desarrollarse las analogías a partir del significado médico de la palabra. Y así se habló de crisis económica, crisis espiritual, crisis política, crisis social, adquiriendo la palabra diversos sentidos: perturbación grave, desequilibrio, desorientación, período clave en un proceso de cambio, transición, decadencia.

La polisémica expresión llegó también a la sociología de la familia, y desde principios de nuestro siglo se habla de la crisis familiar. En rigor de verdad, una serie de procesos han venido afectando de diversos modos a la institución familiar, consistiendo la crisis, en este caso, en una transformación, un cambio, o si se quiere, al decir de Savatier, una metamorfosis de la familia. Pero como este cambio es complejo, gradual y de variada intensidad según los distintos países y regiones, es preciso determinar sus alcances y sus efectos sobre la estructura de la familia, para discriminar entre las consecuencias positivas y negativas de la crisis, pues a las primeras hay que aceptarlas y a las segundas corresponde rechazarlas y conjurarlas. Y así tenemos:

a) *Consecuencias positivas*: En primer lugar, la adaptación de la familia al mundo moderno, que significó la sustitución de la familia amplia, patriarcal, por la familia nuclear contemporánea. La evolución de un tipo de familia a otro produjo como consecuencia la eliminación de todo aquello que era accesorio a la noción estricta de familia. Su tamaño, que no era imprescindible, se redujo; y también algunas funciones, que no eran sustancialmente familiares pero que antaño las cumplía, han desaparecido y otras se han debilitado. La familia conserva, no obstante, su dimensión esencial como ente geneonómico a través del cual se perpetúa la especie humana, y como refugio espiritual y moral del hombre moderno.

En este sentido, la sociedad no puede subsistir sin la familia, como el árbol sin las raíces y el suelo (Messner).

En segundo término, los variados cambios en la organización y funcionamiento de la familia provocados por esta evolución, contienen innegables elementos positivos: la sustancial atenuación de los derechos absolutos del padre; el hecho de que la elección del cónyuge no sea ya un asunto de incumbencia paterna, sino estrictamente personal; la emancipación de la mujer; la igualdad jurídica del hombre y la mujer; la anticipación de la mayoría de edad; el mejoramiento de la condición de los hijos extramatrimoniales; la protección económica de la familia, etcétera.

b) *Consecuencias negativas*: Sin embargo, creemos que no todos los cambios han sido buenos. La evolución de las costumbres en los países más cultos y tecnológicamente más avanzados de Occidente, presenta un panorama poco alentador. La situación familiar en estos países es confusa. Se observa la proliferación de las uniones de hecho, especialmente entre los jóvenes, cuya práctica difundida es la expresión de un rechazo cada vez mayor del matrimonio; el aumento de los nacimientos extramatrimoniales; la práctica extendida del aborto, ya legalizado; la indiferencia respecto del matrimonio y disminución de los requisitos y formalidades para su celebración, a tal punto que el matrimonio tiende a confundirse con las uniones de hecho; la defensa del derecho absoluto e incondicional de cada cónyuge a obtener el divorcio vincular, que ya se lo de-

creta hasta por pedido unilateral de uno de ellos, etcétera. Tales países registran un alto índice de divorcialidad, y con tendencia casi siempre creciente. Así, por ejemplo, podemos citar a Suecia, con un divorcio cada 1,66 matrimonios. Y en Estados Unidos uno de cada 2,25 matrimonios acaba en divorcio; en Dinamarca, uno de cada 2,50 matrimonios; en Finlandia y Gran Bretaña, uno de cada 3,5; en Alemania Federal, uno de cada cuatro; y en Austria y Canadá, uno de cada cinco. El matrimonio se convierte, como dijera Andrés Maurois, en una aventura legal.

También en estos países la más reciente técnica genética, por medio de la inseminación artificial, fecundación extrauterina, y otros procedimientos similares, ha logrado la separación de dos hechos naturalmente unidos: el acto sexual y la procreación. Ahora, dice con crudeza el biólogo inglés Julián Huxley, está permitido al hombre y a la mujer consumir la función sexual con aquellos a quienes aman y realizar la reproductiva con aquellos otros a los que por motivos diversos admiran. La utopía descrita por su hermano Aldous en *Un mundo feliz*, publicada en 1930, no está ya muy lejana a la realidad de nuestros días. En Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia ya existen bancos de semen, e incluso algunos lo exportan congelado y permiten engendrar criaturas por encargo, según recetas personales o sobre la base de un modelo. Las nuevas técnicas de reproducción también permiten usar "madres de alquiler" que aceptan por dinero asumir las fatigas y el riesgo del embarazo de un embrión ajeno, para aliviar a la comitente de la carga de la gestación, práctica que comienza a manifestarse con singulares perspectivas de éxito en el gran país del Norte. Y a todo ello todavía cabe agregar la técnica de la clonización o partenogénesis, o sea la reproducción por medio de una célula no fecundada, procedimiento asexual porque el bebé creado no es el resultado de una combinación de células germinales masculinas y femeninas. En suma, se trata de técnicas de procreación susceptibles de sustituir a la familia y que violan de un modo brutal el orden de la naturaleza, sin importarle mucho la dignidad de la persona humana.

Por otra parte, la mujer casada pretende desarrollar su vida propia y personal, compite con el marido en todos los terrenos y

considera a su rol de madre como una función "alienante". Los hijos también quieren "vivir su vida" independiente de los padres, y ya a los 16 años emigran a otra ciudad, a la Universidad o se instalan en otra vivienda, desapareciendo la relación paterno-filial.

Tales son los hechos sociales negativos de la crisis familiar que se manifiestan principalmente en los países avanzados de Occidente. ¿Cuáles son las causas?

Una filosofía individualista que postula el derecho del individuo a la felicidad, y los principios de la libertad e igualdad llevados a sus máximos extremos alientan no sólo el relajamiento general de las costumbres, sino también todas las reformas del derecho de familia llevadas a cabo en los Estados Unidos y Europa en la década del 70. El resultado ha sido el debilitamiento y la pérdida de cohesión de la familia, el olvido del interés de los hijos y el menosprecio del bien común de la sociedad.

La nueva moral individualista, causa fundamental de la crisis familiar y social, ha tenido un preludio literario en el siglo pasado a través de la obra de novelistas y dramaturgos de perdurable y decisiva influencia, que han criticado despiadadamente a la institución conyugal idealizando la libertad del amor (Madame de Staël; George Sand, Victor Hugo, Paul y Victor Margueritte, en Francia; Henrik Ibsen, en Noruega, etc.). La obra del feminismo, en la que se destaca la sueca Ellen Key; del socialismo y del anarquismo (Bebel, Reclus, Graven), y de sociólogos notables como Herbert Spencer, han contribuido con su prédica a la formulación de la moderna moral hedonista.

Desde luego, el urbanismo y el régimen de vida y trabajo impuesto por la industria y el comercio en las grandes ciudades, no sólo han provocado la dispersión del grupo familiar, sino también han contribuido a la propagación de la nueva escala de valores. La civilización tecnológica de los grandes países occidentales rebosa de prosperidad material e intelectual, pero sufre sin embargo un déficit moral. Los hombres se lanzan a buscar la felicidad de la vida presente, la felicidad de los sentidos, y se crean una norma de conducta libre de sacrificios y sin móviles altruistas, inspirada nada más que en el egoísmo.

En cuanto a América Latina, se observan síntomas preocupantes de deterioros en la situación familiar, como el aumento de los divorcios y las separaciones, que reconocen las mismas causas ya apuntadas. La Iglesia Católica ya ha advertido estas fisuras de la institución familiar y ha centrado con energía su loable y trascendente prédica pastoral en la defensa del matrimonio y de la familia.

Sin embargo, cabe destacar que en los ambientes urbanos de algunos países hispanoamericanos, y aun más en los rurales, el tipo de familia vigente, sus costumbres y sus hábitos cotidianos, responden todavía, en general, a los valores que caracterizaban a la familia y a la moral tradicional y desde luego creemos que hay que mantenerlos, pues no otra cosa sugiere el sentido común ante la deplorable disgregación y confusión que exhiben las relaciones familiares en los países industrializados por causa de las nuevas costumbres y comportamientos sociales. Cabe observar que Japón mantiene ciertos valores tradicionales, como el respeto por los ancianos y el amor y cuidado de los padres, así como el estrecho vínculo familiar, sin dejar de ser por ello la potencia industrial y tecnológica más avanzada. Ello demuestra que la familia puede adaptarse a un mundo moderno y en crecimiento sin necesidad de caer en el desarraigo y en la anarquía, que tienen por consecuencia, en buena medida, la desorientación de la juventud, la drogadicción, y la inconducta, como ya vemos que ocurre en los países rectores de Occidente.

¿Cuáles son los medios para restaurar y mantener la solidez de la familia?

La doctrina cristiana enseña que el germen del mal reside en el hombre, y es a él a quien hay que reformar. La superación de la crisis del matrimonio y la familia debe partir originariamente del espíritu de cada individuo, de los sentimientos, del alma, extirpando ese individualismo moral tan manifiestamente nocivo para la familia y la sociedad (Castán Tobeñas).

Concretar esa empresa requiere una prédica educativa, de carácter familiar y social, que también prevenga a los jóvenes contra esas uniones irreflexivas que conducen a tan desacertados matrimonios, entre los cuales se registran las tasas más altas de divorcios. Por ello, Díaz de Guijarro considera, y en este aspecto coincidimos,

que es un imperativo estatal establecer una nueva asignatura que bien puede llamarse "Educación Familiar".

Esta campaña debe ser acompañada por una vigorosa acción legislativa del Estado, que debe sancionar leyes que garanticen la estabilidad, firmeza y cohesión de la institución familiar. Deberá también poner cuidado en realizar una valoración ética de las conquistas de la ciencia biológica antes de darles recepción legislativa. Y, por último, brindar una amplia y decidida protección económica a la familia, asegurando la vivienda y el salario familiar, y adecuando también a esta política el régimen tributario.

9. Naturaleza jurídica de la familia.

Al trascender al ámbito jurídico la realidad sociológica de la familia, se plantea liminarmente la cuestión de su naturaleza jurídica. Al respecto, cabe reseñar tres teorías:

a) *La familia como persona jurídica*. Esta doctrina sostiene que la familia es un ente de derecho autónomo, titular de derechos y obligaciones, o sea un sujeto unitario distinto e independiente de sus miembros.

El planteo se formuló originariamente en el siglo pasado, y aún persiste, en relación con la sociedad conyugal a la que se atribuía personalidad jurídica. Tratadistas alemanes y franceses sostuvieron que la comunidad conyugal es un sujeto de derecho distinto de los esposos, una tercera persona. Y esta doctrina fue acogida por algunos autores y tribunales de nuestro país.

El problema luego se trasladó a la familia en sí misma y ya hubo en Italia a fines del siglo pasado quien sostuvo su personalidad jurídica.

Pero la cuestión se desarrolló ampliamente a través de un animado debate sostenido entre dos ilustres civilistas: René Savatier, profesor de Poitiers (Francia), y Jean Dabin, de la Universidad de Lovaina (Bélgica).

Savatier sostiene que la familia es una persona moral, concepto que en la terminología argentina equivale al de persona jurídica. La personalidad moral estaría determinada, sostiene el autor, por la existencia de diversas categorías de derechos subjetivos que no perte-

necen a ninguna de las personas físicas que componen una familia, sino a la familia misma considerada como un ente autónomo. Cita, entre los derechos extrapatrimoniales, el nombre patronímico con sus accesorios; el título nobiliario, los derechos de potestad familiar, el honor, etcétera.

Y entre los derechos patrimoniales menciona el bien de familia, los bienes matrimoniales afectados a las cargas de familia, el sepulcro familiar, las legítimas o reservas hereditarias, las asignaciones familiares; etc. También observa que la familia tiene fines e intereses distintos de sus miembros, y que éstos actúan como representantes de ella. En Francia existe un proyecto legislativo de la Sociedad de Estudios Legislativos de 1941/1942, redactado por el propio Savatier, que reglamenta tal personalidad jurídica.

Dabin replica sosteniendo que para que una agrupación pueda llamarse persona moral es necesario que los individuos se agrupen con miras a la persecución de un fin común, que es el que da origen al ser moral distinto de las personas físicas que lo integran. Pero la familia no tiene un fin común por encima de los fines individuales de cada uno de sus miembros, y además la unión de los cónyuges es tan íntima y profunda que se torna innecesario el surgimiento de una tercera persona moral.

La mayoría de los autores sigue a Dabin (Castán Tobeñas, Lacruz-Albadalejo; Mazeaud, Ripert-Boulanger, Barbero, etc.; y entre nosotros: Spota, Mazzinghi, Borda y Belluscio) señalando que el derecho civil moderno se estructura sobre la base de la persona individual y no de la familia. El legislador no atribuye a ésta, como tal, derechos y obligaciones. Los derechos de la familia van referidos a los miembros de ella. Así, los pretendidos derechos extrapatrimoniales, son derechos subjetivos atribuidos a una persona en razón de su posición familiar. Y lo mismo ocurre con los patrimoniales: la propiedad del bien de familia, del sepulcro, la legítima y las asignaciones familiares, son derechos individuales de sus titulares. La propiedad del hogar o bien de familia, no pertenece a ella, sino al titular del dominio, y sólo ocurre que el inmueble queda afectado a la familia. Por último, la familia como tal no tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, condición

esencial para la existencia de la persona jurídica (art. 30, C. Civil). En consecuencia, la familia no tiene capacidad jurídica, ni patrimonio propio, ni un fin común por encima de los fines individuales de sus miembros, y éstos, por último, no son órganos representativos de la familia, pues ésta, como ente jurídico no existe.

En nuestro país tal conclusión, que a nuestro juicio es la correcta, sólo ha sido rechazada por dos autores, Arias y Williams, quienes han afirmado la personalidad de la familia.

b) *La familia como organismo.* La tesis de que la familia es un organismo jurídico, ha sido sostenida por el profesor de la Universidad de Bolonia, Antonio Cicu, para quien la familia se presenta como un agregado de formación natural y necesaria, que si bien es anterior al Estado y predomina sobre él, tiene estructura orgánica similar a la del Estado: en éste habría relación de interdependencia entre los individuos y subordinación de ellos al poder soberano; en la familia también hay vínculo recíproco de interdependencia personal entre sus miembros, y subordinación de todos ellos a un fin superior, con asignación de funciones, que son ejercidas por aquellos miembros a quienes la ley se las confiere.

De ser la familia como el Estado, agregado con estructura orgánica, se sigue una analogía en las respectivas relaciones jurídicas: falta en las relaciones jurídicas familiares la autonomía, la independencia y la libertad que caracterizan por oposición a las relaciones patrimoniales del derecho privado. En la familia, como en el Estado, los derechos de sus miembros están en conexión orgánica con un fin superior, al cual están subordinados. Tal circunstancia constituye la esencia de todo organismo.

Esta concepción no ha tenido acogida en la doctrina nacional. Díaz de Guijarro la rechaza señalando que el paralelismo entre el organismo estatal y el organismo familiar conduce a una abstracción de la familia y a una deshumanización de los poderes familiares, abstracción que es inadecuada tratándose de una realidad tan concreta y tangible como la familia.

c) *La familia como institución:* la idea de la familia como institución natural, aún antes de ser elaborada la moderna concepción institucional del derecho, fue expresada ya por algunos auto-

res (Sánchez Román). Actualmente, la doctrina más difundida entiende que la familia es una *institución social* basada en la naturaleza, pues está determinada por imperiosas e inmutables fuerzas naturales que la propia ley, no puede desconocer sin grave violación del derecho natural. Por ello, el concepto de institución es aquí entendido en su acepción sociológica y como claramente lo explica el sociólogo norteamericano Bierstedt, la institución es una manera organizada, regular, formal y definida de realizar una actividad, y siempre que existe una institución se halla también por lo menos una asociación cuya función es desarrollar una actividad institucionalizada. La familia es así la institución de que se vale la sociedad para regular la procreación y educación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad (Puig Brutau; Guastavino; Zannoni). Pero también debe ser entendida la institución familiar como un sistema de normas, pues debido precisamente a su carácter institucional, el derecho, recogiendo los datos que el orden natural proporciona, organiza normativa y sistemáticamente la realidad familiar erigiendo en instituciones jurídicas al matrimonio, a la filiación, etc. (Díaz de Guijarro, Spota, Mazzinghi, Borda).

10. El interés familiar.

El interés familiar, enseña Díaz de Guijarro, consiste en la realización de los fines esenciales de la familia, y a la vez, en la protección del interés individual dentro del grupo. El interés familiar no es, por lo tanto, independiente del interés de los individuos del grupo; por el contrario, son y deben ser armónicos entre sí. Pero si el interés individual trata de alcanzar fines distintos que los del interés familiar, estaremos seguramente ante un ejercicio abusivo de los derechos subjetivos familiares, que la ley reprime (Méndez Costa, Vidal Taquini). Además, en caso de una eventual oposición, debe prevalecer siempre el interés familiar por ser superior, y para asegurar tal predominio la ley atribuye carácter de orden público a las normas que lo tutelan (Guastavino), pues su protección se considera necesaria para la existencia y conservación de la familia. Por eso, afirma Díaz de Guijarro, el interés familiar es la fórmula propia del orden público en el derecho de familia.

Diversas normas jurídicas tutelan el interés familiar, ya sea en forma expresa o tácita.

A título de ejemplo, entre los casos de referencia explícita al interés familiar, encontramos los incisos a) y b) del artículo 49 de la ley 14.394. El primero autoriza la desafectación del bien de familia a instancia del propietario, con la conformidad de su cónyuge; a falta de cónyuge o si éste fuera incapaz, se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido. El segundo dispone que cuando la mayoría de los herederos solicita la desafectación del bien de familia, y se opone el cónyuge supérstite o existen incapaces, el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverán lo que sea más conveniente al interés familiar.

También el artículo 1277, que exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio donde está asentado el hogar conyugal, si hubiere hijos menores o incapaces, dispone que faltando el acuerdo conyugal, el juez podrá autorizar la disposición del bien si fuese prescindible y el interés familiar no resulte comprometido.

En otros casos, la ley alude en forma indirecta o elíptica al interés familiar. Así ocurre cuando contempla la protección del interés de los hijos (arts. 309, 330, 397 inc. 1º, del Cód. Civil; las normas relativas a la tenencia de menores —art. 67 bis y 76 LMC—, las de la ley de adopción nº 19.134, arts. 4, 9, inc. d, y 21).

El derecho de oponerse a la celebración del matrimonio reglado por el artículo 21 LMC, como el derecho de demandar la nulidad matrimonial de los artículos 84/85, LMC, pueden también configurar ejemplos de derechos otorgados a ciertas personas, como órganos de la familia, para salvaguardar el superior interés familiar (Guastavino).

11. Organos de la familia.

Se denominan órganos de la familia a las personas a quienes por su posición en el grupo familiar la ley les atribuye el ejercicio de poderes o prerrogativas familiares, las cuales se caracterizan por estar atribuidas no en interés principal de su titular, sino en función de satisfacer intereses ajenos, y por eso tienen un aspecto

primordial de deber. En el derecho de familia se dan en materia de patria potestad, tutela, curatela, etc., cuyos poderes se atribuyen al titular con la finalidad de atender y cuidar el interés de la persona sobre la cual se ejercen, con lo cual se satisface también el interés familiar.

El padre o el tutor, por ejemplo, deben ejercer sus potestades en beneficio del hijo o del pupilo. Son órganos de un poder protector de la familia (Guastavino, Lacruz Berdejo-Sanchez Rebullida, Díez-Picazo-Gullón).

No siendo la familia una entidad con voluntad propia, desde luego no puede tener órganos en sentido técnico. Pero se utiliza la expresión con un significado muy particular, para dar relieve al hecho de que las diversas funciones de la familia son necesarias e inderogables, y que el encargado de realizarlas obedece a un deber, no a un espontáneo impulso, y en este sentido opera "como" el órgano de derecho público (Messineo).

Los órganos de la familia pueden clasificarse en órganos constituidos por personas individuales (padre, marido, tutor, curador), y en órganos colegiados (consejo de familia, consejo de tutela), los cuales no existen en nuestro país.

Otros autores incluyen a los organismos estatales, administrativos o judiciales, como órganos de la familia, lo que no corresponde, a nuestro entender, por tratarse de entes extraños al núcleo familiar, ya que en realidad son verdaderos y propios órganos del Estado, por más que las funciones que cumplan se relacionen con la familia.

12. La trascendencia jurídica del núcleo familiar.

Ya hemos dicho que la familia como sujeto de derechos distinto de sus miembros no existe, y que el derecho civil está estructurado sobre la base de la persona individual. No obstante, la realidad de la familia como núcleo social trasciende al plano jurídico y se manifiesta en la atribución de ciertos derechos subjetivos a sus miembros. Si bien se trata de derechos individuales, reconocen una estrecha relación con la realidad del grupo familiar. Así, por ejemplo, el derecho al nombre, al honor y a la intimidad; el bien

de familia, destinado a proteger la vivienda familiar contra las contingencias económicas de su titular; el derecho a la legítima hereditaria que protege la integridad del patrimonio familiar; y las asignaciones familiares, mediante las cuales se pretende extender el amparo económico a la familia del asalariado.

Si bien son todos derechos subjetivos individuales, lo exacto es que han sido consagrados por la ley no sólo en función del interés individual del titular, sino también en razón del interés del núcleo familiar, cuya unidad y consistencia pretende el legislador asegurar. Constituyen, por lo tanto, una manifestación de la realidad de la familia en el campo jurídico.

Examinaremos a continuación los derechos individuales de raigambre familiar directamente vinculados a nuestra materia: el derecho al nombre, al honor y a la intimidad familiar. El bien de familia será estudiado en el capítulo referente a los efectos patrimoniales del matrimonio, correspondiendo al derecho de sucesiones y al derecho laboral la consideración de las legítimas hereditarias y de las asignaciones familiares, respectivamente.

13. El nombre.

El nombre patronímico o apellido, además de constituir un derecho subjetivo del titular, tiene un carácter de derecho de familia desde que se transmite o se adquiere por los vínculos de filiación —legítima, extramatrimonial o adoptiva—, o por el matrimonio. Por lo tanto no pertenece sólo a una persona determinada, sino, es común a todos los miembros de la familia, y cuando se defiende el apellido, en realidad no sólo se actúa en interés propio, sino también en interés de los demás integrantes del grupo familiar.

Sobre la base de estas ideas la ley 18.248 ha otorgado legitimidad para accionar en defensa del nombre, en los supuestos previstos en sus artículos 20 y 21, no sólo al titular, sino también a su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 22), porque el legislador ha considerado que todo el núcleo familiar está interesado en la defensa del apellido, precisamente porque es común a todos sus miembros. La protección legal del nombre así

extendida a los parientes del interesado, aparece entonces como una consecuencia jurídica directa de la unidad del grupo familiar.

14. El honor de la familia.

El honor es un bien inmaterial que pertenece a todos los miembros del grupo familiar. El atentado a la dignidad de uno de sus miembros repercute sobre los demás con la misma intensidad que en la propia víctima, principalmente dentro del núcleo circunscripto al hogar familiar: padres, hijos, esposos. Es una consecuencia de la unidad y solidaridad de la familia (Rébora; León; Cammarota).

Es por ello que el artículo 1080 establece que el marido y los padres pueden reclamar pérdidas e intereses por injurias hechas a la mujer y a los hijos.

Se trata de una acción propia que la ley concede al marido y al padre, independientemente de la que corresponde a la propia víctima. De ahí que la renuncia que haga la esposa o el hijo de su acción no impide el ejercicio de la que corresponde al esposo o padre (art. 1100) (Lafaille, Salvat-Acuña Anzorena; Orgaz; Aguiar; Trigo Represas - Cazeaux; Borda; Llambías).

La solidaridad normal del grupo familiar fundamenta naturalmente la disposición del artículo 1080. Es obvio que la injuria o calumnia hecha a la esposa hierde a su marido, y que la ofensa al hijo afecta por igual el honor de los padres. De ahí entonces, la doble acción derivada de la injuria: la de la esposa e hijos, como damnificados directos; la del esposo y padre, en cuanto damnificados indirectos.

Pero la ley sólo confiere acción al marido por el agravio hecho a su esposa. ¿Significa esto que la mujer no tiene acción por la injuria inferida a su esposo? La cuestión es discutible, pero nos inclinamos a admitírsela, porque parece innegable que la ofensa hecha al marido hierde también a su mujer. En consecuencia, y por aplicación de la regla general del artículo 1079, que establece la obligación de reparar el daño a toda persona que lo hubiese sufrido aunque sea de una manera indirecta, cabe reconocer también a la esposa la acción de resarcimiento (conf.: Borda. En contra: Orgaz, Cammarota y Llambías).

En caso de divorcio, ¿subsiste la acción? No, porque el divorcio ha desvirtuado el fundamento del artículo 1080, que es la solidaridad y unidad familiar. Además, resulta poco digno que el esposo aparezca lucrando por una ofensa inferida a la esposa de la cual se ha divorciado (Borda, Trigo Represas - Cazeaux, Machado. En contra: Aguiar). Y consideramos que igual solución correspondería aplicar en el caso de separación de hecho.

El padre ¿tiene acción cuando se trata de hijos mayores emancipados? Creemos que sí. El padre siempre sufre por la ofensa hecha a un hijo, cualquiera sea su edad o estado civil. Por eso la ley no distingue entre hijos menores e hijos mayores de edad, y el intérprete, por lo tanto, tampoco debe hacerlo (conf.: Aguiar, Acuña Anzorena, Borda y Llambías. En contra: Orgaz, Cammarota, Salvat, Trigo Represas - Cazeaux. Estos dos últimos autores, sin embargo, afirman que el progenitor tendría acción por la vía del artículo 1079).

Por último, ¿los hijos tienen acción por las calumnias e injurias inferidas a sus progenitores? El artículo 1080 no alude a ellos. Y el artículo 1099 dispone que la acción civil no pasa a los herederos, salvo que el damnificado directo la hubiese entablado en vida. La combinación de ambas normas excluiría a los hijos y descendientes del ejercicio de una acción de esa naturaleza, ya sea por derecho propio o por derecho hereditario. Esta restricción, sin embargo, nos parece excesiva. La solidaridad y reputación familiar y la identidad del apellido fundamentan un interés legítimo a favor de los hijos y descendientes, que los colocaría incluso en el deber moral de perseguir a los autores del hecho injurioso. Por ello entendemos que por aplicación del artículo 1079 debería reconocérseles también a ellos por derecho propio la acción resarcitoria (conf.: Lafaille, Borda. En contra: Llambías). Y tal es, por lo demás, la solución tradicional de la jurisprudencia francesa.

En el ámbito penal, la defensa del honor familiar encuentra acogida en el artículo 75 del código represivo que dispone: "Fallecido el injuriado, la acción puede ser ejercida por el cónyuge, hijos, nietos, o padres sobrevivientes", con lo cual corrige el criterio restrictivo del artículo 1099 del Código Civil (Rébora).

15. El derecho a la intimidad familiar.

El artículo 1071 bis del Código Civil, incorporado por la ley 21.173 del año 1975, consagra el derecho a la intimidad.

“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, dispone la citada norma, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuera un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

Se trata de un derecho subjetivo que integra los llamados derechos de la personalidad.

Ahora bien, como la familia brinda al hombre el ámbito de intimidad más perfecto en el cual se manifiestan sus afecciones más entrañables, es natural que la privacidad de cada persona sea compartida con la familia, con el cónyuge y con los hijos, de donde es posible hablar de la privacidad o intimidad familiar, cuyo ámbito comprende casi toda la intimidad de sus componentes. El ataque a la intimidad personal constituye así un ataque al ser familiar (Mosset Iturraspe). Por ello, el contenido del derecho a la intimidad involucra la protección del núcleo familiar, pues éste, en cuanto tal, tiene derecho a un ámbito de reserva caracterizado por un interés común del grupo en que no se realicen investigaciones indiscretas o divulgaciones que afecten o dañen los valores de la vida familiar. La familia tiene derecho a defenderse contra toda nota escandalosa que se pretenda hacer repercutir en su seno (Rébora, Tommasini).

Existen numerosas normas específicas en nuestro derecho civil tendientes a garantizar en casos concretos la protección y el respeto de la vida íntima familiar. Entre otros, podemos citar el artículo 326 del Código Civil, cuya disposición reproduce el artículo 3º de la ley 14.367, que prohíbe investigar la filiación extramatrimonial cuando tenga por fin atribuir un hijo a una mujer casada, y cuyo

fundamento es evitar el escándalo, salvaguardando el decoro de la mujer honesta, de su esposo y de su familia, cuya unidad y armonía quiere preservar, ya que se vería afectada por la imputación, aunque luego ésta resultara falsa (Machado, Bibiloni, Llambías, López del Carril).

Y uno de los fines primordiales del artículo 67 bis de la ley 2393, que establece el divorcio por presentación conjunta, es precisamente evitar la difusión de los hechos que dieron lugar a la separación, para lo cual impone la obligación de mantener la reserva sobre las causales, siendo esta discreción una de sus principales ventajas.

Las diversas vicisitudes que sufre un matrimonio, los divorcios, las separaciones, el origen familiar de una persona, están comprendidos ahora en el ámbito de intimidad que protege el nuevo artículo 1071 bis. Y este derecho a obtener el respeto de la vida familiar ampara no sólo a los integrantes del grupo individualmente considerados, sino también a la propia institución familiar, cuya unidad y fortalecimiento propende a consolidar.

Y por ello, como la intimidad pertenece a la familia, la muerte de uno de sus componentes no significa el fin de su derecho a la privacidad. O sea, la muerte no significa la apertura a la indiscreción. La memoria del miembro fallecido y el respeto del grupo familiar están de por medio, por lo cual sus parientes son titulares por derecho propio de la acción para impedir que se viole la reserva sobre su vida privada o para obtener el pertinente resarcimiento por su violación (León, Mosset Iturraspe, Rivera, Ferreira Rubio, Puig Brutau, Tommasini). Las leyes 3975 y 11.723 (de marcas y de propiedad intelectual), establecen expresamente que el derecho a la imagen y el secreto de la correspondencia se transmiten a los herederos, quienes son los únicos que pueden autorizar el empleo de la imagen o cartas del fallecido.

Nuestra doctrina y jurisprudencia han establecido que el derecho a la intimidad es el derecho de toda persona a que se le respete su vida privada y familiar (Belluscio-Zannoni: *Cód. Civil comentado*; Orgaz, etc.). Y este derecho de la personalidad, además de estar reglamentado en la generalidad de las legislaciones civiles contemporáneas, también ha sido consagrado por Declaraciones internacionales

(Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 1948; Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos y Libertades del Hombre, 1950, etc.), como así también por Constituciones políticas de diversos países (España, art. 18; Bulgaria, art. 50; Puerto Rico, art. 2º, etc.).

II. EL DERECHO DE FAMILIA

16. Concepto.

El derecho de familia es una rama del derecho civil, y se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares (Ferrara, Castán Tobeñas, Belluscio, Zannoni).

17. Contenido.

El derecho de familia regula las relaciones familiares tanto de orden personal como patrimonial.

Ha quedado superado en la actualidad el antiguo esquema del Código de Napoleón, adoptado por el nuestro y por la mayoría de los códigos del siglo XIX, según el cual el derecho de familia sólo comprendía las normas que regulaban exclusivamente las relaciones personales de sus miembros, excluyéndose las que regían las relaciones patrimoniales, lo que determinaba que esos códigos incluyeran entre los contratos a la sociedad conyugal. Vélez Sársfield siguió ese sistema, legislando en el Libro I, Sección 2ª del Código, las relaciones familiares de carácter personal, y en el Libro 2º, Sección 3ª ("De las obligaciones que nacen de los contratos"), a la sociedad conyugal (título II).

Los códigos y proyectos modernos, como también la doctrina prevaleciente, agrupan en un solo conjunto a todas las normas del derecho de familia, extrapatrimoniales y patrimoniales. Tal es el método que en nuestro país siguen el proyecto de 1936 y el anteproyecto de 1954.

El derecho de familia comprende, entonces, el derecho matrimonial en todos sus aspectos, personales y patrimoniales; las relaciones jurídicas paterno-filiales (filiación legítima, extramatrimonial o

ilegítima y adoptiva); las relaciones parentales (derecho del parentesco); las relaciones cuasi-familiares (tutela y curatela) y también contempla los efectos jurídicos de la unión de hecho (concubinato).

18. Caracteres.

El derecho de familia ofrece una fisonomía propia y peculiar frente a las demás ramas del derecho civil, a causa del fundamento natural que presenta la familia (Planiol y Ripert). La doctrina viene señalando sus singulares características a partir de la exposición que de ellas hizo De Ruggiero, y son las siguientes:

a) *El contenido ético de sus normas*: Por el fundamento natural de la familia y su relación con las necesidades naturales del hombre (unión sexual, amor, procreación, asistencia, cooperación) el derecho de familia está directa y profundamente influido por los principios morales con mucha más intensidad que otros sectores del derecho, a tal punto que se afirma el carácter ético de sus reglas, transformadas por el derecho en normas jurídicas. De ahí también la significativa incidencia de las ideas religiosas en esta materia, que ha estado regida durante muchos siglos por el derecho canónico de la Iglesia.

b) *Rango superior de las relaciones personales sobre las patrimoniales*: El estado familiar, o sea la posición que un individuo ocupa en el grupo familiar (estado de cónyuge, de padre, de hijo, etc.) es inherente a la persona, y produce efectos de orden personal, y también consecuencias económicas y patrimoniales, en relación a los otros miembros de la familia. Esas relaciones patrimoniales derivan del propio estado, al cual, por lo tanto, están subordinadas (obligación alimentaria, derecho de usufructo paterno, relaciones patrimoniales entre cónyuges, etc.). Predominan, por lo tanto, las relaciones personales derivadas del estado de familia, sobre las relaciones de carácter patrimonial, que dependen de aquéllas.

c) *Primacía del interés social y del interés familiar sobre el interés individual*: el predominio del interés social y familiar impone una fortísima limitación al principio de la autonomía de la voluntad que produce las siguientes consecuencias:

1) La mayoría de las normas del derecho de familia son de *orden público*, y como tales, imperativas e inderogables por la voluntad de las partes. Belluscio cita como supuesto excepcionalísimo en que las partes pueden modificar la disposición legal, el artículo 1276, 3er. párrafo, *in fine*, según el cual cuando se confiere mandato entre cónyuges el mandatario está eximido de rendir cuentas.

2) El *intervencionismo estatal*, que se manifiesta en la intervención de funcionarios públicos en los actos de emplazamiento en el estado de familia o en determinadas autorizaciones vinculadas a la familia o a su patrimonio.

19. Naturaleza y ubicación en el derecho positivo. Teorías. Método de la ley.

Tradicionalmente se ha considerado al derecho de familia como una rama del derecho privado, y más precisamente del derecho civil. Pero sus características singulares han dado base a toda una teoría orgánica contraria a la concepción tradicional elaborada por Antonio Cicu, el ilustre profesor de la Universidad de Bolonia, quien ubica al derecho de familia en una categoría intermedia entre el derecho público y el derecho privado, dando lugar así a la tripartición del derecho objetivo.

Amplia resonancia ha tenido esta aguda tesis que parte de analizar comparativamente la relación jurídica de derecho público y la relación jurídica de derecho privado. En la primera no se concibe el interés individual en oposición al del Estado. Hay un solo interés, el del Estado, al cual debe subordinarse el interés individual. En la relación jurídica de derecho privado, en cambio, los intereses individuales son distintos y opuestos, encontrándose los individuos en libertad de establecer sus fines particulares. La relación jurídica familiar no tiene ninguna semejanza con la relación jurídica privada, y sí, en cambio, presenta profundas analogías con la de derecho público. En ambas el centro de gravedad de la relación es el momento del deber, y no el momento del derecho, y en ambas existe un interés superior al cual están subordinados los intereses individuales. Se diferencian en que el interés superior en la relación de derecho público es el del Estado, y en la relación jurídica familiar es el de la familia. Y a ésta, el profesor Cicu la concibe como un

organismo similar al Estado, aunque en escala menor, según hemos visto (Nº 9-b). Luego de desarrollar estos conceptos, concluye que el derecho familiar es perfectamente, autónomo respecto del derecho privado, y tiene una construcción semejante a la del derecho público.

En los últimos años de su vida, Cicu desecha la tesis de la tripartición del derecho, y vuelve a considerar al derecho de familia como una rama del derecho privado separada del derecho civil, aunque no estaría sometido a sus principios, pues le son extraños debido a sus particularidades específicas.

En nuestro país esta teoría ha sido rechazada por la doctrina que sostiene la ubicación tradicional del derecho de familia en el ámbito del derecho civil (Díaz de Guijarro, Borda, Guastavino, Mazzinghi, Zannoni, Belluscio). Nosotros compartimos esta opinión, que es también la que ha consagrado nuestro legislador, pues las normas que forman el derecho familiar positivo están contenidas en el Código Civil y en las leyes complementarias o modificatorias del mismo.

El hecho de que exista un interés familiar superior y distinto de los intereses individuales, y que se limite la autonomía de la voluntad mediante el orden público, no justifica que se separe el derecho de familia del derecho civil por diversas razones:

1) Porque a pesar de las restricciones, el individuo mantiene un margen decisivo de libertad en la constitución de muchas relaciones familiares (matrimonio, adopción, reconciliación, etc.).

2) Porque la eficacia de la voluntad también está restringida en otras ramas del derecho civil, fundamentalmente en los derechos reales, ámbito en el cual los particulares no pueden crear más derechos que los consagrados por la ley y no pueden alterar sus lineamientos sustanciales. En materia de derecho sucesorio, la libertad de testar está drásticamente limitada cuando existen herederos forzosos. También constituyen normas imperativas las disposiciones que garantizan la seguridad del tráfico jurídico, las que protegen la buena fe de terceros, y finalmente, los preceptos que para prevenir graves injusticias o atender a exigencias sociales, limitan la autonomía privada. La norma de derecho civil es, entonces, perfectamente compatible con una regulación limitativa de la voluntad

individual; el interés público siempre condiciona y relativiza el interés particular, y así lo establece con alcance de principio general el artículo 21 del Código Civil (Von Thur, Larenz, Castán Tobeñas, Díaz de Guijarro, Guastavino, Mazzinghi, Zannoni).

3) Porque también en las asociaciones hay un interés distinto al de los asociados, un fin propio y superior al de sus integrantes y una voluntad encaminada a satisfacerlo, y no por ello se ha pretendido crear una rama independiente del derecho (Hernández Gil, Borda).

4) Porque no es conveniente romper la unidad científica del derecho civil, pues las relaciones familiares, por muy salientes que sean sus rasgos distintivos, van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial. La capacidad, la sucesión *mortis causa*, el régimen económico del matrimonio, son zonas en las que el derecho de familia y el derecho patrimonial aparecen unidos en indisoluble consorcio.

5) Porque si, en definitiva, el derecho civil rige a la persona en cuanto tal y regla sus relaciones con sus semejantes, con mayor razón ha de regir sus relaciones familiares, que derivan de su integración en la familia, en cuanto, además de persona, es padre, esposo, hijo, hermano, etcétera.

Por los motivos expuestos, concluimos que la integración del derecho de familia en el ámbito del derecho civil responde al contenido sustancial de ambas disciplinas, y que ninguna ventaja práctica justifica su pretendida autonomía.

No obstante, reconocemos que tal afirmación no es enteramente pacífica en la doctrina. Gierke, en Alemania, incorporaba el derecho de familia al derecho social, opinión que en nuestro país sostiene Jorge Antoni, profesor de la Universidad de Tucumán. Y hubo también otros autores alemanes que afirmaban la pertenencia del derecho de familia al derecho público (Jellinek, Binder), coincidiendo algunos italianos (Filomusi - Güelfi, Pisanelli). El tratadista alemán Nipperdey, sostiene resueltamente que no es derecho privado, y que constituye un cuerpo extraño en la codificación de éste.

Los países socialistas han legislado en forma autónoma al derecho de familia, separándolo del derecho civil. Así, por ejemplo, han

sancionado códigos de la familia: la URSS, en 1918, reformado luego en 1926, 1944, y por último en 1968; Yugoslavia, en 1946; Checoslovaquia en 1950 y sustituido luego por el de 1963; Hungría, en 1952; Rumanía, en 1953; Polonia, en 1964; República Democrática Alemana, en 1965; Bulgaria, en 1968. En estos países, sin embargo, hay una fuerte corriente de opinión, a la que adhieren reputados civilistas, que se opone a la existencia de un derecho de familia separado del derecho civil, y considera que el mantenimiento de un código autónomo de la familia se explica en la actualidad principalmente por razones socio-políticas (Eminescu, Y. y Popescu, T.: *Les codes civils des pays socialistes*, Bucarest - París, 1980, N^o 7).

Fuera de la órbita socialista, en Bolivia y Costa Rica se han sancionado códigos de la familia, en 1972 y 1975, respectivamente.

20. Interpretación.

Por las destacadas características del derecho de familia y los principios que rigen su regulación en el derecho positivo argentino, se pueden establecer las siguientes pautas de interpretación:

1^o) El afianzamiento y la defensa de la familia legítima constituye la regla fundamental de interpretación de las normas del derecho familiar, pues es el modo típico de asegurar el bien común para todo hombre y para la sociedad civil (Méndez Costa), y además, es una directiva básica de nuestro sistema de derecho civil (Guastavino). La jurisprudencia nacional ofrece numerosos e importantes ejemplos de aplicación del principio expuesto. Así, entre otros, la Corte Suprema Nacional reiteradas veces ha rechazado la inconstitucionalidad de las normas previsionales que otorgan derecho de pensión sólo a la viuda, planteada por concubinas que entienden que la protección integral de la familia proclamada por la Constitución en el artículo 14 bis, comprende también a la familia natural. La Corte ha establecido el alcance preciso de dicha norma constitucional, afirmando que sólo el matrimonio es la base de la familia protegida por nuestra Ley Fundamental, y que la mera relación de hecho no aprobada por ley no genera derechos ni obligaciones, ni consecuencias jurídicas, salvo que la ley expresamente se las reconozca por razones que no podrían fundarse en la existencia de un vínculo matrimonial. E inspirados también en la protección

de la familia legítima, trascendentes fallos de los más importantes tribunales del país han negado a una pareja de concubinos la adopción conjunta del hijo fruto de su unión concubinaria; y a un concubino adoptar el hijo o los hijos legítimos de su concubina, etcétera. En otros aspectos, la protección se ha realizado también a través del reconocimiento de efectos sancionadores sobre el culpable de la separación de hecho, etcétera.

2º) Constituye otra pauta, el principio de subordinación del interés individual al interés familiar (Díaz de Guijarro). Ello no significa que la integridad y solidez de la familia legítima esté reñida con el interés personal del individuo, sino a su servicio, pues se lo protege al defender la comunidad en que mejor se realiza a sí mismo (Méndez Costa). Siendo la familia, por lo tanto, esencial a la persona para su realización como ser humano, defendiéndola a aquélla se protege a ésta, por lo cual en caso de colisión de intereses debe prevalecer el interés del grupo. Diversas normas legales así lo proclaman, como lo hemos visto (Nº 10), e interpretando una de ellas, el 2º párrafo del artículo 1277, que exige el consentimiento del otro cónyuge para disponer del inmueble propio donde está asentado el hogar conyugal cuando hay hijos menores o incapaces, la jurisprudencia ha resuelto que el fin de proteger al grupo familiar, garantizando su asentamiento, determina también, por extensión, que el cónyuge titular de ese inmueble no pueda exigir a su mujer e hijos del matrimonio la desocupación del mismo.

3º) Por último, en la interpretación del derecho de familia se debe excluir el auxilio del derecho comparado. El legislador, sin perjuicio de orientarse hacia la perfección de las costumbres del pueblo, cuando sanciona las normas que regulan el núcleo familiar, debe respetar la idiosincrasia, las costumbres y la psicología de cada pueblo. Y desde luego, el intérprete tampoco puede apartarse de este principio (Díaz de Guijarro).

21. Relación con el derecho hereditario.

Han sido autores alemanes (Savigny, Unger) quienes han destacado la conexión sustancial del derecho de familia con el sucesorio. Savigny enseñaba que ambos tienden a solucionar ciertas

deficiencias del ser humano, pues el hombre, decía, es un ser doblemente incompleto en razón de la diferencia de sexos y porque su existencia tiene duración limitada. El matrimonio corrige la primera imperfección; engendra toda una serie de relaciones jurídicas entre el hombre y la mujer, y luego entre ellos y los hijos, que perpetúan su personalidad. La regulación normativa de dichas relaciones configura el derecho de familia.

Con respecto a la segunda imperfección provocada por la muerte de la persona, ella se resuelve por el derecho de sucesiones, que prolonga la personalidad del individuo, por una suerte de ficción, transmitiendo a ciertas personas que son puestas en el lugar del causante, los derechos y obligaciones de que éste era titular. El patrimonio subsiste y sólo cambia de titular. Gracias a ello, la continuidad de las relaciones de derecho queda asegurada y la muerte no es más que un accidente que no interrumpe ni detiene la vida jurídica.

Completa Oertmann esta esencial relación entre ambas ramas del derecho civil, al señalar que si se atiende a los grandes requerimientos del ser humano, que son el instinto de la propia conservación y el instinto de conservación de la especie, observamos que con los derechos creditorios y reales se satisface el primer instinto, y con el derecho familiar y el sucesorio se tiende a satisfacer el segundo.

Además, señala Lafaille que la mayor relación entre ambas ramas del derecho civil se comprueba al examinar los efectos jurídicos del parentesco. La familia en sentido amplio es la base que toman las leyes para la sucesión ab intestato; y para determinar la sucesión forzosa o legitimaria se atienden al concepto restringido de familia.

22. La familia en la Constitución Nacional.

La Constitución argentina de 1853 no contiene ninguna disposición referente a la familia; ni siquiera la menciona. La omisión es explicable: la ideología individualista imperante en aquella época concebía a la sociedad sólo integrada por individuos aislados. En-

tre ellos y el Estado no se interponía ninguna asociación o grupo natural.

La Constitución de 1949, acorde con la nueva tendencia del constitucionalismo impuesta después de la primera guerra mundial, que reconoce a la familia como unidad social primaria y la coloca bajo su protección, en su artículo 37, apartado II, dispone lo siguiente:

“La familia como núcleo primario y fundamental de la sociedad, será objeto de preferente atención por parte del Estado, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines.

“1. El Estado protege el matrimonio, garantiza la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad.

“2. El Estado formará la unidad económica familiar, de conformidad con lo que una ley especial establezca.

“3. El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine.

“4. La atención y asistencia de la madre y del niño gozarán de la especial y privilegiada consideración del Estado”.

Restaurada la vigencia de la Constitución de 1853, la reforma de 1957 introdujo el artículo 14 bis, en cuya parte final, sintetizando los postulados de 1949, garantiza “la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

La declaración es poco feliz; pareciera referirse sólo al aspecto de la seguridad social de la familia; no la reconoce como núcleo esencial de la sociedad, ni establece que la familia se asienta sobre el matrimonio.

Y, por último, la referencia es ocasional, no se le ha dedicado un tratamiento especial como corresponde por sus trascendentes proyecciones sociales, jurídicas, económicas y políticas. Por ello, una futura reforma constitucional debiera consagrar en normas expresas el reconocimiento y protección del grupo familiar fundado en el matrimonio (Conf.: Lafianra).

III. ESTADO DE FAMILIA

23. El estado de las personas.

El estado de las personas es la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad. Determinar el estado de una persona es calificarla de acuerdo al punto de vista desde el cual se la considera. Y el estado se puede apreciar desde tres ángulos:

1º) Con relación a la comunidad política en que la persona vive, puede ser nacional o extranjero. Es el *estado político*, que acuerda el derecho activo y pasivo del sufragio, da lugar a la protección diplomática, etc., y es materia del derecho público.

2º) Con relación a la posición que ocupa en la familia, puede ser padre, esposo, hijo, etc. Es el *estado de familia*, que determina el estado civil de las personas, y es regido por el derecho civil.

3º) Con relación a la profesión o función que la persona desempeña, puede ser comerciante, militar, sacerdote, profesional liberal, etc. Es el *estado profesional*, que se refiere al conjunto de derechos y deberes que corresponde a una persona en razón de su profesión u ocupación, y que fundamentalmente interesa al derecho laboral y al derecho comercial (Marty y Raynaud, Llambías, Aráuz Castex, Abelenda). Sin embargo, hay autores que sostienen que no puede considerarse un verdadero y propio estado, porque éste se refiere a las calidades fundamentales de las personas, y no a aquellas subsidiarias derivadas de sus ocupaciones o profesiones (Planiol, De Page, Spota, Busso, Crespi).

Un sector de la doctrina alude a un cuarto estado: el estado personal o estado de las personas en relación a sí mismas, el cual estaría determinado por causas físicas individuales, la edad y la sanidad mental, en virtud de las cuales las personas son mayores o menores de edad; mentalmente sanos, dementes o inhabilitados (Planiol, Ripert-Boulanger, Busso, Salvat-López Olaciregui, Borda, Belluscio, etc.). Pero esos elementos que determinarían el llamado estado personal, se refieren en rigor a la capacidad de obrar de las personas y no al estado. El estado y la capacidad son atributos netamente distintos de la personalidad, y lo distingue la misma ley civil (art. 8, C. Civil; dcc.-ley 8204/63, etc.). En efecto, la capaci-

dad no hace nacer derechos y obligaciones, como el estado. El estado influye sobre la capacidad (los esposos no pueden hacerse donaciones, ni celebrar entre sí ventas, ni cesión de bienes, ni permutas —arts. 1807 inc. 1º, 1358, 1441, 1490—; el menor emancipado necesita autorización de su cónyuge mayor de edad o judicial para disponer de bienes recibidos a título gratuito, art. 135, CC.; etc.). La capacidad o incapacidad, en cambio, no influyen jamás sobre el estado. Por último, la capacidad o incapacidad se refieren a la aptitud que la persona tiene para gozar o ejercer sus derechos; el estado es la situación familiar por la que se califica a una persona (De Page, Spota, Llambías, Abelenda, Crespi).

No existe, por lo tanto, el llamado “estado personal”, concebido en relación a la persona misma. Jurídicamente, el estado sólo existe en relación a la familia.

24. Estado de familia: Estado civil

El estado de familia se define como la posición jurídica que una persona ocupa en el grupo familiar, en virtud de la cual la ley le atribuye derechos y deberes, prerrogativas e incapacidades (Messineo, Diaz de Guisjarro, Spota, Busso, Llambías, Borda).

En la terminología de nuestro derecho positivo siempre que el legislador emplea las expresiones “estado” o “estado civil” se refiere inequívocamente al estado de familia quedando así legalmente identificadas dichas expresiones (por ejemplo, arts. 845, 1001 —“estado de familia”—; 846, 847, 4019, inc. 2º del Cód. Civil, y ley 2393, arts. 27 inc. 1º, inc. 3º, 42, inc. 9º, y 101; decreto-ley 8204/63 —“estado” o “estado civil”; etc.).

El significado jurídico de la expresión “estado civil” o simplemente “estado” cabe referirlo exclusivamente, en consecuencia, al estado de familia (Orgaz, Spota, Llambías, Abelenda, Boffi Boggero, Aráuz Castex, Crespi; en contra: Borda, Belluscio).

El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas que la persona tiene con todos los otros miembros de la familia, comprendiendo el vínculo conyugal y el vínculo parental, que puede ser consanguíneo, por afinidad y adoptivo.

25. Caracteres.

El estado de familia es un atributo de la personalidad, naturaleza que determina sus principales caracteres. La doctrina coincide en señalar los siguientes:

a) Está sometido a un *ordenamiento legal imperativo de orden público*, y por lo tanto, fuera del ámbito de autonomía de la voluntad. La situación jurídica de una persona en la familia es una cuestión en la que está directamente interesada la sociedad.

b) Es *inalienable*: ello significa que el estado de una persona no puede ser enajenado ni transmitido mediante acto jurídico alguno (art. 953 CC.), ni puede ser objeto de transacción o renuncia (arts. 262, 845 y 872, CC.). Este principio, no obstante, reconoce numerosas excepciones:

1º) Se puede transar sobre las cuestiones patrimoniales subordinadas al estado de familia, con tal que la transacción no verse sobre el estado mismo (art. 846, CC.);

2º) Se puede transar a favor de la validez del matrimonio (art. 843, CC.), entendiendo la doctrina que esta norma sólo es aplicable en caso de nulidad relativa;

3º) La ley de adopción autoriza la revocación de la adopción simple por acuerdo de partes manifestado judicialmente (ley 19.134, art. 28, inc. b).

4º) La ley de adopción también permite que los padres manifiesten expresamente su conformidad para que el menor sea adoptado, habilitando esa manifestación el otorgamiento de la adopción plena que implica la extinción del parentesco del adoptado con su familia de sangre (art. 11, inc. c, 14 y 16, inc. c).

c) Es *inherente a la persona*, y como consecuencia de ello, es intransmisible por causa de muerte (arts. 498 y 3417), y está vedado su ejercicio a toda persona que no sea su titular.

d) Es *imprescriptible*, el transcurso del tiempo no ejerce influencia sobre él. Ni se pierde por el no uso de los derechos que lo integran, ni se adquiere por el uso de los mismos (arts. 262 y 4019, inc. 2º).

e) Es *indivisible o único*, de manera que no es posible ostentar frente a unas personas un estado de familia, y frente a otras

otro diferente. No se concibe que una persona sea considerada soltera frente a unos, y casada frente a otros, como tampoco se puede ser hijo matrimonial de una persona, y extramatrimonial respecto del otro genitor.

f) Es *correlativo*: los vínculos entre las personas que componen el grupo familiar son recíprocos o correlativos entre sí. Por ejemplo, al estado de padre, corresponde el de hijo; al de esposo, el de esposa, y ello determina que a cada derecho corresponda una obligación correlativa. Excepcionalmente, el estado de soltero y el estado de viudo carecen de estados correlativos (Díaz de Guijarro, Belluscio).

26. Fuentes.

El estado de familia puede reconocer las siguientes fuentes:

a) *Hechos jurídicos*: el nacimiento y la muerte (el casado se convierte en viudo por la muerte de su cónyuge);

b) *Actos jurídicos*: el matrimonio, el reconocimiento de hijo.

c) *Sentencias de estado*: sentencias que acuerdan la adopción, que decretan el divorcio o la nulidad del matrimonio; que declaran la filiación extramatrimonial.

27. El emplazamiento en el estado de familia.

Veamos, ahora, cómo se llega al estado de familia.

El emplazamiento, o sea la posición en el estado de familia, se obtiene normalmente de modo espontáneo, ya sea por voluntad propia, cuando son los contrayentes de las nupcias los que asientan en el Registro Civil su matrimonio, o por voluntad ajena, cuando uno o ambos cónyuges inscriben los hijos habidos en el matrimonio, o el progenitor extramatrimonial reconoce a su hijo mediante un acto auténtico e idóneo (Díaz de Guijarro). Tales actos voluntarios que emplazan en el estado de familia (matrimonio, reconocimiento, etc.), son los actos jurídicos familiares de emplazamiento en el estado de familia.

Pero fuera de esta situación ordinaria, existe y con harta frecuencia, el emplazamiento por vía de acción judicial, a través de las llamadas acciones de estado. Por ejemplo, cuando los cónyuges

no inscriben su hijo y lo desconocen, éste puede reclamarles su filiación legítima (arts. 259/260, CC.); lo mismo que el hijo extramatrimonial no reconocido por su padre o su madre (art. 325, CC.); o los cónyuges que carecen de acta matrimonial deben promover la acción de reclamación del estado de casados, etc.

Pero una vez emplazada una persona en un estado de familia, ese emplazamiento puede ser modificado, ya sea por un hecho jurídico (la muerte de un cónyuge, por ejemplo, convierte al sobreviviente en viudo), o por una sentencia judicial, como la que decreta el divorcio.

También ese emplazamiento puede ser destruido por una acción judicial de contestación o impugnación de estado, como por ejemplo la acción de desconocimiento de la paternidad, de impugnación de la filiación legítima, de nulidad de matrimonio, etc.

28. Título de estado.

Título de estado es el instrumento público o conjunto de instrumentos públicos con los cuales se acredita el estado de familia de una persona (Belluscio, Zannoni).

Ahora bien, ¿cuáles son los instrumentos públicos que constituyen título de estado?

Para algunos autores únicamente son las partidas del Registro Civil (Borda, Aráuz Castex, Albadalejo García).

Otros, a las partidas del Registro Civil agregan las sentencias judiciales que emplazan a una persona en un estado de familia determinado (López del Carril, Zannoni, Crespi).

Finalmente, otros autores consideran título de estado no sólo a las partidas del Registro Civil y a las sentencias de estado, sino también a los instrumentos públicos en general (Busso, Lafaille, Cafferata, Belluscio. Llambías y Mazzinghi mencionan también como título de estado del hijo extramatrimonial el testamento en el cual lo hubiese reconocido el progenitor).

Compartimos esta última opinión. En efecto, la sentencia firme que admite la existencia de una relación filial por ejemplo, produce el emplazamiento en el estado de hijo y constituye el título de ese estado, aun cuando no se inscriba en el Registro Civil. Y lo mismo

ocurre con el reconocimiento de hijo efectuado por escritura pública: hace plena fe respecto de terceros y es irrevocable (arts. 995, C. Civil y 2, ley 14.367). Y en cuanto al reconocimiento por testamento, habría aclarar que la opinión de Llambías y Mazzinghi que lo consideran título de estado, la compartimos en cuanto se refieren al testamento por acto público, pero respecto a los testamentos ológrafos y cerrados, entendemos que éstos deberían ser protocolizados para considerarlos tales, pues recién entonces son instrumentos públicos (artículo 984, Código Civil).

La inscripción de dichos instrumentos públicos en el Registro Civil responde a un ordenamiento administrativo con la sola finalidad de asegurar la prueba y la publicidad del estado de familia (Guastavino). Su falta de registración no priva al acto de su calidad de constitutivo de título, ni de efecto alguno (Busso).

El título de estado es la prueba auténtica y privilegiada del estado, que produce efectos por sí mismo y habilita a ejercer todos los derechos que de él derivan con sólo exhibirlo (Fassi). La simple prueba del estado, como por ejemplo un instrumento privado, carece de tales efectos y requiere el reconocimiento judicial (Lafaille, Busso, Belluscio).

En consecuencia, es título de estado matrimonial la partida de matrimonio o la sentencia que declara comprobada la existencia del matrimonio; es título de estado de hijo legítimo el formado por la partida de matrimonio de los padres y la de nacimiento del hijo; de hijo ilegítimo, la partida de nacimiento y el instrumento público del que surja el reconocimiento del progenitor, o la sentencia que admite la acción de reclamación de la filiación; de hijo adoptivo, la sentencia de adopción, etcétera.

29. Posesión de estado. Su importancia.

La posesión de estado consiste en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes propios de una determinada posición familiar, con prescindencia del título correspondiente a la misma (Lafaille, Rébora, Borda, Llambías, Mazzinghi, Belluscio, Zannoni).

Hay posesión de estado, dice Llambías, cuando alguien ocupa una determinada situación familiar —hijo, padre, esposo— y goza

de hecho de las ventajas anexas a la misma, soportando igualmente los deberes inherentes a esa situación, independientemente del título. Es vivir en la realidad de los hechos como corresponde a la condición de hijo, padre, esposo, pariente (Borda).

La posesión de estado es, por consiguiente, una situación de hecho. Normalmente, esta situación de hecho corresponde al estado de derecho, es decir, quien goza de hecho un determinado estado de familia, generalmente tiene también título a ese estado. Es el caso del esposo, cuyo matrimonio está inscripto en el Registro Civil y cohabita con su mujer; o del hijo legítimo o extramatrimonial reconocido, que reciben de sus padres el trato de tales, conviviendo con ellos. Esto es lo normal; pero en la realidad de los hechos pueden aparecer disociados el título de estado y la posesión de estado. En efecto, los esposos que viven separados de hecho tienen título de estado, pero sin la posesión del mismo, lo cual ocurre también con los hijos legítimos o extramatrimoniales reconocidos que no están bajo la guarda de sus padres. A la inversa, un hijo extramatrimonial que convive con su padre, quien le da el trato de hijo y provee a su educación y subsistencia, pero se abstiene de reconocerlo formalmente, carece del título de estado, aunque goza de la posesión del mismo.

Según una teoría clásica cuyo origen se hallaría en el derecho canónico medioeval, la posesión de estado debe reunir estos tres elementos: nomen, tractatus y fama. El nomen es el uso del apellido familiar; el tractatus es el trato público como hijo, esposo, etcétera. Y la fama es haber sido considerado como tal por la familia o la sociedad.

La doctrina y la jurisprudencia modernas han prescindido de la exigencia conjunta de estos tres elementos. Es verdad que reunidos configuran de una manera más precisa la posesión de estado, pero se considera en general que basta con el trato, pues constituye el elemento revelador de la posesión de estado, aunque no hubiera exteriorización ni uso del apellido (Lafaille, Rébora, Borda, López del Carril, Belluscio, Zannoni).

La posesión de estado no importa emplazamiento en el estado familiar ni es por lo tanto título de estado. Se configura sólo por un conjunto de hechos que tienen significativa relevancia como prueba

del estado de cuyo título se carece. La sentencia que admite la acción de reclamación de estado es la que produce el emplazamiento en el estado de familia y constituye el título de estado.

Ahora bien, la importancia de la posesión de estado como prueba varía de acuerdo al estado de que se trate:

a) *Reclamación del estado de casados*: la posesión de estado de esposos, sin el acta matrimonial, carece de eficacia para acreditar por sí sola la existencia del matrimonio. En tal caso, es preciso demostrar la celebración de las nupcias.

La posesión de estado, sin embargo, adquiere enorme importancia en esta materia cuando el acta matrimonial existe, pero es nula por vicios formales que invalidan el matrimonio. En este supuesto, la posesión de estado unida a la constancia del acta viciada cubre las imperfecciones formales y convalida el matrimonio (artículo 101, LMC).

b) *Reclamación del estado de hijo legítimo*: a falta de partidas, para acreditar la filiación legítima son admisibles todos los medios de prueba, y entre ellos la posesión de estado. Pero el criterio para apreciar las condiciones de la posesión de estado tratándose de hijo legítimo es más severo que respecto de un hijo extramatrimonial. El tratamiento distinto se justifica porque es necesario tener en cuenta las diferencias profundas que existen entre ambas categorías de hijos resultantes de la ley y de las costumbres. Mientras los padres legítimos no tienen motivos para ocultar su paternidad, los naturales suelen no manifestarlo. Por ello, la doctrina nacional coincide en exigir necesariamente la presencia de por lo menos dos requisitos: a) que el hijo haya llevado siempre el apellido del presunto padre; y b) que el padre y la madre a la vez lo hayan tratado como hijo propio. La prueba debe ser categórica e inequívoca, y en tal caso puede bastar la posesión de estado para dejar acreditada la filiación legítima. El matrimonio de los padres, desde luego, también deberá probarse.

c) *Reclamación del estado de hijo extramatrimonial en vida del presunto progenitor*: en este supuesto igualmente puede resultar suficiente, a criterio del juez, la posesión de estado para que prospere

la acción. La doctrina predominante entiende que equivaldría a un reconocimiento tácito del vínculo de filiación por parte del presunto padre o de la presunta madre. La evaluación de las condiciones que debe reunir la posesión de estado es efectuada con un criterio más flexible, y para configurarla se requiere sólo la presencia de un elemento, el trato, siendo suficiente que exista con respecto al padre o a la madre, indistintamente, y no con respecto a ambos, como se requiere en la filiación legítima.

d) *Reclamación del estado de hijo extramatrimonial después de fallecido el presunto progenitor*: En este caso, la posesión de estado adquiere una importancia superlativa: la ley la erige como requisito ineludible de admisibilidad de la acción. Si no hay posesión de estado, la acción nunca podrá prosperar. No bastaría la prueba más completa del nexo biológico si al mismo tiempo no se probase la posesión. Así lo dispone el artículo 325, segundo párrafo del Código Civil.

e) *Reclamación del estado de hijo legitimado*: la legitimación de un hijo natural se logra a través del subsiguiente matrimonio de los padres y del reconocimiento que éstos hagan del hijo, que puede efectuarse antes del matrimonio, al inscribirse éste en el Registro Civil o hasta dos meses después de la celebración (arts. 311 y 317. Código Civil). La cuestión se plantea cuando no ha habido reconocimiento y aquí adquiere relevancia la posesión de estado, pues se la equipara a un reconocimiento tácito. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia sostienen pacíficamente que aun cuando los padres no hayan reconocido expresamente al hijo en ninguna de las oportunidades señaladas, la legitimación se produce lo mismo siempre que el hijo haya gozado de la posesión de estado.

30. Acciones de estado. Concepto.

Son las acciones judiciales referidas al estado de familia, que tienen por finalidad la declaración de existencia de un determinado estado, como asimismo la constitución, modificación o extinción del estado de una persona (De Page, Belluscio, Zannoni, Mazzinghi).

31. Caracteres.

Los caracteres de las acciones de estado emergen del propio estado de familia, puesto que importan el ejercicio de derechos subjetivos derivados de dicho estado, y son los siguientes:

a) *Inalienabilidad*: siendo el estado familiar inalienable, también lo son las acciones derivadas de él. Por lo tanto, no pueden cederse (art. 1445, CC). Respecto a la transacción es aplicable lo dicho sobre el estado de familia.

b) *Irrenunciabilidad*: este principio es exacto siempre que la renuncia se articule contractualmente, pues cabe observar que las acciones pueden dejarse extinguir por el transcurso de un término de caducidad o de perención de instancia respecto de un juicio en trámite. También es posible renunciar a la acción de divorcio, pues nada obsta a que el cónyuge ofendido perdone al ofensor o que se produzca la reconciliación entre ellos. Por ello, debe concluirse que el principio de irrenunciabilidad es relativo.

c) *Imprescriptibilidad*: esta característica deriva del hecho de que el transcurso del tiempo no influye sobre el estado de las personas. Pero este principio está cuestionado por la falta de preceptos legales claros y divide a la doctrina. En efecto, nuestro Código en forma expresa sólo establece la imprescriptibilidad de las acciones de reclamación de la filiación y de impugnación de la legitimidad de la misma (arts. 259, 262 y 4019, inc. 2º, CC). Y el artículo 4019, a su vez, declara en el primer párrafo que todas las acciones son prescriptibles, con excepción de las que él enumera, entre las cuales sólo figura la acción de reclamación de la filiación ejercida por el hijo mismo. Por lo tanto, una interpretación literal de esta última norma conduciría a afirmar que salvo la acción en él mencionada, todas las demás referidas al estado de familia prescribirían.

Las opiniones discrepan acerca del alcance de los preceptos legales, y se pueden distinguir tres corrientes:

1º) Los que sostienen la *imprescriptibilidad absoluta* de todas las acciones que se refieren al estado de familia (Machado, Colmo, Llambías, Belluscio, Zannoni). Tal es la solución del Anteproyecto de Bibiloni (art. 306, 2º párrafo), del Proyecto de 1936 (art. 323,

inc. 4º), del Anteproyecto de 1954 (art. 306, 2º párrafo) y del Proyecto de De Gásperi (art. 3553).

2º) Otros autores afirman la *imprescriptibilidad como principio, admitiendo numerosas excepciones* (Salvat, Spota, León, Borda, Mazzinghi).

3º) Finalmente, para Díaz de Guijarro y López del Carril, *la prescripción es un instituto ajeno al derecho de familia, y afirman que las acciones de estado se encuentran sujetas a caducidad, siendo inextinguibles sólo por excepción*. No obstante, en algunos casos en que la ley no establece la caducidad sostienen que debe aplicarse el plazo común de prescripción decenal del artículo 4023, trasladando así un plazo de prescripción a la institución de la caducidad, aplicándolo, por ejemplo, a la acción de reclamación de la filiación legítima ejercida por los herederos del hijo.

Por nuestra parte, consideramos que las acciones de estado de familia no son susceptibles de prescripción y pueden entablarse en cualquier momento.

A este respecto consideramos decisivos los siguientes argumentos: la enumeración del artículo 4019 no es taxativa, puesto que en el mismo Código hay mencionadas otras acciones imprescriptibles, no contempladas en aquella disposición (arts. 259, 262, 2510, 3460, etcétera), y además, la doctrina y la jurisprudencia admiten la imprescriptibilidad de diversas acciones tampoco enumeradas en aquella norma (Belluscio). Por ello, procede afirmar la imprescriptibilidad de las acciones de estado en virtud de la imprescriptibilidad del propio estado de familia, del cual derivan, sin que ello implique desconocer aquella disposición.

La aplicación extensiva de la prescripción decenal del artículo 4023 para las acciones de estado cuya imprescriptibilidad no está establecida expresamente, es improcedente por cuanto aquel plazo de prescripción se refiere exclusivamente a las obligaciones patrimoniales y a la nulidad de los actos jurídicos en general, quedando, por lo tanto, excluidos de su campo de aplicación los derechos extrapatrimoniales que se resuelven en facultades puras, como son los que se traducen en el ejercicio de acciones de estado de familia (Colmo, *De las obligaciones en general*, Bs. As., 1928, Nº 916-a; Belluscio).

Aun cuando el artículo 4019, inciso 2º, declare imprescriptible sólo la acción del hijo, es indudable que el mismo régimen corresponde a todas las demás acciones de estado, puesto que todas tienen las mismas características, y no se justifica un tratamiento diferente (Llambías, Belluscio).

Además, cabe observar que cuando el legislador ha querido limitar en el tiempo el ejercicio de las acciones de estado, lo ha hecho expresamente, imponiéndole a determinadas acciones un plazo de caducidad. En esos casos la caducidad de la acción importaría consolidar situaciones familiares cuyo mantenimiento puede interesar a la sociedad. En los demás supuestos, en que no se ha fijado plazo alguno, es porque al legislador le ha resultado indiferente la tardanza en el ejercicio de la acción, y ello ocurre porque no hay interés social en consolidar la relación familiar afectada. Así sucede, por ejemplo, en la acción de nulidad de matrimonio por vicios del consentimiento: si la caducidad de la acción no se ha producido porque se interrumpió la cohabitación antes de cumplirse los plazos fijados por el artículo 85, inc. 3º, LMC, sería inícuo que el matrimonio se consolidase a los dos años en virtud de la prescripción del artículo 4030, ya que no puede haber interés social en mantener la validez de un matrimonio viciado y sin vigencia en la realidad de los hechos (Belluscio).

Por ello, concluimos que las acciones de estado son imprescriptibles, aunque ello no significa que sean todas inextinguibles, pues algunas lo son por estar sujetas a caducidad.

d) *Inherencia personal*: siendo el estado de familia inherente a la persona, también lo son las acciones derivadas de él, lo cual significa que no pueden ser ejercidas por los acreedores mediante la acción subrogatoria. Y también que son intransmisibles por vía sucesoria, aunque este principio reconoce algunas excepciones, pues la ley autoriza en algunos casos la transmisión hereditaria de la acción (arts. 258 y 259, CC.; Borda, Belluscio). Sin embargo, hay autores para quienes los herederos del titular de la acción la ejercerían en esos casos a título propio y originario (Cicu, Busso, Díaz de Guijarro, Crespi), criterio erróneo, a juicio de Borda, quien acertadamente expresa que los herederos sólo pueden ejercer la acción

únicamente en caso de muerte del titular originario y siempre que él no hubiese perdido el derecho, lo cual demuestra que se trata de una verdadera transmisión mortis causa de la acción.

32. Clasificación.

Las acciones de estado pueden ser clasificadas conforme a diversos criterios (Belluscio):

- a) Por el *vínculo familiar* al cual se refieren, se distinguen en acciones de estado matrimonial y acciones de filiación, y dentro de estas últimas, acciones de filiación legítima, de filiación ilegítima o extramatrimonial y de filiación adoptiva;
- b) Por los *efectos de la sentencia* que las admite, en acciones constitutivas y acciones declarativas de estado de familia, y a su vez las segundas en acciones de reclamación y acciones de contestación o impugnación de estado.

Las *acciones constitutivas* son las que tienen por finalidad crear un estado de familia nuevo, extinguir o modificar el existente. Así, por ejemplo, la sentencia de adopción crea un estado nuevo de familia (sea adopción simple o plena); la de divorcio constituye un estado nuevo, el de divorciado, y a la vez modifica el anterior de casado; y la de revocación de la adopción simple extingue el estado adoptivo sin crear otro nuevo.

Las sentencias constitutivas carecen de efecto retroactivo, salve la adopción que los produce a partir de la promoción de la demanda (art. 13, ley 19.134).

No existen acciones constitutivas referentes a la filiación de sangre (legítima o extramatrimonial), pues tanto una como otra sólo pueden derivar de la realidad biológica y no de decisiones judiciales; por consiguiente, las acciones referidas a la filiación de sangre sólo pueden tener por finalidad establecer la concordancia de los vínculos jurídicos con la realidad biológica, y por lo tanto, sólo pueden ser declarativas.

Las *acciones declarativas* son las que tienden a obtener una sentencia que se limita a reconocer o desconocer una situación existente con anterioridad, es decir, a establecer el estado real, verdadero, de

una persona cuando no concuerda con el estado aparente que ostenta (De Page, Marty y Raynaud).

La sentencia declarativa siempre produce efecto retroactivo al momento en que comenzó la situación jurídica que ella reconoce o desconoce.

Las acciones declarativas se distinguen a su vez en *acciones de reclamación de estado*, que tienen por objeto que se reconozca el estado preexistente, de cuyo título se carece, y *acciones de contestación o impugnación de estado*, cuya finalidad es aniquilar el estado, privar a una persona del estado que goza, porque no le corresponde en razón de ser falso o inválido.

Son acciones de reclamación de estado: la acción de reclamación del estado matrimonial; la acción de reclamación de la filiación legítima; la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, etcétera. Son acciones de contestación o impugnación de estado: la acción de nulidad de matrimonio; la acción tendiente a comprobar la inexistencia del matrimonio; la acción de impugnación de la paternidad; la acción de desconocimiento de la legitimidad; la acción de nulidad de la adopción, etcétera.

Las acciones declarativas de impugnación o contestación de estado persiguen la destrucción de un estado de familia porque los presupuestos del vínculo familiar impugnado son falsos o inválidos, por ello la sentencia no constituye el fundamento sustancial de la extinción del estado, sino que se limita a declarar la inexistencia de aquellos presupuestos, por lo cual sus efectos se retrotraen al momento en que, según la ley, debieron haber existido dichos presupuestos para que naciera el estado familiar desconocido.

Las acciones constitutivas también pueden perseguir la extinción de un estado de familia, pero en este caso los presupuestos del estado existen, son reales y válidos, y por causas sobrevinientes se demanda su extinción, por lo cual la sentencia asume el carácter de fundamento sustancial de la nueva situación jurídica que crea, y por ello es constitutiva. Consiguientemente no produce efectos retroactivos, sino para el futuro (acción de revocación de la adopción simple, acción de divorcio vincular prevista por el artículo 31, ley 14.394, etc.).

c) Por su relación con el *título de estado*, las acciones se clasifican en acciones de emplazamiento y acciones de desplazamiento del estado de familia.

Acciones de emplazamiento son las que tienen por objeto emplazar a una persona en un estado de familia determinado, de manera que la sentencia es el título de estado. Son acciones de emplazamiento las acciones declarativas de reclamación de estado, y también las acciones constitutivas, en general, pues algunas, como la de revocación de la adopción simple, son de desplazamiento.

Acciones de desplazamiento son las acciones que tienden a destruir el título de estado existente. Tales son las acciones declarativas de contestación o impugnación del estado.

33. Extinción: Caducidad y prescripción.

Ya hemos expuesto someramente la cuestión de la prescripción de las acciones de estado y nuestra opinión coincidente con la de los autores que sostienen la imprescriptibilidad de todas las acciones referente al estado de familia (Nº 31-C), dejando a salvo que algunas están sujetas a extinción por vía de caducidad.

La caducidad, enseña Llambías, es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante un plazo prefijado por la ley o por la voluntad de los particulares. En materia de acciones de estado, los plazos están fijados exclusivamente por la ley. La caducidad provoca la extinción de la acción de estado y la de los derechos que la acción tendía a hacer valer, produciéndose esa extinción de pleno derecho, por el solo transcurso del plazo o por el acaecimiento de ciertos hechos. En consecuencia, la acción que ha caducado debe ser rechazada de oficio por los jueces, aun cuando el demandado no lo solicite. Así lo impone el carácter de orden público de las normas que regulan la materia (Borda, Belluscio).

La caducidad de la acción de estado produce como consecuencia la consolidación de ciertas situaciones familiares, que hubieran podido ser modificadas o destruidas por esa acción. Por ejemplo, si el marido cohabita con su esposa durante tres días después de haber conocido el dolo de que fue víctima, la acción de nulidad ma-

trimonial caduca (art. 85, inc. 3º, LMC), y el matrimonio queda consolidado. Y esta caducidad la ha establecido el legislador precisamente porque está interesado en amparar el matrimonio. Por lo tanto, cuando la acción de estado no está sujeta expresamente a caducidad, es porque el legislador ha considerado que no existe interés social en proteger la situación familiar en cuestión, y por ello permite que la acción se deduzca en cualquier momento. Ante el silencio de la ley, pareciera atinado entonces no aplicar a la acción de estado los términos de prescripción previstos para otras situaciones distintas (arts. 4023 y 4030, CC).

Los supuestos de caducidad de las sanciones de estado son los siguientes:

a) *Relativos a la acción de nulidad del matrimonio*: la acción de nulidad del matrimonio caduca, en principio, por la muerte de uno de los cónyuges, y en caso de bigamia, cuando a la muerte de uno de los contrayentes del matrimonio viciado, se suma la muerte del cónyuge del primer matrimonio del bigamo (art. 86, LMC). Sin embargo, de acuerdo al párrafo 3º de dicha norma, agregado por la ley 17.711, en los casos de nulidad absoluta, la acción puede igualmente ser entablada por el ascendiente o descendiente que tenga algún interés concreto que proteger mediante esta acción.

La acción de nulidad por falta de edad legal caduca por continuar la cohabitación, después de alcanzar la edad legal el cónyuge o los cónyuges menores, o por haber concebido la esposa (art. 14, ley 14.394).

En el caso de nulidad por locura, la caducidad se produce para el loco, por continuar la vida marital después de recobrada la razón, y para el sano, por hacerlo después de conocida la locura (art. 85, inc. 2º, párrafo 3º, LMC).

Tratándose de vicios del consentimiento, la acción caduca para el marido si continúa cohabitando durante tres días después de haber conocido el error o el dolo o de cesada la violencia, y para la mujer, si cohabita durante 30 días (art. 85, inc. 3º, 2º párrafo, LMC).

Para el caso de impotencia, la ley no establece plazo de caducidad.

b) *Acción de divorcio*: caduca con la muerte de uno de los cónyuges, aunque ya haya sido promovida. El principio deriva del objeto de la acción, que es únicamente la separación personal de los cónyuges (art. 64 LMC). Tal es la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia (Bidart Campos, Díaz de Guijarro, Belluscio. En contra: Lafaille, Colombo, Fassi).

c) *Acciones de estado filial*: la acción de desconocimiento de la paternidad caduca para el marido a los 60 días o dos meses desde que tuvo conocimiento del parto (arts. 254 y 4042). En cuanto a los diferentes plazos dados por uno y otro artículo, la doctrina predominante entiende que debe computarse el plazo más largo. Para los herederos del marido, la caducidad se produce a los dos meses de haber entrado el hijo en posesión de los bienes de aquél (art. 258 y 4043), entendiéndose que se trata de la posesión física (Bidau, Belluscio).

La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, si no hay posesión de estado, caduca con el fallecimiento del presunto padre o de la presunta madre (art. 325, 2º párr., CC.).

Acción de impugnación del reconocimiento: la acción del hijo reconocido contra el reconocimiento hecho por quien se dice su padre, se prescribe a los dos años desde que el hijo llega a la mayoría de edad (art. 4029). El Código habla de prescripción, pero la doctrina entiende que es un plazo de caducidad (Díaz de Guijarro, Belluscio).

d) *Acciones de estado adoptivo*: La acción de revocación de la adopción simple caduca por fallecimiento de los interesados.

La acción de nulidad relativa por falta de edad mínima del adoptante caduca por llegar éste a la edad legal; y la fundada en vicios del consentimiento, por renovarlo aquel cuyo consentimiento estaba viciado o por fallecer sin haber ejercido la acción.

84. Características del proceso de estado.

La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado y la circunstancia de que el interés social esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos a que dan lugar tengan características especiales, que son las siguientes:

1º) *Trámite*: los procesos de estado de familia se tramitan por el procedimiento ordinario. Así lo disponen el Código de Procedimiento de la Nación (art. 319) y los códigos provinciales que lo han adoptado. Excepcionalmente, respecto a la acción de reclamación de estado matrimonial cuando es promovida de común acuerdo por ambos contrayentes o sus sucesores, la práctica judicial ha impuesto el trámite de la simple información sumaria (en contra: Díaz de Guijarro). Y con el juicio de adopción también se atenúan los formalismos del trámite ordinario, salvo que hubiese controversia con los padres del adoptado. Hay provincias que han establecido el trámite oral para los procesos de familia (Buenos Aires, ley 7861; y Santa Fe, ley 5531, arts. 548 y sgtes.).

2º) *Limitaciones al principio dispositivo*: este principio significa que el impulso procesal, iniciativa, la tienen las partes, pudiendo el actor desistir de su derecho, el demandado allanarse, y ambas partes transar. En materia de acciones de estado, el desistimiento del derecho implica una renuncia a la acción de estado, por lo tanto será inválido, si se trata de una acción irrenunciable. En cuanto al allanamiento, en principio es inadmisibile y carece de efectos. Estando comprometido el orden público, también resulta irrelevante la falta de contestación de la demanda, por lo cual no exime al actor de probar los hechos en que la funda (art. 307, C. Pr. de la Nación; art. 230, C. Pr. Sta. Fe). Sin embargo, hay excepciones a estos principios. En la acción de filiación extramatrimonial el allanamiento del demandado implica el reconocimiento perseguido por el actor; y en la revocación de la adopción simple el allanamiento importa el acuerdo de partes autorizado por la ley de adopción (art. 28, inc. a). En cuanto a la transacción, remitimos a lo ya expuesto en el nº 25-b. Por último, las cuestiones de estado no pueden ser remitidas al juicio de árbitros pues está comprometido el orden público.

3º) *Intervención del Ministerio Público*: puesto que las acciones de estado se vinculan con el interés social, las leyes procesales le confieren intervención al ministerio público fiscal. No obstante, no tiene intervención en el juicio de adopción, puesto que aquí es

parte necesaria el ministerio de menores, representante también del interés público; y en el juicio de divorcio por presentación conjunta.

4º) *Partes*: Finalmente, toda acción de estado de familia debe ventilarse con la intervención de todas las partes a quienes afecte el vínculo en cuestión, con el objeto de que ninguna de ellas pueda sustraerse a los efectos de la sentencia (Mazzinghi).

35. La cosa juzgada en las acciones de estado. Teorías.

Un antiguo debate se plantea respecto de los efectos de las sentencias dictadas en las acciones de estado. Se discute si sólo hacen cosa juzgada en relación a las partes intervinientes en el proceso, como es el principio general de relatividad de la cosa juzgada en materia civil, o si producen efectos absolutos, erga omnes, que alcanzan también a los terceros que no fueron parte en el juicio.

Las diversas doctrinas enfrentadas son las siguientes:

1º) *Teoría de los efectos absolutos de la cosa juzgada*: esta doctrina presenta dos variantes:

a) *Teoría del legítimo contradictor*: es la más antigua en esta cuestión y reconoce su origen en la enseñanza de los glosadores de la Edad Media, aunque quien esboza su construcción completa es el jurista francés Bertrand D'Argentré en el siglo XVI. Sostiene este autor que la cosa juzgada en materia de estado de familia produce efectos erga omnes siempre que se reúnan los siguientes requisitos: 1º) Que la sentencia haya sido dictada contra un "legítimo contradictor", o sea contra la persona que tiene el más próximo y principal interés. Por ejemplo, el padre o la madre en la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial. 2º) Que la cuestión de estado haya sido el objeto principal del pleito. 3º) Que no haya mediado fraude o colusión entre las partes y haya intervenido el Ministerio Público. Esta doctrina fue seguida en Francia por algunos comentaristas del Código de Napoleón (Toullier, Marcadé, Bonnier, Proudhon, Duranton), en Italia, por Chironi, Stolfi, Messineo, etc., y fue acogida por el Código Civil holandés y el chileno.

b) *Teoría de la indivisibilidad del estado*: llamada así porque fundamenta los efectos absolutos de la cosa juzgada en el principio de la indivisibilidad del estado de familia, en el sentido de que el estado es único frente a todos. No es admisible, por ejemplo, que una demanda de impugnación de la filiación sea rechazada, y posteriormente otro interesado plantee nuevamente la cuestión y esta vez prospere, con lo cual resulta que el demandado no es hijo de aquel padre, como lo había declarado la sentencia anterior, y tendría así dos padres. La doctrina fue enunciada en Francia por Bonnecase. En nuestro país ha sido aceptada por Bibolini, Jofré, Díaz de Guijarro, Llambías y Crespi. Estos dos últimos autores entienden que se deben reunir ciertos requisitos para que se produzcan los efectos erga omnes: citación al juicio de todos los que puedan tener interés en contradecir al accionante e intervención del Ministerio Público, a los que Crespi agrega que la cuestión de estado sea el objeto principal del pleito, que el trámite sea contradictorio y que no exista fraude de las partes.

2º) *Teoría de los efectos relativos*: parte del principio básico de la relatividad de la cosa juzgada, que aplica a las sentencias que versan sobre el estado de familia, puesto que éstas no son distintas de las que se pronuncian sobre derechos patrimoniales. Además, con el efecto relativo de la cosa juzgada se evita el riesgo de una eventual colisión entre las partes para preconstituir un título de estado que sería inatacable y oponible a todos, pues un tercero extraño al pleito podría nuevamente plantear la cuestión. La teoría, que admite numerosas excepciones a su principio general de relatividad, fue expuesta primero por Merlin, y seguida por Demolambe, Aubry y Rau, Laurent, Jossierand, Planiol, Mazeaud, Ripert, etc., y se considera que es la doctrina consagrada por la jurisprudencia francesa a partir de 1925. En nuestro país la sigue Molinario, según la referencia de Crespi.

3º) *Teorías intermedias*. Se destacan principalmente las siguientes:

a) *Teoría de la autoridad absoluta provisoria*: es la más moderna y distingue entre la sentencia y el título de estado que ella comporta, de acuerdo a tres supuestos diferentes:

En primer lugar, si la sentencia rechaza la demanda no confiere ningún título nuevo, sino se limita a mantener el statu quo anterior, pudiendo por lo tanto otros titulares de la acción, que no fueron parte en el juicio, intentarla nuevamente.

En segundo término, si la sentencia emplaza en el estado de familia, ella, en cuanto tal, produce los efectos de la cosa juzgada sólo entre las partes del pleito; como título de estado, en cambio, es oponible erga omnes, pero como tal puede ser impugnada por los terceros que no intervinieron en el juicio, como ocurre con cualquier otro título de estado (actas del Registro Civil, etc.).

Y por último, si la sentencia destruye un título de estado (el del matrimonio, anulándolo, por ejemplo) opera entonces en plenitud el principio de indivisibilidad del estado, y la sentencia producirá efectos erga omnes, pues no es posible que ese título se pierda frente a los que intervinieron en el juicio, y a la vez continúe valiendo para quienes no fueron parte de él.

Tal es la doctrina que originariamente expusieron Colin, Capitant y Julliot de la Morandiere, y la siguen Marty y Raynaud, Cicu, etc., siendo la que ha tenido mayor predicamento entre nuestros autores (Rébora, Busso, Fassi, Mazzinghi, Zannoni y Belluscio, debiéndose a este último el mayor desarrollo de la teoría).

Compartimos esta doctrina porque, como señala Mazzinghi, concilia dos principios fundamentales: el de que la sentencia sólo produce efectos entre las partes, y el de que el título de estado, por ser indivisible, produce efectos universales, pero no amparados por la autoridad de la cosa juzgada.

b) *Teoría circunstancial*: fue enunciada primeramente por Des Loynes, y luego por Cheneaux y Baudry Lacantinerie. Sostienen estos autores que es imposible determinar de una manera general que la autoridad de las sentencias recaídas sobre cuestiones de estado sea absoluta o relativa. La solución depende de la naturaleza de cada cuestión planteada. Borda comparte esta opinión, sosteniendo que el problema debe resolverse con un criterio eminentemente circunstancial, alejado de toda teoría a priori, debido a la múltiple y compleja naturaleza de las acciones de estado, como

también a los diversos y a veces contradictorios intereses individuales y sociales en juego.

36. La jurisprudencia nacional y los proyectos de reforma.

La jurisprudencia de nuestros tribunales no ha logrado una orientación uniforme acerca de este problema. Algunos fallos aceptaron la teoría de los efectos relativos, un fallo hizo la distinción entre la sentencia y el título, y otros más recientes acogen la doctrina de los efectos absolutos, y pareciera ser ésta la tendencia que tiende a prevalecer (Borda, Crespi).

El Anteproyecto Bibiloni estableció la autoridad absoluta de la sentencia que declara la nulidad o inexistencia del matrimonio, como así también de las relativas a la filiación legítima o ilegítima. Igual sistema adoptó el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954, salvo este último para la filiación ilegítima, respecto de la cual no trae norma específica alguna.

37. Derechos subjetivos familiares.

De acuerdo a la doctrina moderna, el derecho subjetivo en general es un poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico como medio de protección de sus intereses (Enneccerus-Nipperdey, Messineo, Puig Brutau, Spota, Guastavino, Méndez Costa, Vidal Taquini).

Sus elementos constitutivos son: un *interés*, consistente en la exigencia de que sea satisfecha una necesidad humana, y un *poder*, atribuido y garantizado por el ordenamiento jurídico al sujeto, a fin de que se valga de él para satisfacer un interés. Este poder jurídico es un conjunto de facultades que implican para el sujeto posibilidades de actuar, de disponer, de reclamar (Messineo, Puig Brutau).

El interés puede recaer sobre un objeto o bien determinado, material o inmaterial, que constituye el *contenido* del derecho subjetivo. Y la diversidad de su contenido determina la existencia de distintos tipos o clases de derechos subjetivos, entre los que encontramos a los derechos subjetivos familiares (Larenz, Puig Bru-

tau). Constituyen una especie dentro del género "derecho subjetivo", y participan de su misma naturaleza, aunque con caracteres propios. Se diferencian de los derechos de la personalidad, en cuanto éstos se refieren a la persona en sí misma, y los derechos familiares a la relación jurídico - personal con otra persona (Larenz).

Se pueden definir como los poderes atribuidos a las personas por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de sus intereses familiares.

El interés propio del derecho subjetivo familiar, es, entonces, el interés del individuo en realizarse como persona a través del matrimonio, la paternidad y el parentesco (Méndez Costa).

El poder jurídico está constituido por un haz de facultades para actuar y realizar la satisfacción de ese interés.

Los derechos subjetivos familiares nacen con el estado de familia, por lo tanto son de adquisición originaria (Guastavino, Méndez Costa). No comparte esta afirmación Vidal Taquini, quien sostiene que los derechos subjetivos no surgen del estado de familia, sino del hecho jurídico familiar, como por ejemplo el hecho biológico de la filiación. Disentimos de esta opinión. Los derechos subjetivos la ley los atribuye a la persona que ya está emplazada en un estado de familia y precisamente en razón de esa posición que ocupa en el grupo. Si no goza de ese emplazamiento, el individuo será titular de un derecho subjetivo personal que responde a un interés propio, como el derecho a reclamar la filiación, pero mientras el vínculo familiar no esté judicialmente reconocido y el accionante emplazado en el estado de familia, no surgen los derechos subjetivos familiares correspondientes a ese estado.

Son derechos relativos a una relación duradera de vida con otra persona, y se atribuyen generalmente al titular en razón de los deberes morales impuestos al mismo hacia esa otra persona, en virtud del vínculo familiar legalmente establecido entre ellas. La atribución del derecho está en función del cumplimiento de un deber, de ahí que su ejercicio sea funcional, porque el derecho es un medio para el cumplimiento de funciones o deberes hacia otras personas. Por eso se dice que tienen un carácter ético y un fin altruista, llamándoselos "derechos - deberes". Tales, por ejemplo,

los derechos de la patria potestad, de la tutela, y los de los cónyuges a la comunidad de vida (Enneccerus - Nipperdey, Spota, Puig Brutau, Méndez Costa, etc.).

Como consecuencia de la correlatividad del estado de familia, los derechos subjetivos son recíprocos: cada titular lo es de un derecho y un deber hacia otro sujeto que a su vez también es titular de un derecho y un deber correlativos. Tal situación se observa con claridad, por ejemplo, en los derechos conyugales y en el derecho alimentario.

La inherencia personal del estado de familia determina que los derechos subjetivos que emergen de él tengan también la misma característica, y por lo tanto sean *intransmisibles*, ya sea por acto entre vivos o mortis causa. Los artículos 498 y 3417 establecen de un modo general la intransmisibilidad de los derechos inherentes a la persona, y el artículo 374 lo hace con respecto al derecho alimentario, como también de los artículos 262, 845, 872 y 953 surge que no pueden ser objeto de renuncia, transacción u otro acto de disposición.

En razón de su intransmisibilidad, los derechos subjetivos familiares se extinguen generalmente con la muerte de su titular.

IV. ACTO JURIDICO FAMILIAR

38. Concepto.

Partiendo del concepto de acto jurídico que brinda el artículo 944 del Código Civil, los autores definen al acto jurídico familiar como el acto voluntario lícito que tiene por finalidad crear, modificar, ejercer, conservar o extinguir relaciones jurídicas familiares (Lafaille, Guastavino, Belluscio, Zannoni).

39. Naturaleza.

El acto jurídico familiar no constituye una categoría diferente del acto jurídico en general, sino una especie de este género. La noción de negocio jurídico, dice Von Thur, es igual en todas las partes del derecho privado. Así, hay negocios jurídicos del derecho

patrimonial, del derecho hereditario y del derecho de familia (en la terminología alemana, italiana y española, la noción de negocio jurídico equivale a nuestro acto jurídico). Y agrega Díaz de Guijarro que siendo el derecho de familia parte integrante del derecho civil, la teoría general de los actos jurídicos comprende, en consecuencia, al acto jurídico familiar, y es aplicable a éste a falta de reglas específicas. La diferencia a que da lugar el contenido propio de estos actos, no impide que pertenezcan al mismo género, respondan a la misma estructura y estén sometidos al mismo régimen legal (Mazzinghi, Belluscio, Zannoni).

Quien mencionó por primera vez en nuestro país a los actos jurídicos familiares y expuso su concepto y características generales, fue Lafaille, aunque el mayor desarrollo sistemático de la teoría se debe a los numerosos y excelentes trabajos de Díaz de Guijarro.

40. Clasificación.

Los actos jurídicos familiares pueden clasificarse según diversos criterios:

A) *Personales o patrimoniales*: según sea económico o no su contenido. Son personales: el convenio sobre guarda de los hijos; el reconocimiento de hijo extramatrimonial; etcétera. Son patrimoniales: la constitución del bien de familia; los convenios de liquidación y partición de la sociedad conyugal; los convenios sobre alimentos, etcétera.

B) *Unilaterales o bilaterales*: de acuerdo al criterio general de clasificación de los actos jurídicos (art. 946, CC), según que para su formación se requiera la voluntad de una persona o la concorde de dos o más. Son actos unilaterales el reconocimiento de hijo extramatrimonial, la emancipación por habilitación de edad, etcétera, y bilaterales: el matrimonio, las convenciones matrimoniales, convenios sobre alimentos, etcétera. Incluimos también como acto jurídico familiar bilateral a la reconciliación (conf.: Díaz de Guijarro), pues se trata de un acto que tiene por finalidad el restablecimiento pleno de la comunidad de vida entre los cónyuges, y cuyos efectos jurídicos están prefijados en la ley (art. 71, LMC), como ocurre

con los demás actos jurídicos familiares (en contra Belluscio, para quien se trata de un simple acto lícito real).

C) *Solemnes y no solemnes*: según que las formalidades exigidas por la ley sean condición de existencia del acto, o sólo un requisito de prueba del mismo. El matrimonio es solemne (art. 14, LMC), y no lo es el reconocimiento.

D) *Declarativos y constitutivos*: cuando crean un nuevo estado de familia, son constitutivos, como el matrimonio o la adopción. Cuando se limitan a reconocer un estado de familia preexistente en los hechos es declarativo (reconocimiento de hijo extramatrimonial). En el primer caso producen efectos para el futuro; en el segundo, se retrotraen al momento inicial de la relación familiar reconocida.

41. Elementos.

Los elementos esenciales de todo acto jurídico son el sujeto, el objeto y la forma. En el ámbito del derecho de familia presentan características singulares que permiten fundamentar la especialidad de esta categoría de negocios jurídicos, sin que por ello quede excluida del concepto genérico de acto jurídico (Guastavino). Tales características son las siguientes:

A) *Respecto del sujeto*: cabe mencionar primeramente a la *capacidad* para el otorgamiento de actos jurídicos familiares, que se aparta en varios casos de las reglas generales del Código Civil sobre la capacidad de obrar. Así, el matrimonio no sólo puede ser celebrado por incapaces relativos (los varones de más de 16 años, y las mujeres de más de 14, art. 14, ley 14.394), sino inclusive por personas a las que el artículo 54 del Código Civil las considera incapaces absolutos, como la mujer menor de 14 años que ha concebido o ha sido víctima de un delito contra la honestidad (art. 14, ley 14.394). Y el reconocimiento de hijo puede ser hecho por menores adultos, o sea, incapaces relativos (arts. 55 y 286, CC).

En segundo término, la *representación* en los actos jurídicos familiares tiene una fisonomía propia. Si bien está prevista la actuación de mandatarios para ciertos actos jurídicos familiares (el

matrimonio, art. 15, LMC —ver incidencia de la Convención de Nueva York de 1962, Cap. IV—, y el reconocimiento de hijo, art. 1881, inc. 6º, CC), lo exacto, se señala, es que se trata de supuestos de *representación impropia*, en los cuales la voluntad del representado ya está plenamente formada y el representante sólo se limita a transmitirla; no contribuye a formarla. Sólo cabe en esta clase de representación, por lo tanto, la figura del portador de la voluntad o nuncio, quedando excluida la representación propia, que involucra la sustitución de la voluntad de una persona por otra (Guastavino, Díez - Picazo y Ponce de León). Y ello es debido, explica Díaz de Guijarro, al carácter personalísimo de la voluntad humana en el acto jurídico familiar, en virtud del cual no se concibe que actúe con poder decisorio otra voluntad distinta de quien crea el acto.

Y, por último, en cuanto a la *voluntad del sujeto*, no hay peculiaridades especiales en nuestro derecho relativas a la teoría de los vicios de la voluntad en los actos jurídicos familiares. Sólo se advierte que el error invalidatorio del matrimonio se restringe a los casos en que recae sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil del contrayente (art. 16, LMC).

B) *Respecto del objeto*: esta cuestión se relaciona con los alcances de la autonomía de la voluntad en los actos jurídicos familiares. El contenido y los efectos del acto están preestablecidos en la ley, siendo impotente la voluntad privada para modificarlos. La eficacia de la voluntad, como característica esencial del derecho de familia, está limitada entonces al momento impulsor e inicial de la relación jurídica, fundamentalmente en los actos constitutivos de estado (Lafaille, Díaz de Guijarro, Guastavino, Belluscio).

C) *Respecto de la forma*: en los actos jurídicos familiares se acentúa el formalismo en razón de la trascendencia que los mismos tienen para la sociedad, a tal punto que se habla de un principio de solemnidad frente al de libertad de formas que rige en el resto del derecho privado. Las formalidades se complementan con un sistema de publicidad especializado, como son los Registros Civiles, en donde se han de inscribir todos los actos y hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado de las personas (art. 1º, decreto-ley 8204/63; Guastavino, Díez Picazo y Ponce de León, Belluscio).

42. Modalidades de los actos jurídicos familiares.

Se sostiene como principio general que los actos jurídicos familiares no pueden estar sometidos a modalidades —condición, plazo y cargo— (Rezzónico, Guastavino, Mazzinghi).

Así lo establece expresamente la ley de matrimonio civil en su artículo 44, respecto del matrimonio: la declaración de los contrayentes de que se toman respectivamente por esposos no puede someterse a término o condición alguna.

El reconocimiento de hijo extramatrimonial tampoco puede someterse a modalidades que alteren sus consecuencias legales (art. 2º, ley 14.367).

Y, en general, los actos de emplazamiento en el estado de familia no pueden estar sujetos a modalidades que supongan una incertidumbre para el estado civil (Diez Picazo y Ponce de León).

Pero existen en nuestro derecho positivo numerosas excepciones al principio que dejamos expuesto. Así, por ejemplo, el nombramiento de tutor puede estar sometido a cualquier condición no prohibida (art. 384, CC), prohibiendo el artículo 385 las cláusulas que eximan al tutor de hacer inventario de los bienes del menor o rendir cuentas.

Las donaciones nupciales se hacen bajo la condición implícita de que el matrimonio se celebre (arts. 1238, 1240 y 1248, CC).

Capítulo II
E L M A T R I M O N I O
por FRANCISCO A. M. FERRER

I. NOCIONES GENERALES	
1. Importancia	81
2. Concepto	81
3. Etimología	82
4. Fines	83
5. El triple aspecto del matrimonio	83
6. Doble acepción de la palabra matrimonio	85
7. Caracteres	85
8. Naturaleza jurídica	86
9. El principio del <i>favor matrimonii</i>	90
10. Crisis y valor actual del matrimonio	90
II. LA POTESTAD LEGISLATIVA Y JURISDICCIONAL SOBRE EL MATRIMONIO CIVIL. MATRIMONIO CIVIL Y MATRIMONIO RELIGIOSO	
11. La cuestión	93
12. Evolución histórica	93
13. Importancia del derecho canónico	95
14. Sistemas matrimoniales	96
15. Antecedentes patrios	97
16. Incompatibilidad del derecho matrimonial patrio con la Constitución Nacional	99
17. Nicasio Oroño	100
18. La ley santafesina de matrimonio civil	101
19. El Código Civil de 1869	103
20. La ley 2393 de matrimonio civil	103
21. Críticas a la ley de matrimonio civil. La verdadera solución	104
III. EL CONCUBINATO	
A) <i>Nociones generales</i>	
22. Concepto	106
23. Caracteres	106
24. Reseña histórica	107
25. El concubinato en la Argentina. Causas	108
26. Valoración	109
27. Derecho comparado	109

B) <i>El concubinato en la legislación</i>	
28. Legislación civil	110
29. Legislación penal	112
30. Legislación laboral	114
31. Legislación previsional	115
C) <i>El concubinato en la jurisprudencia</i>	
32. Función de la jurisprudencia	118
a) <i>Relaciones de los concubinos entre sí</i>	
33. Alimentos entre concubinos	119
34. Gastos de última enfermedad y entierro	120
35. Donaciones	121
36. Sociedad de hecho	123
37. Locación de servicios	124
38. El derecho a pensión de la concubina	125
b) <i>Relaciones de los concubinos con terceros</i>	
39. Indemnización por muerte del concubino o concubina	128
40. Responsabilidad frente a terceros	129
IV. LOS ESPONSALES	
41. Concepto	130
42. Naturaleza jurídica	130
43. Referencia histórica	131
44. La norma del Código Civil y su fuente	133
45. La existencia de una obligación natural	133
46. Derecho comparado	134
47. Opinión de la doctrina nacional	135
48. La jurisprudencia de los tribunales y la reparación de los perjuicios	136
49. Restitución de bienes entregados por causa de matrimonio si éste no se celebra	137
50. Proyectos de reforma	142
V. EL CORRETAJE MATRIMONIAL	
51. Concepto. Corretaje en sentido propio y simple mediación	143
52. Antecedentes históricos	143
53. Derecho comparado	143
54. Derecho argentino. Doctrina. Jurisprudencia	144

FRANCISCO A. M. FERRER

Capítulo II

EL MATRIMONIO

I. NOCIONES GENERALES

1. Importancia.

El matrimonio reviste decisiva trascendencia para el individuo y para la sociedad.

Para el *individuo* es el más importante de todos los vínculos que el hombre puede formar, el que ejerce más influencia sobre su destino (Duranton). De él depende su felicidad o su desgracia, pues en el matrimonio entran en juego los fines existenciales del hombre que tocan lo más íntimo de su corazón.

Para la *sociedad* la importancia del matrimonio reside en que es la base fundamental de la familia y el modo normal de constitución de la misma, y a la vez fundamento de la convivencia civil, pues sin el matrimonio no es concebible una organización duradera de la sociedad (De Ruggiero, Castán Tobeñas). La experiencia ha demostrado, observa Jossierand, que donde la mujer encuentra más seguridad y moralidad, donde el hijo nace, crece y se educa en las mejores condiciones, es en el cuadro de la familia legítima, y, por lo tanto, en el del matrimonio; el matrimonio constituye para el hijo la fuente más pura, el abrigo más seguro.

2. Concepto.

La ley no define al matrimonio y los autores ponen de manifiesto la dificultad de elaborar un concepto técnico, en primer lugar, porque es necesario hacer abstracción de todos los aspectos religiosos y morales del matrimonio que no tienen consecuencia alguna en derecho; y, en segundo término, por la diversidad de caracteres y elementos con que aparece en la evolución histórica y

en el actual derecho comparado. Por ello, algunos concluyen que el problema de la definición jurídica del matrimonio sólo es susceptible de resolverse en el ámbito de un determinado derecho positivo (Jemolo), aunque se considera que este esfuerzo también sería un tanto vano (Belluscio).

En virtud de tales dificultades, algunos autores proponen una definición estrictamente jurídica que sólo contenga los elementos fisonómicos mínimos y esenciales del matrimonio. Lo definen así como el acto por el cual un hombre y una mujer se unen para constituir una familia legítima (Manenti, Barassi, Gangi, De Page, Marty y Raynaud). Entre nuestros autores, la definición de Busso se ajusta a esta técnica: es la unión solemne de un hombre y una mujer tendiente a constituir una plena comunidad de vida reglada por el derecho.

Es común mencionar las definiciones de los juristas romanos que ponían de relieve los valores éticos y espirituales del matrimonio. Para ellos las nupcias eran la unión de un hombre y una mujer en un consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano (Modestino).

3. Etimología.

Es opinión corriente derivar la palabra castellana matrimonio, por conducto de la latina *matrimonium*, de las voces *matris* y *munium*, que significan carga u oficio de la madre, a causa de su función primordial en la generación y educación de los hijos. Tal es la explicación que encontramos en las Decretales de Gregorio IX, y que luego recogen las leyes de Partida (Partida IV, título 2, ley 2ª).

Sin embargo, Castán Tobeñas señala que este origen es poco seguro, porque en casi todas las lenguas románicas existen sustantivos para designar la unión conyugal derivados del *maritare* latino, forma verbal de *maritus*, marido. Así, en castellano antiguo, *maridaje*; en catalán *maridatge*; en italiano, *maritaggio*; en francés, *marriage*; en inglés, *marriage*.

Hay también abundantes sinónimos de la palabra matrimonio, con significación de convivencia. Entre otros: consorcio, conqwesto

de *cum* y *sors*, consortium, que significa suerte común; casamiento, derivado de casa, hogar, los cuales son expresivos de la comunidad de vida que el matrimonio implica.

4. Fines.

Múltiples y variadas son las teorías propuestas para señalar los fines del matrimonio. Algunas responden a una concepción biológica o social del matrimonio, y sostienen que su finalidad específica es la reproducción de la especie o procreación. Otras, se basan en una concepción individualista y rechazan la generación como fin necesario del matrimonio, haciéndolo consistir esencialmente en el amor, en el mutuo auxilio entre los cónyuges o en la comunidad de vida. Por último, hay teorías compuestas, que reconocen varios fines al matrimonio. Aristóteles expuso en este sentido la doctrina clásica que a través de Santo Tomás llegó a nuestros tiempos, según la cual el matrimonio tiene por finalidad la procreación y educación de los hijos, la comunidad de vida y el auxilio mutuo. Tal doctrina es aceptada por la generalidad de los autores y creencias religiosas, existiendo diferencias sólo en lo que respecta a la importancia y jerarquía de los mencionados objetivos (Castán Tobeñas, Velasco Letelier).

El Código Canónico consagra normativamente esta última doctrina disponiendo en el canon 1013 que la procreación y educación de los hijos es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario. El magisterio moderno de la Iglesia reafirma la procreación como fin esencial, aunque no único, de la institución matrimonial, precisando que el matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y educación de la prole (*Constitución Caudium et Spes*, ns. 48 y 50).

5. El triple aspecto del matrimonio.

En la idea de matrimonio se distinguen tres aspectos: el natural, el religioso y el civil. Ya los señaló Santo Tomás en el siglo XIII, y los destacan los autores modernos (Prayones, Lafaille, Sanchez Román, Castán Tobeñas, Giménez Fernández).

a) Es *institución natural* en cuanto está fundado en la naturaleza humana que exige la unión de un hombre y una mujer para la conservación del género humano, y por ello es universal. Ha surgido en todas las épocas, interviniendo siempre el poder público y la religión para someterlo a su disciplina, regularlo e imprimirle solemnidad.

b) El *carácter religioso* del matrimonio deriva de su propia y trascendental función para la sociedad: la propagación de la especie. Como esa función excede el interés individual de los cónyuges y los hace participar de la fuerza creadora de la naturaleza, la mayoría de los pueblos ha atribuido al matrimonio un carácter sagrado, y su relación con la religión se pone esencialmente de manifiesto en los ritos para su celebración.

La Iglesia Católica afirma la naturaleza religiosa del matrimonio, el cual tiene el carácter de un sacramento instituido por Jesucristo. Así lo proclamó dogmáticamente el Concilio de Trento (1563), lo reitera el Código Canónico (canon 1012) y lo señala más recientemente el Concilio Vaticano II (*Constitución Gaudium et Spes*, nros. 48 y 49).

Si bien para el derecho positivo de muchos países ha dejado de ser un acto religioso, como ocurrió en el nuestro, lo exacto es que la mayoría de las personas sólo se consideran casadas con la ceremonia religiosa. Y esas parejas que yuxtaponen la ceremonia religiosa a la celebración civil de su unión, cuyo porcentaje respecto a las que se casan sólo civilmente continúa siendo ampliamente mayoritario, lo hacen porque generalmente atribuyen al matrimonio una significación que de algún modo trasciende lo humano. Y ese sentimiento responde sin duda a la naturaleza religiosa del matrimonio (Ripert-Boulanger; Carbonnier).

c) Por último, para nuestra disciplina es fundamental el *carácter civil o jurídico* del matrimonio. Siendo la base necesaria de la familia y a la vez condición primaria de la sociedad civil, no podía quedar al margen de la legislación estatal. El Estado le presta su autoridad para constituirlo, establece sus efectos y regula sus condiciones de existencia, cuyo régimen es inmodificable por los cónyuges.

6. Doble acepción de la palabra matrimonio.

La generalidad de la doctrina moderna destaca que la palabra "matrimonio" tiene dos acepciones que designan dos realidades distintas, lo cual contribuye a clarificar la cuestión de su naturaleza jurídica, pues se precisa que la misma palabra alude tanto al *acto de celebración*, constitutivo de la unión conyugal, como al *estado matrimonial* que deriva de aquel acto (Lafaille, Lagomarsino, Belluscio, Zannoni, Planiol, Ripert-Boulanger, Planiol y Ripert, Mazcaud, Marty y Raynaud, Puig Brutau, Castán Tobeñas, etcétera).

Esta distinción tiene su origen en el derecho canónico, el cual distingue entre el matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*. El primero es el acto inicial o negocio jurídico por el cual queda constituido el matrimonio (canon 1081, ap. 1^o); y el segundo es el estado o vínculo conyugal que surge de aquel acto (canon 1028, ap. 1^o) (Bernárdez Cantón, Montero y Gutiérrez).

7. Caracteres.

Sus características esenciales en los países regidos por los valores culturales de Occidente, son los siguientes:

a) *Unidad*: está dada por la comunidad de vida a que están sometidos los esposos y que implica una serie de derechos y deberes recíprocos (Lafaille, Borda, Belluscio).

b) *Exclusividad*: significa la unión de un solo hombre con una sola mujer, es decir el régimen monogámico, que excluye el comercio sexual de los esposos con otra persona que no sea su cónyuge. Queda proscrita toda forma de poligamia, sea la poliginia (unión de un hombre con varias mujeres) que perdura en los países musulmanes; la poliandria (unión de una mujer con varios hombres), o bien el matrimonio de grupo, en el que varios hombres y varias mujeres se hallan en relaciones matrimoniales recíprocas, y que en una época se practicó en las islas Marquesas (Polinesia).

c) *Estabilidad*: o también permanencia, pues los contrayentes cuando se casan lo hacen con la intención de que la unión perdure toda la vida. Este carácter se presenta aun en aquellos países que

admiten el divorcio vincular por mutuo consentimiento, porque siempre existe el sentido de la permanencia de la unión, y porque ésta, en definitiva, sólo puede disolverse en los casos y en la forma que determina la ley.

d) *Solemnidad*: el matrimonio es un acto formal solemne; está sujeto a ciertas formas que son condición de su existencia. Cabe destacar no obstante que existen países que admiten el matrimonio meramente consensual (algunos estados de Estados Unidos; Escocia, etc.).

e) *Legalidad*: significa que los derechos y deberes de los cónyuges están impuestos por la ley, constituyendo un estatuto legal forzoso que los cónyuges no pueden modificar.

8. Naturaleza jurídica.

Arduos debates ha ocasionado la cuestión de la naturaleza jurídica del matrimonio, habiéndose elaborado diversas teorías, las cuales son las siguientes:

A) *Doctrina contractual canónica*: durante varios siglos predominó esta teoría de indiscutible origen romanista. Aunque la naturaleza jurídica del matrimonio no aparece muy claramente expuesta en los textos romanos, de ellos la dedujeron los glosadores, quienes por fundarse el matrimonio en el consentimiento de los contrayentes, lo concibieron como uno de los contratos consensuales del derecho romano. Tal era la tradición jurídica antigua según la cual era natural llamar contrato a cualquier intercambio de consentimientos. Esta concepción contractualista penetró en las Decretales y fue adoptada en general por los canonistas a partir del siglo XIII.

Pero a la vez, a este elemento contractual, se agrega automática e independientemente de la voluntad de los cónyuges el *carácter sacramental*. La Iglesia ha afirmado tradicionalmente que el matrimonio es un sacramento, símbolo de la unión de Cristo con su Iglesia, y por lo tanto, indisoluble. Así se desprende de la Epístola de San Pablo a los Efesios (Cap. V, vers. 22 y sgtes.), de la doctrina de San Agustín, de Santo Tomás, de los concilios medioevales (Verona, Lyon, Florencia) y finalmente de la doctrina del Concilio

de Trento, que proclamó solemnemente que el matrimonio es un contrato elevado por Cristo a la dignidad de Sacramento (Sesión XXIV, año 1563). Tal es la doctrina del *matrimonio contrato-sacramento*, según la cual contrato y sacramento son inseparables, no pudiendo haber entre bautizados contrato matrimonial sin que por los mismo no sea sacramento; los ministros del sacramento son los mismos contrayentes, el sacerdote es un testigo autorizado. Esta doctrina fue reiterada por diversos documentos de los Papas Pío VI, Pío IX, León XIII, Pío X y Pío XI, y está consagrada en el canon 1012 del Código vigente (Giménez Fernández, Leclercq, Montero y Gutiérrez).

B) *Doctrina contractual civil*: para esta concepción el matrimonio también es un acuerdo de voluntades; los contrayentes intercambian sus consentimientos y este acuerdo crea el vínculo conyugal. Por consiguiente, es un contrato; pero un contrato del ámbito exclusivo del derecho civil, despojado de todo carácter sacramental y religioso.

En la formación de esta doctrina civilista intervinieron varios factores. Entre ellos cabe mencionar la influencia del protestantismo, que niega carácter sacramental al matrimonio; de los iusnaturalistas no católicos, que afirman también el carácter exclusivamente humano de la institución y niegan su indisolubilidad, principios que difunde Puffendorf; la prédica de los filósofos franceses de la Ilustración (Montesquieu, Voltaire, etc.), destacándose Rousseau por su doctrina sobre el origen contractual de la sociedad; la teoría de los teólogos regalistas galicanos, escuela teológica francesa que para debilitar la jurisdicción eclesiástica y fortalecer el poder del monarca, distingue el matrimonio-contrato del matrimonio-sacramento afirmando que el derecho civil debía regir el primer aspecto. Por otra parte, Pothier, uno de los autores que más influyen sobre los redactores del Código Napoleón, adopta la doctrina del contrato civil, separándolo del sacramento. Los revolucionarios de 1789 proclaman esta concepción en la Constitución de 1791 que en su artículo 7, título II, establece que "la ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil", y fue también la opinión unánime de todos los grandes comentadores del código civil francés del siglo pasado (Toullier, Duranton, Marcadé, Hue, Demante, etc.).

Algunos autores franceses modernos sostienen también la doctrina contractual (Planiol, Colin y Capitant, Jossérand), la que tiene más difusión en la doctrina italiana (Cimballi, Degni, Gangi, Jemolo, Barbero, Barassi, etc.). En esta última se aclara que se trata de un contrato de derecho de familia o contrato familiar. En Brasil la sostienen Bevilacqua y Silva Pereira.

C) *Doctrina institucional*: con motivo de la sanción del código civil italiano de 1865, Pisanelli y Vigliani rechazaron la concepción contractual y sostuvieron en sus discursos en el Senado que el matrimonio es una institución social, que nace de la voluntad del marido y de la mujer, pero recibe de la sola e inmutable autoridad de la ley su forma y sus efectos. El matrimonio, agregaban, no es equiparable a un contrato de tipo económico, pues está sustraído a la voluntad de las partes: las normas reguladoras de las relaciones conyugales son inderogables. Tal fue también la concepción de Vélez Sársfield, expuesta en la nota al título "del matrimonio". El desarrollo de esta teoría se debe a Hauriou y a Renard, adoptándola diversos autores (Lefebvre, Duguit, Ripert-Boulanger, en Francia; Giménez Fernández, en España; Barros Monteiro, en Brasil; Lafaille, Frías y Borda entre nosotros).

D) *Doctrina mixta*: la oposición entre la teoría contractual y la institucional, se dice, es más aparente que real. En efecto, la primera sólo le atribuye importancia al acto creador, y la segunda primordialmente considera el estado matrimonial que resulta de aquel acto. Por lo tanto, ambas teorías son insuficientes por sí solas, pero pueden complementarse mutuamente.

Bonnecase y Planiol-Ripert-Rouast advirtieron el matiz y conciliaron ambas doctrinas: el matrimonio es a la vez contrato e institución. El acto constitutivo, una vez cumplido, engendra un estado que se caracteriza por la duración, y cuyos efectos jurídicos se producen necesariamente, sin que la voluntad de las partes pueda intervenir para modificarlos. Todo queda excluido del campo de la autonomía de la voluntad, el cual queda restringido exclusivamente al acto inicial.

Al acto constitutivo algunos autores lo llaman contrato o contrato de derecho de familia; otros, acto jurídico bilateral o ne-

gocio jurídico bilateral, y hay también quienes lo denominan convención. Para nosotros es un acto jurídico familiar bilateral.

Respecto al estado matrimonial que surge de aquel acto, todos coinciden en caracterizarlo como una institución jurídica, entendiéndose por tal el conjunto de normas impuestas por el derecho que forman un todo orgánico inmodificable por las partes.

Esta doctrina es la que exhibe mayor predicamento en los autores modernos. En Francia la admiten, además de Bonnetcase y Planiol-Ripert-Rouast, Julliot de la Morandiere, Mazeaud, Marty y Raynaud; en Bélgica, De Page; en España, Puig Peña, Puig Brutau, Castán Toboñas, Díez Picasso-Gullón; en Italia, Santosuosso; Rodrigues, en Brasil; Lagomarsino, Belluscio y Mazzinghi en nuestro país. Por nuestra parte, coincidimos con la exposición del último autor citado.

E) *El matrimonio como acto del Estado*: reduciendo la importancia del consentimiento de los contrayentes, Cicu concibe al matrimonio como un acto unilateral del Estado: es el Estado quien constituye el matrimonio a través de la declaración del Oficial Público. El consentimiento de los esposos es sólo el presupuesto de aquel acto estatal, pues únicamente éste es constitutivo del matrimonio.

F) *El matrimonio como acto complejo*: esta doctrina sostiene que el matrimonio se constituye por la concurrencia de tres voluntades: la de los dos contrayentes y la del oficial público, quien no se limita a recibir las declaraciones, sino que pronuncia en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio. La declaración del oficial del registro civil es constitutiva del matrimonio: sin ella el consentimiento de los contrayentes carece de eficacia (en Italia: Vasalli, De Ruggiero; en nuestro país: Spota). Para nosotros el rol de Oficial Público no es constitutivo del acto; el vínculo matrimonial surge del acuerdo de voluntades de los esposos; el funcionario se limita a recibir y dar fe de las voluntades manifestadas en su presencia y a declarar el efecto que deriva del acto según la ley. Su pronunciamiento concierne a la forma del acto, no a su sustancia, que reside en el consentimiento de las partes (Mazzinghi).

9. El principio del "favor matrimonii".

Se lo define como la tendencia o predisposición del legislador a proteger de un modo especial la vida y el régimen de la institución matrimonial (Miguélez; Bernárdez Cantón). Este favor es legítimo y se impone, afirma Savatier, porque el matrimonio es el sostén necesario de la sociedad; y precisamente, una directiva básica de nuestro sistema de derecho civil es el afianzamiento y protección de la familia legítima fundada en el matrimonio.

El *favor matrimonii*, según se lo llama con expresión tradicional (Messineo), se justifica, en efecto, porque la adecuada educación de los hijos exige una unión exclusiva y estable de sus padres, por lo cual desde el punto de vista ético y social se requiere que el ordenamiento jurídico facilite y proteja el matrimonio.

La unión conyugal crea y garantiza en la forma más perfecta posible la cooperación permanente y necesaria del hombre y la mujer para la educación de sus hijos. Aunque la procreación no sea un elemento esencial del matrimonio, casi siempre es su consecuencia normal, y para la educación de los hijos la institución matrimonial constituye el ámbito más firme y adecuado (De Page).

El legislador no ha olvidado, sin embargo, a la familia natural o extramatrimonial, pero el principio del *favor matrimonii* ha determinado que su reglamentación y protección se concrete en la medida en que no constituya un peligro para la familia legítima (Lafaille).

Desde luego, este principio también ha de guiar al intérprete que debe aplicar las normas del derecho de familia, según ya lo hemos visto en el capítulo anterior (nº 19-1º).

10. Crisis y valor actual del matrimonio.

Las profundas reformas al derecho de familia realizadas en los países europeos (Francia, Italia, Alemania, países nórdicos, España), y en algunas naciones americanas (Estados Unidos y Canadá), reflejan obviamente un proceso de transformación social. Pero como este proceso de cambio exhibe a veces situaciones nuevas tan confusas y destructivas de valores esenciales, que llegan incluso a

desdibujar la fisonomía secular del matrimonio (proliferación de uniones de hecho entre los jóvenes; aumento incesante de la divorcialidad, formación de familias comunitarias; etc.), y como la costumbre desempeña en este sector del derecho un decisivo rol de justificación, se preguntan algunos autores si la institución matrimonial no se presenta hoy como una experiencia histórica superada, reclamando incluso algunos sociólogos y juristas la renovación de su concepto tradicional en razón de la evolución de las estructuras familiares hacia un pluralismo de formas, en las que el matrimonio sería una más.

Sin duda, la vida del instituto matrimonial no atraviesa un momento feliz, ni desde el punto de vista ético-social, ni desde el punto de vista jurídico.

El fenómeno está ligado fundamentalmente a cambios de orden moral y transformación de las costumbres. Se advierte una tendencia a un extremo materialismo, a una intolerancia hacia todo sentimiento familiar, de solidaridad, de responsabilidad. El matrimonio sólo se concibe como una relación sentimental y erótica. Tal es el motivo que explica el alto índice de divorcialidad en EE.UU. y en algunos países europeos. Un sociólogo norteamericano destaca el hecho de que la frecuencia en la disolución del vínculo conyugal seguida de nuevos matrimonios conduce a una forma de poligamia, que califica poligamia en serie. No faltan quienes reclaman directamente la abolición de la institución matrimonial y su reemplazo por otras comunidades o por la completa libertad individual en la función procreativa.

En el aspecto jurídico, se observa una tendencia a una erosión progresiva, a una liberalización que arriesga terminar sólo en confusión. Basta señalar la cada vez más frágil estabilidad de la institución y la extendida parificación jurídica con la unión de hecho (Santosuoso). En efecto, cada progreso del divorcio, señala Savatier, atenúa la diferencia entre el matrimonio y la unión libre, diferencia que se torna muchas veces en una cuestión de palabras (Lafaille).

La evolución reciente del derecho de familia en los países mencionados, ha disminuido la importancia del matrimonio en lo que

respecta al status de los hijos. El principio de igualdad entre los hijos legítimos y extramatrimoniales consagrado por algunas legislaciones (Francia, Suiza) minimiza los efectos del matrimonio sobre la condición jurídica de los hijos, asumiendo fundamental relevancia sólo las relaciones entre los esposos.

No obstante todo este panorama poco alentador, cabe responder en sentido categóricamente negativo a la pregunta acerca de la superación del matrimonio.

Sin duda, esta institución importa un vínculo que genera deberes y sacrificios; pero precisamente por ello, por su profundo contenido ético, la comunidad matrimonial sigue constituyendo el mejor de los sistemas para la satisfacción de las exigencias personales y sociales (Santosuosso). En ella se realiza una completa y recíproca integración de la personalidad de los cónyuges según la natural exclusividad del amor; y constituye el mejor cuadro formativo para los hijos, pues su educación, para ser adecuada, requiere que los padres sean ciertos y determinados, y ello sólo ocurre cuando existe una unión estable, exclusiva y duradera del varón con una mujer. Y como en la especie humana la educación y cuidado de los hijos se prolonga durante largo tiempo, el matrimonio, al reunir aquellas características de exclusividad y permanencia, se presenta como la forma de unión de los sexos más apta para cumplir esa función educativa, y asegura a la vez la salud moral de la sociedad, que es condición del perfeccionamiento de la energía biológica del pueblo (Casaubón; Guastavino).

Por todo ello, cabe afirmar la superior dignidad del matrimonio con respecto a las otras formaciones familiares.

Desde luego, el matrimonio y la familia son susceptibles de una prudente adecuación a la evolución social. Para lograrla, el legislador debe buscar un equilibrio entre la exigencia de renovación y la salvaguarda de los valores esenciales de la institución, pues el progreso no se identifica con la veleidad de cambiar todo. Y aunque las fuerzas sociales condicionen en cierta medida su actividad legislativa, no debe dejarse llevar dócilmente por la corriente social, como si careciera de razón y voluntad. La ley debe ser moral y orientadora. Por ello, se impone al legislador la misión de pro-

teger y afirmar la incolumidad de la familia legítima, pues a través de ella se realiza el bien común de la sociedad, que consiste en la propagación y educación del género humano en las mejores condiciones posibles.

II. LA POTESTAD LEGISLATIVA Y JURISDICCIONAL SOBRE EL MATRIMONIO. MATRIMONIO CIVIL Y MATRIMONIO RELIGIOSO

11. La cuestión.

La Iglesia Católica afirma de modo especial la naturaleza religiosa del matrimonio. Para ella no es sólo un contrato, sino también una institución divina, un sacramento. De ahí que reivindique exclusivamente para sí la legislación y jurisdicción en materia matrimonial, salvo en lo relativo a los efectos patrimoniales.

Para el Estado, en cambio, el matrimonio es sólo una institución humana, que por su trascendencia para la organización social debe ser reglada por el derecho civil estatal y controlada por las autoridades estatales.

Una de las características más salientes de la historia de la institución, observa De Ruggiero, ha sido precisamente la lucha mantenida a lo largo de siglos entre la Iglesia y el Estado para imponer su derecho exclusivo a regularla.

12. Evolución histórica.

Durante la época del Imperio Romano era el poder civil quien ejercía los poderes de legislación y jurisdicción en materia matrimonial. Pero ya desde sus orígenes la Iglesia cristiana estableció para sus fieles una serie de reglas matrimoniales, cuya observancia acarrearba sólo penas religiosas. Existían, por lo tanto, dos reglamentaciones paralelas: una legal y obligatoria para todos los ciudadanos; y otra puramente religiosa que sólo se imponía a la conciencia de quienes profesaban el cristianismo.

Después de la caída del Imperio de Occidente (año 476), la legislación civil romana recibió la influencia cada vez mayor de las reglas canónicas; y la jurisdicción disciplinaria de los tribunales eclesiásticos adquirió cada día más importancia.

Y tiempo después, no tarda la Iglesia en imponer en toda Europa la legislación matrimonial canónica, desapareciendo el derecho civil que reglaba la materia.

Durante muchos siglos la Iglesia ejerció una competencia exclusiva sobre el matrimonio, tanto legislativa, como jurisdiccional, que se prolongó desde el siglo X hasta la Revolución Francesa.

Pero a partir del siglo XVI varios factores contribuyeron a minar paulatinamente la potestad de la Iglesia sobre el matrimonio. En primer lugar, la doctrina de la reforma protestante, para la cual el matrimonio es una institución mundana, sujeta a la autoridad civil. Después, la monarquía francesa, que habiendo triunfado sobre los señores feudales pretendió luego afirmar su poder soberano frente a la Iglesia y comenzó lentamente a recuperar la competencia estatal sobre el matrimonio. Para apoyar al monarca se difundió en Francia una teoría teológica-jurídica que separaba el contrato del sacramento matrimonial, sosteniendo que el derecho civil debía regir el primer aspecto. Los filósofos del derecho natural también consideraban al matrimonio un contrato civil. Y, por último, el malestar social causado por la imposición de una forma matrimonial religiosa exclusiva determinó finalmente la secularización del matrimonio. En efecto, los protestantes no podían contraer matrimonio válido en países católicos sin abjurar de su religión. A su vez, lo mismo ocurría a los católicos en los países que habían acogido la religión reformada. Surgió así la necesidad de un derecho matrimonial estatal e independiente de los credos religiosos, fundado en la libertad de cultos y en la igualdad de trato de las distintas confesiones.

Y ese nuevo derecho lo estableció con carácter definitivo la Revolución Francesa, que secularizó el matrimonio concibiéndolo como un contrato civil, según lo proclamó incluso en la Constitución de 1791. En adelante, su regulación y jurisdicción quedó sometida exclusivamente al poder civil.

La secularización del matrimonio materializa el triunfo del Estado: la ley civil ignora los preceptos de la Iglesia. El ciudadano queda sometido exclusivamente al Estado, y frente al ordenamiento estatal sólo importa la condición de ciudadano, perdiendo importan-

cia toda otra consideración, incluso religiosa. Ya no tendrá más trascendencia la religión como factor de discriminación social.

Para la Iglesia la laicización del matrimonio fue un acto hostil, pues lo despoja de su carácter religioso y sacramental. Pero sus enérgicas protestas de nada valieron, y no pudo impedir que bajo la influencia del Código Napoleón la institución del matrimonio civil se extendiera a las demás legislaciones europeas y luego a las naciones americanas.

Se volvió así a la doble reglamentación paralela de los tiempos romanos: por un lado, el matrimonio civil, único legalmente válido y obligatorio para todos los ciudadanos; y por otro, el matrimonio religioso, cuya observancia queda reservada a la conciencia de los fieles. El matrimonio religioso subsiste, pues, dice De Ruggiero, pero como un simple acto de fe improductivo de efectos jurídicos: para la ley tal matrimonio es inexistente.

13. Importancia del derecho canónico.

Este derecho ha regido durante muchos siglos la institución matrimonial en todos aquellos países en que ha sido preponderante la influencia de la Iglesia, por lo cual ofrece una gran importancia para el estudio de nuestra materia.

La moderna legislación laica del matrimonio, no obstante haberse independizado del derecho eclesiástico, ha recogido sus reglas y principios fundamentales.

Es verdad que existen importantes diferencias; las leyes civiles han restringido los impedimentos, y por consiguiente las causas de nulidad; y, además, en la mayoría de las legislaciones contemporáneas se admite el divorcio vincular que el derecho de la Iglesia rechaza. Sin embargo, en su conjunto, dice Esmein, no hacen más que reproducir, secularizadas y ligeramente modificadas, las reglas que había llegado a formular el derecho canónico. El carácter solemne del matrimonio, que consagran las leyes civiles, está directamente inspirado en las normas sancionadas por el Concilio de Trento (1563). La parroquia se reemplazó por la oficina del Registro Civil; el sacerdote por el Oficial Público. Las palabras que pronuncia el sacerdote (*ego conjungo vos in matrimonium in nominis*

Patris et Filii e Spiritus Sanctis) han sido simplemente traducidas al lenguaje laico; el Oficial Público declara: "en nombre de la ley, ustedes quedan unidos en matrimonio" (art. 39 LMC).

Por ello ha podido afirmar Molinario que toda la legislación laica en materia matrimonial no resulta ser otra cosa que el trasvasamiento de la doctrina cristiana y del derecho canónico a la legislación civil, en lo cual coinciden todos los autores (Colin y Capitant, Marty y Raynaud, Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehmann, Lafaille, Giacchi, etc.).

Por lo tanto, cualesquiera sea el criterio a que se llegue sobre la naturaleza y efectos jurídicos del matrimonio, esta legislación, su abundante doctrina y la jurisprudencia de los tribunales eclesiásticos formarán un antecedente de primer orden y un valioso elemento para conocer e interpretar en sus justos alcances los preceptos actuales y permitir en muchos casos aplicaciones útiles de los principios que los informan (Lafaille).

14. Sistemas matrimoniales.

Los sistemas matrimoniales responden a la necesidad del Estado de determinar, frente a la doble concepción del matrimonio, civil y religiosa, cuál es la forma válida de celebrar matrimonio. Por ello, la doctrina define a los sistemas matrimoniales como los diferentes criterios adoptados por las legislaciones para organizar la forma de celebración del matrimonio legalmente eficaz (Puig Brutau, Lacruz).

Los diversos sistemas son los siguientes:

a) *Legislaciones que sólo admiten el matrimonio civil.* El matrimonio canónico no produce efecto jurídico alguno y queda relegado a una mera cuestión de conciencia. Este es el sistema que surgió de la Revolución Francesa y de allí se expandió a los demás países de Europa rigiendo actualmente en Bélgica, Alemania, Austria, Luxemburgo, Holanda, Suiza, Turquía, etc.; y en diversos países americanos, incluido el nuestro según lo organiza la ley 2393.

b) *Legislaciones que sólo autorizan el matrimonio religioso,* con exclusión completa de la forma civil: Ciudad del Vaticano (desde

1929), Grecia (Cód. Civil de 1940); Siria, Líbano, Egipto y países musulmanes en general.

c) *Legislaciones que establecen un sistema optativo, pero sólo con respecto a la forma de celebración*: los contrayentes pueden optar por el rito religioso o por la ceremonia civil, pero de una u otra forma que se celebre el régimen jurídico está fijado exclusivamente por la ley civil. Es el sistema de muchos estados de Estados Unidos, de Inglaterra, los países nórdicos de Europa, Portugal (desde 1975), Perú, etc.

Una variante de este sistema optativo la constituyen aquellos países que han suscripto concordatos con la Santa Sede: Italia en 1929 (Acuerdos de Letrán); y República Dominicana, en 1954. De acuerdo a esta modalidad, si los contrayentes optan por la ceremonia religiosa, el matrimonio queda sujeto al derecho canónico y a la jurisdicción eclesiástica, salvo en lo que respecta a los juicios de separación, que quedan reservados a la competencia civil. También éste era el sistema de Portugal (Concordato de 1940), pero fue modificado por ley de 1975, quedando ahora sometido a la ley civil el matrimonio celebrado ante la Iglesia.

15. Antecedentes patrios.

Por Real Cédula de 1530 la corona española dispuso que rigiese en América el derecho de Castilla, contenido fundamentalmente en las Siete Partidas de Alfonso El Sabio. El matrimonio organizado por este código tenía un carácter profundamente religioso; la única unión reconocida era la consagrada por la Iglesia Católica.

Posteriormente, por decreto de Felipe II del 12 de julio de 1564 se incorporan a la legislación castellana las disposiciones del Concilio de Trento en materia matrimonial, aclarándose por cédula del 9 de julio de 1621 que la aplicación de ellas comprendía al Estado de Indias.

En consecuencia, las leyes de Partida y el derecho matrimonial tridentino rigieron ambos en nuestro país hasta la entrada en vigencia del Código Civil el 1º de enero de 1871. No obstante, las disposiciones tridentinas continuaron vigentes hasta la sanción de la ley de matrimonio civil en 1888, pues Vélez Sársfield estableció

que el matrimonio entre católicos, y entre católicos y cristianos disidentes debía celebrarse de acuerdo a los cánones y solemnidades de la Iglesia Católica, reconociendo como impedimentos matrimoniales los establecidos por las leyes canónicas y admitía la jurisdicción eclesiástica para decidir sobre ellos (arts. 167, 168 y 180, C. Civil).

Cabe destacar que las Partidas establecían con carácter de impedimento dirimente no dispensable la prohibición de contraer matrimonio con un heterodoxo, o sea con una persona que no profesara el culto católico (ley 16, título II, Partida IV), y si bien fue originariamente establecido teniendo en cuenta a judíos y moros, se aplicó después a los protestantes y a toda clase de herejes.

Esta ley, que estuvo en vigencia hasta el 1/1/1871, era más rigurosa y restrictiva que la canónica, pues para ésta el impedimento de mixta religión y disparidad de cultos, si bien era dirimente, podía dispensarse por la autoridad eclesiástica.

Pero como antes del 25 de mayo de 1810 los extranjeros no católicos que podían llegar a las Indias eran muy pocos, pues debían contar con una licencia expedida en la metrópoli, la aplicación estricta de aquella norma castellana no ocasionaba mayores inconvenientes.

Recién a partir de la instalación del primer gobierno patrio comienzan a llegar a Buenos Aires extranjeros, en su mayoría ingleses, a tal punto que en 1825 aproximadamente el 10 % de los habitantes porteños eran súbditos británicos, aunque también había alemanes protestantes (Molinario).

Tales extranjeros no católicos legalmente no podían celebrar nupcias en el país, ni entre sí ni con personas católicas.

La situación se alivió con diversas medidas tomadas por el gobierno porteño. En 1825 se firma un Tratado con Inglaterra reconociendo la libertad de conciencia y el ejercicio libre de su religión a los ingleses residentes en las Provincias Unidas del Río de la Plata. En marzo de 1833 la Sala de Representantes de Buenos Aires sanciona una ley por la cual autoriza al gobierno a dispensar el impedimento de la ley de Partidas para los matrimonios entre individuos católicos y protestantes. El 10 de marzo de 1834 el Go-

bernador Viamonte dictó otro decreto por el cual creó un Registro de Ministros de Creencias Religiosas distintas de la Católica, y un Registro de matrimonios de individuos pertenecientes a diversas religiones, permitiendo que quienes no pertenecían a la religión católica pudiesen contraer matrimonio entre sí ante el ministro de su respectivo culto, previo permiso otorgado por el Presidente de la Cámara de Justicia.

En las otras trece provincias argentinas existentes a la sazón no se había producido modificación alguna en el derecho matrimonial, pero ello no dio lugar a problemas porque aún no habían recibido el impacto inmigratorio.

Santa Fe es la segunda provincia que, después de Buenos Aires, recibe contingentes de inmigrantes. El gobernador Domingo Crespo firmó con el salteño Aarón Castellanos el primer contrato de colonización del territorio santafesino por inmigrantes europeos, que dio lugar a que en 1855 se fundara la colonia de Esperanza. Luego siguieron numerosas colonias que se instalaron en Cayastá, San Javier, Coronda, San Justo, etc. A poco de producirse el asentamiento de los extranjeros se experimentaron los inconvenientes del matrimonio exclusivamente religioso y de la subsistencia del impedimento no dispensable de mixta religión de la ya citada ley de Partidas. Numerosos conflictos prematrimoniales se producen, y ello explica que fuese un senador santafesino, don Joaquín Granel, quien haya planteado por primera vez ante el Congreso Nacional la necesidad de implantar el matrimonio civil para permitir a los inmigrantes no católicos contraer nupcias válidas. Su proyecto, presentado el 13 de agosto de 1867, se pasó a comisión y nunca fue tratado (Molinario).

16. Incompatibilidad del derecho matrimonial patrio con la Constitución Nacional.

La Constitución sancionada el 1º de mayo de 1853 proclama como derecho fundamental de los habitantes de la Nación el de profesar libremente su culto (art. 14). Y el artículo 20 establece que los extranjeros gozan de todos los derechos civiles del ciudadano, reiterando, entre ellos, el derecho a ejercer libremente su culto y a casarse. El preámbulo a su vez manifiesta que la Constitución

ampara “a todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”.

Sin embargo, los inmigrantes que llegaron a poblar nuestros campos después de 1853, atraídos por tan generosa Carta Fundamental, se encontraron que en la realidad de los hechos tales libertades no existían.

La Provincia de Buenos Aires había llegado casi al logro absoluto de la libertad matrimonial, pero, no obstante, en su territorio se encontraban impedidos de celebrar nupcias aquellos que no tenían religión o que teniéndola no se hallaba organizada en el país, o, por último, aquellos que simplemente no querían someterse al matrimonio religioso.

En el resto de la República la situación era más precaria, pues no se había alcanzado tal grado de evolución. Seguía rigiendo con todo su rigor el impedimento de mixta religión no dispensable de la vieja ley castellana, y además, las personas no católicas no podían casarse entre sí.

Por lo tanto, el derecho matrimonial de todo el país se hallaba en contradicción con los postulados liberales de nuestra Constitución. El matrimonio religioso como única forma matrimonial válida vulneraba la libertad de creencias y la libertad de casarse.

Para un extranjero que no sea católico, denunciaba Sarmiento, la presente legislación del país no ofrece sino una de estas tres alternativas: o ha de apostatar y hacerse el hipócrita; o bien vivir en concubinato, o volverse al país de donde vino; y consideraba esta situación impolítica hasta el último grado.

17. Nicasio Oroño.

En oportunidad de presentar Granel su proyecto al Senado nacional, era gobernador de la provincia de Santa Fe don Nicasio Oroño. Había nacido en Coronda, el 20 de julio de 1825, y antes de alcanzar la gobernación fue diputado provincial, diputado nacional y miembro de la convención constituyente de 1860. Después de concluido su mandato al frente del ejecutivo provincial (1865 a 1867), fue durante varios años senador nacional. Murió en 1904.

Fue precursor de muchas realizaciones logradas en el ámbito nacional años después de que él las promoviera. Fue su preocupación dominante la inseguridad de las fronteras y la despoblación. Sufrió, como acertadamente expresa Díaz Molano, "la fiebre de poblar". En sólo tres años triplicó el número de colonias existentes en la provincia (Díaz Molano, Elías, *Nicasio Oroño, colonizador*, Bs. As., 1977). Se anticipó a la conquista del desierto, dice González Arrili, con sus colonos armados de arados, picos y palas. Para civilizar el país entendía que era necesario aumentar la población con inmigrantes de Europa occidental, a quienes había que permitirles que vinieran cada uno con su culto; lo contrario era condenarlos a la falsedad del alma o al ateísmo.

Pionero de la inmigración, sirvió además inteligentemente a las instituciones civiles, con honradez, coraje y visión de futuro. Como reza con verdad el epitafio de su tumba, fue precursor de todos los progresos fundamentales de la provincia de Santa Fe, civilizador del desierto, virtuoso republicano y activo contendor del despotismo.

18. La ley santafesina de matrimonio civil.

En setiembre de 1867 los diputados Pedro Rueda y Eugenio Pérez presentan a la legislatura santafesina un proyecto de ley estableciendo el matrimonio civil obligatorio para todos los habitantes de la provincia.

El gobernador Oroño remite a los legisladores un vigoroso mensaje apoyando el proyecto, en el cual expresa la necesidad de armonizar el derecho matrimonial patrio con los principios liberales de la Constitución, a fin de que los extranjeros gozaran en la realidad de los hechos de la libertad de cultos y del derecho a casarse, sin necesidad de violentar su conciencia religiosa, porque de lo contrario, no de hacerse efectivas las garantías constitucionales, serían infructuosos los esfuerzos realizados para atraer la inmigración a la provincia.

El proyecto fue aprobado en la sesión del 25 de setiembre de 1867, y promulgado al día siguiente. Establece el matrimonio civil como única forma válida y obligatoria para todos los habitantes de la provincia, debiendo celebrarse ante los jueces de primera

instancia en lo civil, y donde no los hubiere ante los Presidentes de las Municipalidades, con asistencia de dos testigos, autorizando el acto ante los primeros un Escribano Público, y ante los segundos el secretario de la Municipalidad respectiva, siendo el matrimonio así celebrado indisoluble y válido, aun sin la consagración religiosa. Ningún párroco podrá conferir el sacramento religioso sin que los cónyuges exhiban ante él copia del acta de celebración del matrimonio civil. El trámite es gratuito, y dispone que los juicios de divorcio se tramitarán ante los jueces civiles.

Al día siguiente de la promulgación de la ley, el Obispo Gelabert y Obes formula una solemne protesta sosteniendo que es una ley anticristiana, anticatólica, antisocial, corruptora de la más salvable disciplina de la Iglesia y anticonstitucional; declara que ningún católico puede obedecer y sujetarse a dicha ley, y que todos los que han contribuido a su sanción han incurrido en la pena de excomunión. La protesta se manda leer y fijar en las puertas de los templos. El Obispo también remite dos notas denunciando la situación al Gobierno nacional.

Se produce una grave reacción popular contraria a la ley, acentuada por el proceder de los curas párrocos en cumplimiento de lo dispuesto por el Obispo. Se registraron no pocos actos de repudio al acto legislativo, algunos de los cuales asumieron aspectos pintorescos y reveladores de la extrema pasión que dominaba a sus protagonistas, como aquel funcionario de San José del Rincón que decretó su fusilamiento: mandó colocar su texto en el brocal del pozo de la plaza y le hizo disparar la descarga de práctica y también el tiro de gracia (Pereyra, Mario L., *Arenas de la costa*, Sta. Fe, 1963).

El 22 de diciembre de 1867 se produce un levantamiento en el norte de la provincia, con apoyo de los guardias de frontera; la situación se torna crítica y Oroño huye a las islas.

El Poder Ejecutivo nacional interviene la provincia, se convoca a elecciones y resulta electo gobernador Mariano Cabal, quien el 13 de julio de 1868 deroga la discutida ley.

Al plantearse el enfrentamiento del gobierno de Santa Fe con la jerarquía eclesiástica, el gobierno nacional pasó en consulta los antecedentes del caso a don Dalmacio Vélez Sársfield, quien pro-

dujo un ilustrativo dictamen en el cual sostiene que la legislatura santafesina había estado en su derecho para sancionar la ley de matrimonio civil, puesto que el gobierno federal todavía no había ejercido la facultad delegada por las provincias de dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería (arts. 67, inc. 11, y 104, Const. Nac.); que los matrimonios contraídos en esa forma son válidos y firmes en todo el territorio de la República, y que su Ilustrísima no ha podido protestar contra esa ley ni incitar al pueblo a desobedecerla, debiendo levantar las censuras que había lanzado contra los autores de la misma.

El Código Civil de 1869.

En el recordado dictamen Vélez Sársfield se manifiesta partidario del sistema matrimonial establecido por el Código de Nueva York: el matrimonio es válido sea que se celebre ante un ministro evangélico o sacerdote de cualquier culto, o ante los jueces de paz, presidentes de municipalidades o jueces de las Cortes de Justicia. Si se le ha dado efecto al matrimonio civil, decía Vélez comentando esa ley, no se ha prohibido por esto el matrimonio religioso. Tal es el sistema que se ajusta al principio de la libertad de cultos.

Sin embargo, aleccionado por los episodios santafesinos, al redactar su Código, Vélez estableció el matrimonio religioso, tanto para los católicos como para los que profesaban otro culto reconocido en el país, y sometió el matrimonio mixto a la Iglesia Católica cuando uno de los contrayentes era católico (arts. 167, 180 y 183, Cód. Civil).

Con esta solución Vélez impedía el matrimonio a los ateos; a los que no tenían su culto organizado en el país, y a los que sencillamente no querían someterse a los ritos religiosos. El mismo defecto que exhibía la legislación de Buenos Aires, fuente inspiradora del codificador.

La ley 2393 de matrimonio civil.

El vacío del Código Civil provocó serias críticas, entre ellas las de Alberdi, y dio lugar a conflictivas situaciones sociales que

precipitaron la reforma de 1888/1889, que implantó finalmente el matrimonio civil.

El lapso fue breve, apenas 17 años desde la entrada en vigencia del Código, pero los cambios fueron profundos. El gran caudal inmigratorio que llegó al país en ese tiempo carecía de la extrema sensibilidad religiosa de la población hispánica; el liberalismo extendió su influencia a todo el mundo y llegó a ser el credo político de los gobernantes de aquella época.

No es de extrañar, por lo tanto, dice Borda, que la solución que no fue posible en 1869, lo fuera en 1888.

Y es así como después de un apasionado y brillante debate, cuya fama ha llegado hasta nosotros, se sanciona la ley 2393, que en lo sustancial recoge las ideas liberales y progresistas del gobernante santafesino.

En efecto, la ley santafesina respondía a tres principios fundamentales: matrimonio civil obligatorio para todos los habitantes; imposibilidad de contraer el matrimonio religioso antes del matrimonio civil, y absoluta gratitud. Tales principios pasaron a la ley 2393 que actualmente nos rige.

21. Críticas a la ley de matrimonio civil. La verdadera solución.

La ley de matrimonio civil no ha provocado mayores dificultades y ha permitida una cómoda convivencia del Estado y la Iglesia (Lafaille, Borda). No obstante, se le han efectuados serios reparos.

En primer lugar se observa que la ley de matrimonio civil se ha impuesto en divergencia con las convicciones sociales y religiosas de la mayoría de la población, pues de cada tres parejas que se unen en matrimonio civil, señala Llambías, dos de ellas contemporáneamente contraen matrimonio canónico, ya por un imperativo de conciencia, ya por un imperativo social. Legislar el matrimonio contra esa vivencia de la comunidad es crear una fuente de conflictos. Así, por ejemplo, en diversas oportunidades quienes habían contraído sólo matrimonio religioso pretendieron el beneficio de pensión que las leyes previsionales sólo acuerdan a la viuda, y la

Corte Suprema de la Nación en una ocasión resolvió acordarlo, y en otra lo negó. Otra cuestión se plantea cuando después de celebrado el matrimonio civil, uno de los contrayentes se niega a celebrar el matrimonio religioso convenido con el otro, decretando los tribunales la nulidad del matrimonio civil por el dolo de quien incurre en esa negativa (Mazzinghi, Spota, Borda).

En segundo término, se dice que el matrimonio civil como único matrimonio válido y como única forma posible de ejercer el derecho a casarse, violenta innecesariamente la libertad de conciencia y la libertad religiosa, que no se soluciona con la celebración posterior del rito religioso, pues antes los contrayentes han debido cumplir una ceremonia laica que no es matrimonio según su conciencia, pues si lo fuera, no irían luego a consagrar su unión ante el ministro de su confesión. Además, se violenta la libertad de cultos porque el matrimonio religioso es civilmente inexistente, y lo que se pretende es una libertad jurídicamente relevante, en cuyo ejercicio se emplace en el estado de familia.

Por último, se sostiene que en un Estado obligado a sostener el culto católico (art. 2, C.N.) es evidentemente desvalioso e inconstitucional negar efectos civiles al matrimonio eclesiástico (Molinario, Bidart Campos).

Por todas estas consideraciones se concluye que la única manera satisfactoria de conciliar el pluralismo de ideas, la libertad, el derecho de profesar el culto y el de contraer matrimonio, es admitir el matrimonio religioso para los creyentes de todos los credos, y el matrimonio civil para los no creyentes, o creyentes que no quieran celebrarlo de acuerdo a su religión. Es la solución que ya le parecía adecuada a Vélez Sársfield en su dictamen sobre la cuestión santafesina. ¿Cómo se logra? Reconociendo eficacia civil a la celebración religiosa, mediante su posterior inscripción en el Registro Civil. Dicho matrimonio quedaría sometido a la ley civil y a los tribunales civiles, por lo cual el Estado no renunciaría a ninguna de sus potestades: Es, en suma, el sistema anglosajón, de los países nórdicos de Europa, Brasil, Perú (Molinario, Llabrás, Bidart Campos, Mai).

III. EL CONCUBINATO

A) NOCIONES GENERALES.

22. Concepto.

El concubinato es la situación de un hombre y una mujer que viven en posesión de estado de cónyuges sin haber celebrado matrimonio (Busso).

No es una forma de derecho, sino simplemente un hecho; una situación jurídicamente inexistente, inorgánica, desprovista de todo status, de toda fuerza obligatoria. No existe ningún vínculo de derecho entre los concubinos. Jurídicamente son extraños entre sí, y por lo tanto esa unión no es fuente de derechos ni de obligaciones recíprocas para quienes la mantienen.

23. Caracteres.

Los distintos *elementos objetivos* que permiten calificar a una situación de hecho como "concubinato" son los siguientes:

a) *Singularidad*: o sea, la unión de un hombre con una sola mujer.

b) *Estabilidad*: la unión debe tener cierta permanencia o duración. Se excluyen las uniones accidentales.

c) *Notoriedad*: significa la publicidad de la vida marital de hecho. Este requisito involucra la convivencia en un mismo hogar.

El *elemento subjetivo* es la voluntad de los concubinos, que es esencial, pues de ella depende no sólo la constitución de la unión concubinaria, sino también su continuidad. Si cesa el acuerdo voluntario, la unión desaparece. De ahí su carácter esencialmente *precario*, puesto que la unión puede quedar sin efecto por voluntad unilateral de cualquiera de las partes.

La presencia de los elementos señalados configura el concubinato, aun cuando las personas convivientes estén afectadas por impedimentos matrimoniales.

24. Reseña histórica.

a) El *derecho romano* conoció el concubinato: tenía carácter jurídico y era una suerte de matrimonio de inferior calidad. Fue regulado en la época de Augusto, el primer emperador (31 a.JC-14 d.JC). Constantino y Justiniano ampliaron la legislación sobre el concubinato.

El concubino debía ser soltero, y la mujer de baja condición social, sin vínculos de parentesco entre sí. La concubina tenía derechos hereditarios en la sucesión del concubino. Y a los hijos de esta unión (hijos naturales) se les reconoció derecho alimentario y vocación sucesoria para heredar al padre.

Las demás uniones matrimoniales que no reunían los requisitos señalados eran sancionadas y no producían efecto alguno.

b) *Derecho canónico, derecho español y derecho francés.* El derecho canónico contempló al concubinato. En la primera época, aunque lo consideraba como un pecado de fornicación, lo toleró siempre que la unión tuviese carácter de permanencia y el varón fuese soltero. Así se pronunciaron San Agustín y San Isidoro de Sevilla.

Pero como la unión matrimonial canónica anterior al concilio de Trento se podía concluir consensualmente, sin formalidad alguna, en la práctica era muy difícil a veces distinguir al matrimonio de los simples esponsales o del concubinato, por lo cual el concilio tridentino resolvió exigir como forma esencial del matrimonio la declaración del consentimiento de los cónyuges ante el cura párroco y dos testigos, y creó los registros parroquiales para asentar los matrimonios. Resolvió el dilema entre matrimonio privado y matrimonio ritualista a favor de esta última posición, y en consonancia con esta nueva política se proscribió al concubinato y se establecieron severas penas contra los concubinos que se resistían a regularizar su unión.

En el derecho español, las leyes de Partida lo habían reglamentado bajo el nombre de barraganía, dedicándole todo un título (Título XIV, Partida IV). Luego de declararlo pecado mortal, exi-

gía que ambos concubinos sean solteros, y que la barragana debía ser una sola, etc. Ella tenía un derecho hereditario de una duodécima parte del haber sucesorio del concubino. Después del concilio tridentino, comenzaron a aplicarse rigurosamente las disposiciones que perseguían el concubinato.

El derecho francés también acusó la influencia de las disposiciones canónicas dictando diversas medidas para combatir la unión concubinaría.

c) El *derecho liberal* nacido de la Revolución Francesa cambió la política legislativa respecto del concubinato. Ni lo legisla ni lo combate. El legislador liberal ignora al concubinato. Napoleón había dicho en el Consejo de Estado: "Los concubinos se pasan sin la ley; la ley se desentiende de ellos". Y así fue como el Código Napoleón inauguró la "política del silencio" sobre el concubinato, ignorándolo, criterio abstencionista que siguió la legislación moderna. El Código Civil argentino enrolado en esa orientación tampoco se ocupó del concubinato. El legislador entiende que el silencio de la ley es el mejor medio para desalentar las uniones concubinarias; sólo se preocupa de la filiación extramatrimonial, de las relaciones de los concubinos con sus hijos, pero se desentiende de la unión concubinaría misma.

25. El concubinato en la argentina. Causas.

Es difícil establecer el volumen cuantitativo de este fenómeno social y asimismo es insegura la interpretación de encuestas o estadísticas por cuanto múltiples motivos contribuyen a desdibujar la realidad (Guastavino, Vaca Narvaja). No obstante, su difusión en la sociedad argentina se puede deducir de la simple lectura de los repertorios jurisprudenciales. Los innumerables pleitos resueltos por nuestros tribunales referentes a cuestiones de diversa índole que plantean las uniones de hecho revelan su crecido número.

¿Cuáles son las causas?

Se mencionan causas de índole *cultural*, como el analfabetismo y la marginación de ciertos sectores de la sociedad; de índole *económica*, la insuficiencia de los salarios, la desocupación; de índole *intelectual y moral*, vinculadas a la difusión de ideologías li-

bertarias y al relajamiento de las costumbres, etc., y de índole *jurídica*, representada por la imposibilidad de disolver el vínculo matrimonial mediante el divorcio. Es un hecho notorio que los cónyuges divorciados, por más que no recuperen la aptitud nupcial, buscan rehacer sus vidas en nuevas uniones que constituyen vínculos concubinarios, por más que se los pretenda disimular con el recurso de los matrimonios extranjeros.

26. Valoración.

Desde el punto *social*, el concubinato es un hecho grave por la libertad sin límites de que gozan los concubininos por tratarse de una situación marginada de la ley. Esa libertad extrema es incompatible con la seguridad y solidez de la familia que crean; es contraria al interés de los propios integrantes de la pareja, pues la precariedad del vínculo permite romperlo con facilidad; es contraria al interés de los hijos, que corren el riesgo de ser material y moralmente abandonados, y se crían en un ambiente familiar inadecuado; y, por último, es contraria al interés mismo del Estado, porque la fragilidad de la unión conspira contra la organización jurídica de la comunidad (Planiol y Ripert; Marty y Raynaud; Bussio, Borda, Mazzinghi).

Desde el punto de vista *moral*, el concubinato es contrario a las buenas costumbres, entendiendo por tales las reglas de orden moral que rigen en la comunidad. La doctrina y la jurisprudencia prevalecientes sostienen que el concubinato es una situación inmoral (Molinario, Mazzinghi, Borda, Méndez Costa, Crespi, etc.). La preocupación de los cónyuges divorciados por dar una apariencia de legalidad a las nuevas uniones que constituyen, mediante matrimonios celebrados en Méjico, Uruguay u otros países, carentes de efectos en el nuestro, es un índice elocuente del disfavor con que la comunidad mira a la unión concubinaria.

27. Derecho comparado.

Las legislaciones vigentes se pueden agrupar en dos sistemas distintos:

a) Uno el sistema francés, seguido por nuestro código y por la mayoría de las legislaciones contemporáneas. Se abstiene de regular el concubinato. Lo ignora.

b) Otro, el latinoamericano, que ha dado un tratamiento legal al concubinato, ya sea contemplándolo en algunos aspectos parciales o reglamentándolo en forma integral.

México fue el primero que consagró en su Código Civil Federal de 1928 disposiciones concretas en ese sentido, concediéndole, por ejemplo, derecho alimentario y vocación sucesoria ab intestato a la concubina. El Código Civil de Venezuela de 1942 establece un cuasi contrato de comunidad patrimonial entre los concubinos; el Código Civil de Perú de 1930 establece la presunción de paternidad cuando el presunto padre hubiese convivido con la madre durante la época de la concepción; la ley de derechos civiles de la mujer n° 236 de Paraguay, de 1956, establece una comunidad patrimonial entre los concubinos cuando hubiesen convivido cinco años; etc.

Otras legislaciones latinoamericanas regulan orgánicamente los efectos personales y patrimoniales del concubinato, exigiendo que se homologue ante el funcionario competente (Ley de uniones de hecho de Panamá de 1956; Código Civil de Guatemala, de 1963).

Por último, otras equiparan directamente el concubinato al matrimonio. Así lo establece el Código Civil del estado mexicano de Tamaulipas, y el Código de la Familia de Bolivia de 1972.

Desde luego, tales disposiciones se explican por las características muy peculiares de las sociedades nacionales a las que están dirigidas, en especial por la subsistencia de costumbres hondamente arraigadas en las poblaciones indígenas, que constituyen sectores muy importantes de la población (Bolivia, Guatemala, etc.), y por el analfabetismo y la pobreza, fenómenos sociales muy extendidos en aquellos países.

B) EL CONCUBINATO EN LA LEGISLACION.

28. Legislación civil.

Vélez Sársfield, como hemos dicho, siguió la orientación del código francés, y por lo tanto ignoró la unión de hecho. Sólo se

refiere expresamente al concubinato, con evidente repulsa, cuando establece que el matrimonio contraído de mala fe por ambos cónyuges será reputado concubinato (art. 232, inc. 1º, que al sancionarse la ley de matrimonio civil pasó a ser el art. 89, inc. 1º de dicha ley).

El disfavor de la ley también se manifiesta en el artículo 101 de la ley matrimonial civil en cuanto establece que la posesión de estado no puede invocarse por los esposos cuando se trata de probar el estado de casados o de reclamar los efectos civiles del matrimonio (Guastavino).

No obstante, se ve una referencia indirecta en el artículo 2953 en cuanto dispone que la familia del usuario o habitador comprende no sólo a su mujer y los hijos legítimos y naturales, sino también "a las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador", lo cual permitiría incluir a los concubinatos en el concepto de familia beneficiaria del derecho de uso y habitación.

El artículo 3573 del Código Civil originariamente establecía: "La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes". La ley 17.711 mantuvo ese texto, pero agregó "salvo que el matrimonio se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho". Por lo tanto, si al matrimonio in extremis lo ha precedido una relación concubiniaria entre los contrayentes, no se producirá la exclusión hereditaria del cónyuge supérstite. La jurisprudencia ha resuelto que ese concubinato ha de reunir los requisitos de singularidad, estabilidad y duración prolongada, y notoriedad.

Con esta solución la ley 17.711 consagró una jurisprudencia que ya era unánime y que tenía la aprobación de la casi totalidad de la doctrina.

La *ratio legis* de la exclusión hereditaria del cónyuge supérstite prevista por el artículo 3573 es evitar que el matrimonio sea tomado como un medio de captación de herencias, convirtiéndolo en un

acto de interesada especulación. La jurisprudencia, a partir de un lejano voto de Colmo (JA 22-261), consideraba que esa *ratio legis* del precepto no se daba cuando la unión se contraía para regularizar una relación de hecho creada desde tiempo atrás, pues se estimaba que la unión concubinaria previa excluye el propósito de lucro. La solución jurisprudencial era justa, pues ¿por qué habría de castigarse con la pérdida de la vocación sucesoria a la compañera convertida en esposa, si el matrimonio ha legalizado retroactivamente la relación concubinaria y si el interés social y moral consiste precisamente en que las uniones de hecho se transformen en uniones de derecho? Cabe precisar, por ello, que el reconocimiento del derecho sucesorio al cónyuge supérstite no importa ofrecer una especie de premio al concubinato anterior, sino, que, en todo caso, se premia al matrimonio que lo ha sustituido y que lo legaliza, y se refuerza de tal modo la presión social tendiente a la regularización de aquél (Méndez Costa).

Por último, en el ámbito de la legislación civil, cabe citar a las leyes de emergencia de las locaciones urbanas, que a partir del decreto-ley 2186 de 1957 permitieron invocar la prórroga legal del plazo locativo a las personas que hubiesen recibido ostensible trato familiar del locatario, que hubiesen estado a su cargo y que hubiesen convivido un determinado lapso, que la última ley de emergencia, la 21.342, fijó en tres años (art. 15). El circunloquio empleado por la ley amparaba veladamente a los integrantes de la unión concubinaria.

29. Legislación penal.

Si el concubino comete contra un hijo de la concubina que convive en el hogar concubinario un delito contra la honestidad —violación, estupro, prostitución, corrupción o abuso deshonesto—, le es aplicable el agravante previsto por el artículo 122 del Código Penal para quien está encargado de la guarda de la víctima. La jurisprudencia es uniforme en considerar que el concubino asume el papel de guardador respecto de los hijos de su concubina (Díaz de Guíjarro, Bossert). También la concubina será pasible del agra-

vante penal en caso de que cometa delito contra la honestidad de los hijos de su concubino, pues ella también inviste autoridad o poder de dirección sobre los hijos.

El artículo 125 último párrafo del Código represivo también agrava la pena de quien promoviere o facilitare la prostitución o corrupción cuando hiciera vida marital con la víctima. Cabe destacar que para configurar la "vida marital" tiene que haber existido una relación singular, estable y notoria entre los concubinos.

El artículo 279 del mismo código dispone que quedarán exentos de pena por el delito de encubrimiento u ocultación, los amigos íntimos del delincuente. La jurisprudencia y la doctrina entienden que los concubinos quedan asimilados a los amigos íntimos, por lo tanto quedan exentos de pena cuando uno de ellos oculte un delito cometido por el otro (Bossert).

Por último, cabe preguntarse si comete el delito de usurpación previsto por el artículo 181 inciso 1º, el concubino propietario del inmueble donde convive la pareja, que luego de una prolongada convivencia, expulsa a la concubina por la fuerza, por amenazas o mediante engaños. Dicha norma establece: "Será reprimido con prisión de uno a tres años: 1º) el que por violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes".

Como se observa, la norma protege a quien habita el inmueble como mero tenedor y es expulsado por cualquiera de los medios señalados en ella. Nos parece que la concubina que ha cohabitado durante años en ese inmueble con su concubino ha ejercido sobre el mismo el poder de hecho que caracteriza a la tenencia; y además, ha sido el mismo concubino quien la ha puesto en esa tenencia y la ha consentido. Por lo tanto, pensamos que la expulsión de la concubina o del concubino consumada por el otro que es el propietario del inmueble, por alguno de los medios mencionados en la norma citada, configura el delito de usurpación. Coincidimos en esto con Bossert. Sin embargo, la jurisprudencia predominante opi-

na lo contrario. Parte de considerar que la concubina se halla desprovista de título jurídico de tenencia sobre el lugar que ocupaba en la casa, y por ello su expulsión no configura el delito que nos ocupa.

30. Legislación laboral.

La ley de contrato de trabajo nº 20.744, texto ordenado por el decreto 390/76, en su artículo 248 consagra el derecho a indemnización por muerte del trabajador a favor de su concubina.

Dicha norma dispone que en caso de muerte del trabajador tendrán derecho a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de la misma ley, las personas enumeradas en el artículo 38 de la ley 18.037. Y agrega que a los efectos indicados queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuera soltero, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento. Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o por culpa de ambos estuviese divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se haya mantenido durante los cinco años anteriores al fallecimiento.

Como se aprecia, para el caso de ser soltero o viudo el trabajador fallecido, basta para el derecho de la concubina que la unión haya durado dos años. En cambio, siendo casado el trabajador, y siempre que hubiere mediado divorcio o separación de hecho de los cónyuges por culpa de la esposa o culpa concurrente, el concubinato tiene que haber durado por lo menos cinco años. Si la esposa fue inocente del divorcio o de la separación de hecho, cuenta con esta indemnización, excluyendo a la concubina.

El artículo 158 inciso c), del mismo cuerpo legal, también otorga al trabajador tres días de licencia "por fallecimiento de la persona con la cual estaba unido en aparente matrimonio, en las condiciones establecidas en esta ley".

Cabe señalar que el citado artículo 248 último párrafo, dispone que la indemnización por muerte del trabajador es indepen-

diente de la que corresponde a los causahabientes del trabajador por la ley 9688 de accidentes de trabajo, y esta última ley no incluye entre sus beneficiarios a la concubina del trabajador accidentado. Es interesante recordar que en la discusión de esta ley en el año 1915 se debatió la cuestión, y el diputado Antonio De Tomaso propuso sin éxito que se extendiera la indemnización a la concubina, porque, decía, "frente al caso real, poco importa saber si es mujer legítima o madre natural, es la madre de sus hijos" (*Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados de la Nación, año 1915, t. III, pág. 559).

31. Legislación previsional.

La concubina carece del derecho a pensión. La ley 21.451, que ha modificado a la ley 18.037, referida a los trabajadores en relación de dependencia, y la ley 18.038, concerniente a los trabajadores autónomos, no contemplan a la concubina entre los titulares del derecho a pensión.

Sin embargo, en las últimas dos décadas en diversos momentos se han sancionado a nivel provincial o comunal disposiciones aisladas que reconocieron derecho a pensión a la concubina del trabajador fallecido. Algunas de esas disposiciones han sido derogadas; otras siguen vigentes.

A título de ejemplo mencionaremos las siguientes:

En la ciudad de Buenos Aires se sancionó en 1961 la ordenanza municipal n° 18.447, que concedió derecho a pensión a la concubina del afiliado municipal siempre que no hayan mediado impedimentos matrimoniales, que hayan convivido los cinco años anteriores al fallecimiento y que hayan tenido un hijo reconocido por ambos. Esta ordenanza quedó derogada por decreto-ley 4270/63. En ese mismo año la Municipalidad de Buenos Aires sancionó la ordenanza 18.990 que volvió a establecer una disposición similar, y rigió hasta 1969.

Con parecidos requisitos se estableció el beneficio a favor de la concubina en la Municipalidad de Santa Fe por ordenanza 5353 del año 1964.

Inspiradas en el mismo espíritu, la ordenanza 47.532 de la Municipalidad de la ciudad de Rosario del año 1973 incluyó entre los beneficiarios del derecho a pensión a la mujer del afiliado a la Caja Municipal que hubiese convivido los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, sin que haya existido impedimento legal para legitimar la unión. El monto de la pensión es el 50% de lo establecido para la viuda.

La Municipalidad de Buenos Aires en 1973 sancionó la ordenanza 27.944 que volvió a establecer el derecho a pensión a favor de la concubina, equiparándola a la viuda del afiliado municipal, siempre que hubiese convivido un mínimo de cinco años anteriores al fallecimiento, y cualquiera sea la situación legal de los concubinos de acuerdo a las leyes argentinas. La convivencia requerida debía probarse con prueba documental. Ese plazo de convivencia podía reducirse a un año si existía un hijo del causante con la peticionaria reconocido por ambos. Esta ordenanza fue derogada por decreto 1645/78.

La ley de jubilaciones de la provincia de Santa Fe fue modificada por la ley 7837 del año 1975, la cual incluye entre los beneficiarios del derecho a pensión a la mujer que a la fecha del fallecimiento del causante hubiese convivido durante los tres años anteriores al deceso, siempre que no existan impedimentos matrimoniales, salvo el determinado por el artículo 9 LMC (el matrimonio anterior mientras subsista). Concurrirá con la viuda divorciada declarada inocente del divorcio o que gozaba de pensión alimentaria en vida del causante. La inexistencia de sentencia de divorcio será interpretada como si los cónyuges vivían separados de hecho sin voluntad de unirse con pérdida del derecho de pensión para la viuda, salvo prueba en contrario. Esta ley se encuentra vigente.

La ley 3295/76 de la Provincia de Corrientes también estableció el derecho de pensión a favor de la mujer que hubiese vivido públicamente con el afiliado en aparente matrimonio, siempre que no hayan existido impedimentos legales, durante un mínimo de cinco años, plazo que fue aumentado por ley 3328/76 a diez años anteriores al fallecimiento y siempre que hubiere habido descendencia.

Las disposiciones previsionales citadas han sido objeto de diversas y fundadas críticas.

En primer lugar se ha señalado que el derecho previsional a través de disposiciones aisladas no puede variar el régimen civil de la familia. Las ordenanzas municipales y leyes provinciales revisten una jerarquía inferior a las leyes nacionales a tenor del orden de prelación que surge del artículo 31 de la Constitución Nacional. De tal manera, las disposiciones que otorgan pensión a la concubina aparecen incompatibles con la organización de la familia fundada en el matrimonio que ha institucionalizado imperativamente el Código Civil, que es ley de fondo para todo el país. Desde luego, el sistema civilista de la familia no se traslada íntegramente al sistema de previsión, porque los supuestos de uno y otro no coinciden plenamente, y por ello el rigor del primero se atenúa a veces en el segundo, pero debe existir siempre una elemental coherencia entre los principios básicos de ambos regímenes. Si el Código ha querido asentar el orden social argentino en la familia surgida del connubio, toda norma inferior que expresa o implícitamente equipare el concubinato al matrimonio infringe el orden público familiar. Las disposiciones legales que establecen esa equiparación a los efectos previsionales adolecen, entonces, de la inconstitucionalidad propia de las normas inferiores sublevadas contra las superiores (Bidart Campos; Leonfanti).

Guastavino también destaca la conveniencia de no prescindir en materia previsional de los lineamientos del derecho familiar. La política legislativa siempre ha de tener presente, dice, que las condiciones del perfeccionamiento de la energía biológica del pueblo son la salud moral y la protección del matrimonio como pilar de la familia. Regímenes previsionales como el de la Municipalidad de Rosario, expresa, no están exentos de cierta piedad y merecen una valoración prudente, con abstracción de la consideración moral de los matrimonios aparentes. Pero disposiciones como las de la ciudad de Buenos Aires y las del régimen del contrato laboral, que explícitamente toleran adulterios, bigamias, incestos, y otras uniones prohibidas, son pasibles de un enjuiciamiento más severo, puesto que conducen a consecuencias opuestas a las condiciones permanentes del perfeccionamiento de la energía biológica del pueblo.

Por último, se señala que los beneficios acordados al varón y a la mujer que han concertado voluntariamente la unión extramatrimonial desconociendo normas que prohíben la bigamia, el adulterio, el incesto, etc., carecen de explicación (Guastavino), porque los hechos contrarios a la ley y a las buenas costumbres no son fuente de derecho y nadie puede alegar su propia torpeza (Bidart Campos).

Y aun cuando no hayan existido impedimentos matrimoniales, la concubina tampoco tendría derecho a pensión, porque la mujer ha preferido voluntariamente la comodidad de la unión libre a la dignidad de esposa, ha consentido la vida marital de hecho, la mantuvo y la compartió. ¿Por qué, entonces, si en vida del causante asumió plenamente la calidad de concubina, después de su muerte ha de pretender trocarse en esposa a los fines de lograr el beneficio previsional? La ley no debe suplir la inercia ni la negligencia de quienes pudieron contraer matrimonio y no lo hicieron porque no quisieron. No se educa al pueblo dándole derechos en base a hechos que voluntariamente marginan la ley, sino propiciando el cumplimiento de ésta (Bidart Campos).

C) EL CONCUBINATO EN LA JURISPRUDENCIA.

32. Función de la jurisprudencia.

No obstante el silencio del Código, la jurisprudencia se ha visto obligada a contemplar el concubinato como un hecho de la vida real, y ha brindado soluciones a los diferentes problemas que plantea, pero manteniéndose en la orientación del Código Civil, pues prescinde del concubinato, lo ignora, no lo reconoce como fuente de derechos. Sólo considera si en el caso particular, independientemente de la unión concubinaria, concurren otras circunstancias exigidas por el derecho común para que se produzcan determinadas consecuencias jurídicas (Busso, Vaca Narvaja). Por ello, aun cuando en ciertas hipótesis pareciera haber atribuido consecuencias de derecho a la unión concubinaria, si se profundiza el análisis se verá que esas "consecuencias" no son más que aparentes, y que en realidad son los principios de derecho común que se aplican al margen de la realidad del vínculo concubinario. A título de

ejemplo, el contrato de sociedad invocado frecuentemente por los concubinos. La jurisprudencia ha resuelto que el concubinato no crea por sí mismo una sociedad ni hace presumir su existencia; pero reconoce que tal sociedad puede existir siempre que se prueben los aportes de bienes o trabajos y el fin de obtener un lucro.

Las cuestiones resueltas por la jurisprudencia se refieren tanto a las relaciones de los concubinos entre sí, como a sus relaciones con terceros. En ese orden las examinaremos.

Excluimos las relaciones de los concubinos con sus hijos que serán estudiadas en los capítulos destinados a la filiación extramatrimonial y a la patria potestad; como también la incidencia del concubinato en otros órdenes de relaciones familiares, que será estudiada en los capítulos pertinentes (incidencia en la adopción; en la guarda de los hijos legítimos de uno de los concubinos; etc.).

a) RELACIONES DE LOS CONCUBINOS ENTRE SI.

33. Alimentos entre concubinos.

No hay ninguna norma en nuestro derecho que imponga la prestación alimentaria entre los integrantes de una pareja concubinaria. Por lo tanto, no pesa sobre el concubino ninguna obligación civil de pasar alimentos a su concubina. Ni menos sobre ésta a favor de aquél.

No obstante, en nuestra jurisprudencia se ha debatido la cuestión de si existe a cargo del concubino una obligación natural de prestar alimentos a su compañera. Las soluciones en los pocos fallos que se registran son contradictorias. Así, un antiguo fallo de la Cámara Civil 1ª de la Capital negó la existencia de esa obligación, aunque el voto en minoría del Dr. Colmo admite que esa asistencia a cargo del concubino entrañaría una obligación natural (JA 18-529). Posteriormente, la Cámara Civil 2ª, también de la Capital, adhiriendo al voto del Dr. Tobal, resolvió que el pago efectuado por el concubino de trabajos relativos a la salud de la concubina es irrepetible. La solución fue desaprobada por el anotador del fallo, Acuña Anzorena (La Ley 23-902). En el sentido de admitir una obligación natural también se expidió la Suprema Corte de Tucumán (JA 56-343).

En doctrina, Bossert, López del Carril y Zannoni admiten la existencia de una obligación natural fundada en deberes de conciencia, que no es exigible civilmente, pero si el concubino la ha cumplido, contribuyendo a la asistencia de su compañera, corresponde entonces la aplicación de los efectos derivados de la obligación natural.

Nosotros creemos que no existe en este supuesto obligación natural, sino tan sólo un deber moral del concubino. Si bien ambos conceptos tienen de común la irrepetibilidad de lo pagado voluntariamente, están perfectamente diferenciados según lo explican con precisión Moisset de Espanes y Belluscio. En la obligación natural hay un vínculo, aun cuando sus efectos sean restringidos; en el deber moral no hay vínculo jurídico ni se dan íntegramente los elementos esenciales de la obligación. El acto de cumplimiento de una obligación natural es un pago; el acto de cumplimiento de un deber moral puede ser una liberalidad o donación. La obligación natural puede convertirse en civil por novación; el deber moral no puede novarse, aunque sí puede ser causa de una obligación civil válida, por lo tanto la promesa de cumplimiento de un deber moral aceptada por el beneficiario genera una obligación civil. La obligación natural puede extinguirse por todos los medios sustitutivos del pago; el deber moral no se extingue por esas vías porque no constituye un vínculo jurídico. Las obligaciones naturales pueden transmitirse, lo cual no se concibe respecto de los deberes morales.

Teniendo en cuenta que entre los componentes de la unión de hecho no existe vínculo jurídico alguno, cabe concluir que el concubino sólo tiene un deber moral, de conciencia, de asistir a su compañera, y como la ley, dice Spota, no repudia los actos que tienen por fundamento cumplir tales deberes morales, son válidos e irrepetibles, en consecuencia, los pagos efectuados por el concubino en cumplimiento de ese deber.

34. Gastos de última enfermedad y entierro.

Los gastos de última enfermedad y entierro del concubino o concubina, efectuados por su compañero, implican, de acuerdo a lo expuesto precedentemente, el cumplimiento de un deber moral para con el fallecido.

Pero cabe aquí preguntarse si el concubino podría reclamar que se le reembolsen esos gastos, no obstante que al hacerlos ha cumplido con un deber moral, o, según otros, con una obligación natural.

El interrogante surge a partir de lo dispuesto por los artículos 2306, 2307 y 2308 del Código Civil. El primero dispone que cuando alguien sin ser gestor de negocios ni mandatario hiciese gastos en utilidad de otra persona, puede demandarlos a aquellos en cuya utilidad se convirtieron. El segundo aclara que entran en dicha clase de gastos, los gastos funerarios hechos con relación a la calidad de la persona y a los usos del lugar. Y el último, expresa que no dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el cónyuge supérstite, y cuando éste no tuviese bienes, por las personas que tenían obligación de alimentar al muerto cuando vivía.

Ante el tenor de estas disposiciones, Guastavino sostiene que aun cuando existiese obligación natural, ella vincularía al concubino o concubina que efectuó el pago con su compañero fallecido, pero no con el cónyuge o parientes de este último, o sea con las personas obligadas por el artículo 2308, a quienes por lo tanto podría reclamar el reintegro de los gastos mencionados. Quedan también incluidos en el reembolso los gastos de última enfermedad, aunque el citado precepto no los mencione, porque participan de la misma naturaleza que los gastos funerarios, y además el propio Código los equipara en otras disposiciones —artículo 1084— (Díaz de Guisjarro, Guastavino).

La Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, Sala 2ª, declaró que la posesión de los recibos por los pagos correspondientes a los gastos de última enfermedad y funerarios por parte del concubino, no basta para acreditar que él hizo los pagos. Se necesita arrimar otras pruebas, y deberá considerarse la solvencia económica del muerto y del concubino supérstite (JA 1965-II-453, con la nota de Guastavino).

35. Donaciones.

Es principio general que los concubinos tienen plena libertad para contratar entre sí, pues no existe ninguna disposición legal que les cree una incapacidad de derecho. La falta de validez de algu-

nas convenciones realizadas entre ellos responde a vicios propios de la causa de la obligación o del consentimiento, pero no a una incapacidad de derecho (Bossert).

En razón de ese principio general, las donaciones que medien entre concubinos son válidas y no pueden ser impugnadas en base a la existencia del concubinato (Acuña Anzorena, Mazzinghi, Belluscio, Bossert).

Pero los tribunales aprecian las donaciones entre concubinos según la intención que las anima. De acuerdo con este criterio, serían nulas si tienen por causa establecer o mantener las relaciones concubinarias, o retribuir la vida marital transcurrida. Tales donaciones se las reputa el *pretium stupri*, como en el antiguo derecho francés, o sea el pago de los favores íntimos, lo que constituye una inmoralidad notoria. Esos supuestos quedan comprendidos en el artículo 953 del Código Civil, en cuanto serían actos jurídicos de objeto contrario a la moral y a las buenas costumbres, y, por lo tanto, nulos.

En cambio se las ha considerado válidas cuando responden a un sentimiento de afecto desinteresado, o al propósito de reparar los daños causados a la compañera por la cesación de la unión en cumplimiento de un deber moral o de conciencia. Y la solución es justa pues si el concubinato es contrario a la moral, no lo es una donación inspirada en la gratitud, en el amor o en el deseo de reparar un perjuicio.

La distinción, sin embargo, es difícil, porque la causa de la liberalidad puede reconocer complejos sentimientos. Los jueces habrán de resolver la cuestión con arbitrio soberano y de acuerdo a las particulares circunstancias de cada caso.

En cuanto a la revocación de la donación se plantea el delicado problema de determinar cuándo se da entre concubinos la causal de ingratitud del donatario por injurias graves al donante, prevista en el artículo 1858 inciso 2º del Código Civil. Se ha resuelto que el hecho de poner fin unilateralmente a la convivencia no constituye por sí mismo una injuria grave, puesto que la unión es libre y los concubinos pueden ponerle fin en cualquier momento. Pero configurarían

injuria grave que autorizaría la revocación de la donación: 1º) El ejercicio abusivo del derecho a poner fin a la convivencia; y 2º) La realización de actos injuriosos con motivo o en ocasión del ejercicio legítimo de ese derecho (voto Dr. Belluscio, Cám. Nac. Civil Sala C, La Ley 1976-D-415). Así se ha declarado injuria grave la actitud de la concubina que impidió la entrada de su compañero al departamento que éste le había donado; le remitió un telegrama prohibiéndole el acceso por haber concluido la relación y le puso los efectos personales a su disposición en la portería del edificio (La Ley 123-463). En otra especie por el cambio de cerradura efectuado por la concubina para impedir el acceso a su compañero, la retención de sus efectos personales y el traslado a otro lugar de cuadros, adornos y mobiliario de la vivienda común (La Ley 1976-D-415).

También se ha resuelto que la infidelidad de la concubina no puede dar lugar a la revocación de la donación por injurias graves, pues el concubinato no exige a los sujetos fidelidad ni exclusividad, notas características del matrimonio (Cám. 1ª CC, La Plata, JA 1959-I-672). Coincidimos con Bossert en que si bien la concubina no está legalmente sujeta al deber de fidelidad, sus relaciones sexuales con un tercero significarían una grave afrenta a los sentimientos de su concubino que configurarían una evidente injuria grave, siempre desde luego que la unión concubinaria reúna las características de exclusividad, permanencia y notoriedad.

36. Sociedad de hecho.

Los concubinos pueden constituir entre ellos una sociedad, pues no soportan incapacidad alguna para ello, como tampoco para realizar cualquier otro acto lícito, según se ha dicho.

Pero si bien puede concertarse la sociedad de hecho entre concubinos, lo exacto es que su causa nunca es el concubinato en sí mismo. Debe existir independientemente de la relación afectiva de la pareja y se requiere la realización de aportes en bienes o trabajos y el propósito de obtener utilidades y dividirlos.

En este sentido, la jurisprudencia ha resuelto desde antiguo y pacíficamente que el concubinato no crea por sí mismo una sociedad de hecho entre los concubinos, ni tampoco hace presumir su

existencia, pues ello equivaldría a colocar en un plano de igualdad al matrimonio legítimo y a la unión irregular, con indudable desventaja para el primero, y a crear una sociedad universal de bienes entre concubinos semejante a la sociedad conyugal, lo que está prohibido por el artículo 1651, Código Civil.

Cuando se pretende liquidar una sociedad de hecho constituida por los componentes de la pareja, el fundamento del reclamo, en consecuencia, no es el concubinato, sino la existencia real de una sociedad, por lo cual deben acreditarse todos sus presupuestos (aportes de cada concubino, fin de lucro, división de las utilidades, etc.), siendo admisibles todos los medios probatorios.

El tribunal debe apreciar la prueba y los hechos societarios alegados por los concubinos con criterio restrictivo y severo, ya que la relación concubinaria puede crear una falsa apariencia de comunidad de bienes y se debe evitar que esa posible confusión conduzca a atribuirle los mismos efectos patrimoniales que el matrimonio.

37. Locación de servicios.

En reiteradas ocasiones se ha echado mano de la figura jurídica del contrato de locación de servicios para justificar el cobro de una suma de dinero de un concubino al otro.

Nada obsta para que exista ese contrato entre concubinos. La concubina, por ejemplo, puede realizar trabajos en el negocio de su compañero manteniendo una relación laboral.

Pero las tareas domésticas realizadas por ella en el hogar concubinario, por sus características y por el hecho de la convivencia, han declarado los tribunales, no son de ningún modo retribuíbles, pues se presume que ha existido la intención de beneficiar al concubino por aplicación del artículo 1628 del Código Civil. Son actividades que integran el contenido de la relación personal que mantienen los concubinos (Bossert), y por ende no generan derecho alguno.

38. El derecho a pensión de la concubina.

En los casos en que no medie matrimonio extranjero fraudulento ni tampoco norma expresa que acuerde el derecho de pensión a la concubina, los tribunales han declarado que la condición de concubina no es equiparable a la de esposa para fundar el derecho a una pensión por muerte del compañero, y por lo tanto le han negado tal derecho. Excepcionalmente, la Corte nacional ha concedido el beneficio a la mujer que sólo había contraído matrimonio religioso con el trabajador fallecido, en atención a una serie de circunstancias especiales que rodeaba el caso.

La situación se complica cuando quien reclama el beneficio de pensión es la pretensa viuda de un segundo matrimonio extranjero del causante, celebrado previa disolución, también en el extranjero, del primer matrimonio argentino.

Ese divorcio vincular obtenido por el causante en el extranjero, es ineficaz frente a la ley argentina, porque es decretado por un juez incompetente, en razón de no ser el juez del domicilio de los contrayentes, y además porque no produce la disolución del vínculo, pues un matrimonio celebrado en la Argentina sólo se disuelve por las causales admitidas por la ley nacional, entre las que no se cuenta el divorcio (arts. 2, 7 y 104, LMC). El segundo matrimonio que celebra subsiguientemente, se considera, por lo tanto, contraído en fraude a la ley argentina, porque pretende burlar el impedimento de ligamen constituido por el primer matrimonio argentino no disuelto.

De lo expuesto se deduce, entonces, que el matrimonio extranjero fraudulento es inexistente o carece de eficacia en nuestro país, por lo cual, frente a la ley argentina, la pretendida segunda esposa es, en verdad, concubina sin derecho de pensión. Sin embargo, el tratamiento que la Corte Suprema ha dado a esos matrimonios fraudulentos ha sufrido variaciones de acuerdo a la distinta composición del tribunal, y por ello no siempre se negó el beneficio de pensión a la cónyuge supérstite de tales connubios. Las posiciones divergentes de nuestro más alto tribunal son las siguientes:

a) Según una primera doctrina (caso "Rosas de Egea", 12/5/69, La Ley, t. 135, p. 624), la esposa de matrimonio celebrado en el extranjero en fraude a la ley argentina no inviste el carácter de viuda y por lo tanto carece del derecho a pensión, porque aun cuando el connubio pueda ser válido de acuerdo a las leyes del país en que se celebró, no produce efectos legales en el país, y las autoridades nacionales tienen facultades para desconocerle valor dentro del territorio de la República, sin necesidad de obtener la declaración judicial de nulidad del mismo.

b) La Corte, con la nueva composición formada en 1973, elabora una segunda doctrina según la cual la anulación del segundo matrimonio extranjero es competencia exclusiva del poder judicial, único órgano habilitado para juzgar sobre la legalidad de los actos de los particulares y su legitimidad, previo examen de las causas de invalidez en juicio ordinario y con las garantías del proceso contradictorio. En consecuencia, el matrimonio extranjero es sólo anulable, y mientras no se decrete su nulidad por sentencia, produce todos los efectos del matrimonio válido. En base a ello resuelve acordar pensión a la cónyuge supérstite del segundo matrimonio extranjero, el cual considera que es válido hasta tanto la viuda del primer matrimonio argentino no haya ejercido la acción de nulidad contra el segundo matrimonio, conforme lo determina el artículo 86 LMC. Presentándose ambas consortes a petitionar el beneficio de pensión, y siendo ambos vínculos matrimoniales formalmente válidos, según la teoría expuesta, debe darse satisfacción a la afectada directa por el fallecimiento del causante, o sea a la cónyuge del segundo matrimonio, pues el beneficio para ella no significa otra cosa que mantener a su respecto la situación asistencial que venía gozando y que la muerte del afiliado afecta; y además porque se debe favorecer a quien sustituyó a la primera esposa, conviviendo con el causante y cumpliendo en forma estable y seria los deberes de asistencia y socorro hasta su fallecimiento. Ha de atenderse, en suma, a los intereses asistenciales, con prescindencia de la legitimidad de las situaciones jurídicas familiares que los interesados puedan ostentar a la luz de la legislación matrimonial argentina. La doctrina se expuso fundamentalmente en los casos "Pizzorno, Carlos

M." del 26/12/74 (La Ley 1975-B-574); "Sanmartino de Weskamp, Aida", del 8/5/75 (La Ley 1975-C-261), y "Mejía, Claudio" del 4/11/75 (La Ley 1976-C-106).

Como consecuencia de esta doctrina, dice Goldschmidt, por primera vez se desvincula la pensión del derecho de familia y se transforma en una institución exclusivamente previsional. Se sustituye como base del beneficio la legitimidad del vínculo matrimonial, por la efectiva convivencia y la necesidad asistencial. Hay en adelante dos conceptos de "viuda": uno del derecho civil, basado en la legitimidad del vínculo matrimonial; otro, del derecho previsional, que descansa en los hechos de la convivencia marital y en la necesidad asistencial.

El avance del concubinato y el ataque al orden público y a la institución matrimonial tal como la organiza nuestra ley civil, no pueden ser más flagrantes. Se vulnera el orden público argentino al permitir la organización de regímenes matrimoniales paralelos, en base al reconocimiento de efectos a la ley extranjera que admite el divorcio vincular; y se agravia a la institución matrimonial porque se legitima el escándalo jurídico de considerar simultáneamente válidos dos matrimonios sucesivos de una misma persona. Los jueces, dice López Olaciregui, no pueden cerrar los ojos a lo que ven. No pueden declarar ni siquiera provisionalmente eficaz lo que es manifiestamente nulo (Conf.: Zannoni).

e) Con la nueva integración de 1976, la Corte rechaza la doctrina del tribunal en su anterior composición, y vuelve a los acertados principios del caso "Rosas de Egea". Entiende que el concepto de viuda implica necesariamente la preexistencia de un vínculo matrimonial reconocido por la ley, por lo cual no tiene tal carácter la cónyuge supérstite de un matrimonio *in fraudem legis*. Nuestra legislación civil impide reconocerles efectos a tales uniones, y nuestros jueces y funcionarios así deben declararlo sin necesidad de trámite previo. Esta doctrina, vigente en la actualidad, se expuso en los casos "Fernández, Aida G." del 27/7/76 (La Ley 1976-D-100) y "Espinosa Viale, Emma de" del 21/9/76 (JA 1976-IV-437).

b) RELACIONES DE LOS CONCUBINOS CON TERCEROS

39. Indemnización por muerte del concubino o concubina.

La cuestión consiste en determinar si la concubina o el concubino tienen legitimidad para accionar por indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su compañero a raíz de un hecho ilícito. Se entiende que se trata de daños materiales, pues la concubina, por no ser heredera forzosa, no puede reclamar el daño moral, según lo dispuesto por el artículo 1078 del Código Civil. La jurisprudencia es contradictoria.

Se pueden computar dos fallos que en virtud del criterio amplio de interpretación del artículo 1079, que establece la obligación de reparar el daño a favor de toda persona que hubiera sufrido por él, así sea de manera indirecta, reconocen a la concubina o concubino el derecho de resarcimiento, siempre que acrediten debidamente el daño, demostrando que vivían de los auxilios o recursos del compañero fallecido, pues la concubina o concubino no pueden verse beneficiados con las presunciones legales establecidas para los cónyuges y descendientes en los artículos 1084 y 1085, Código Civil, quienes no necesitan probar el daño. En efecto, quien invoca una unión irregular mantenida con la víctima, debe probar el daño, pues éste no surge de la mera unión concubinaria, que por sí sola no constituye fuente de derecho alguno. Debe, por lo tanto, demostrar las repercusiones económicas provocadas en el hogar por la desaparición del compañero. En los dos antecedentes citados la acción fue rechazada, no por falta de legitimidad para accionar, sino porque la concubina, en un caso, y el concubino, en el otro, no probaron los daños que decían haber sufrido (Cám. Nacional Civil Sala F, La Ley 127-151; idem, Sala C, La Ley 1977-D-537).

En doctrina, participan de tal criterio Salvat, Cammarota, Colombo, Spota, Bustos Berrondo, Bossert, Zannoni y Borgonovo.

Otro fallo posterior de la Cámara Especial Civil y Comercial de la Capital, rechazó la acción entablada por la concubina porque ésta carece de derecho a reclamar indemnización, sostiene la Cámara, en virtud de que uno de los requisitos para que el daño sea resarcible es la existencia de un interés legítimo por parte del dam-

nificado, el cual no concurre en el caso de la concubina del muerto por no existir entre ambos un vínculo jurídico que traiga aparejada tal legitimación. La concubina es, por ello, una damnificada *de facto* y no *de iure*, por lo cual no tiene titularidad para accionar (JA 1979-III-6).

En rigor, consideramos correcta esta última doctrina, pues el daño resarcible requiere la lesión a un derecho subjetivo o a un bien jurídicamente protegido. Tal es la noción restringida que surge del artículo 1068. Los amplios términos del artículo 1079 deben interpretarse en función de dicha norma que conceptualiza el daño jurídico. La concubina no puede invocar un daño jurídico porque no está unida al causante por vínculo alguno de derecho, ya sea concubinato simple o adulterino, o concubinato encubierto por una partida matrimonial extranjera. El perjuicio que sufre es *de facto*, está excluido del concepto del artículo 1068, y por lo tanto no está amparado por la norma del artículo 1079. Así opinan Orgaz, Borda, Llambías, Mazzinghi, Casiello, Kemelmajer de Carlucci, Andorno, Barbero, Vaca Narvaja.

Y aun cuando admitamos que para la reparación de un daño basta la lesión de un interés simple, se requiere todavía que este interés no surja de una situación ilegítima, violatoria de la moral o del orden público (Mosset Iturraspe). Y como el concubinato es una situación ilegítima o contraria a las buenas costumbres, el perjuicio que podría invocar cualquiera de los componentes de la pareja por la muerte del compañero no sería jurídicamente resarcible, sin contar que además tomaría improcedente la acción el principio de que nadie puede invocar su propia torpeza (Busso).

40. Responsabilidad frente a terceros.

Hemos dicho que el concubinato no funciona como fuente de derechos para los concubinos, pero ello no impide que constituya a veces la causa de obligaciones frente a terceros. Ello ocurre cuando la vida de la pareja se desenvuelve de manera tal que generan la apariencia de un hogar conyugal que razonablemente hace suponer a los terceros que se trata de un matrimonio. Sería inadmisibles que frente al reclamo de proveedores, profesionales u otros acreedores por

el pago de sus créditos, el concubino pudiese oponer la falta de vínculo conyugal como una defensa para eximirse de las obligaciones contraídas por quien aparecía, con su consentimiento, como su mujer legítima. La apariencia crea el derecho para los terceros de buena fe, y en base a ello se ha declarado que el concubino que llama a un médico para que asista a su compañera que pasa por esposa, debe pagar el importe de los servicios prestados (Cám. Civil 1ª de la Capital, voto Dr. Colmo, JA 7-115; Juez Civil Dr. Sagasta, Capital, La Ley 27-190). En otra especie, se resolvió que el concubino está obligado por los gastos que hizo su compañera para la provisión del hogar en virtud de la existencia de un mandato tácito a favor de ella, siendo aplicables los artículos 1874 y 1946 (Cám. Civil 2ª, Capital, voto Dr. Salvat, JA 7-182).

Desde luego, la responsabilidad del concubino no puede ir más allá de la apariencia que crea, y si aparenta ser esposo no debe responder más que éste, por lo cual su responsabilidad solidaria por las deudas contraídas por su compañera está limitada a las deudas que menciona el artículo 6 de la ley 11.357: gastos para atender necesidades del hogar, la educación de los hijos o la conservación de bienes comunes (Mazzinghi, Borgonovo, Bossert).

IV. LOS ESPONSALES

41. Concepto.

Constituyen la promesa recíproca de celebrar matrimonio en el futuro que se hacen dos personas de distinto sexo.

42. Naturaleza jurídica.

Diversas teorías se han elaborado para explicar la naturaleza jurídica de los esponsales.

Algunos lo consideran como un *antecontrato* (Merlin, Toullier, Hemard) o *convención preliminar no vinculante* (Messinco).

Otros lo conciben como un *vínculo de naturaleza contractual* (Josserand, Degni, Castán Tobeñas), precisando algunos que se trata de un *contrato mixto*, del derecho de las obligaciones y del derecho de familia, puesto que los prometidos se obligan a contraer

matrimonio, y si bien el compromiso no crea una acción judicial, porque la conclusión del matrimonio debe ser libre, determina de todos modos para cada una de las partes un deber subsidiario de indemnización si la resolución se produce por culpa de una de ellas (Enneccerus-Kipp-Wolff; Puig Peña). Y otros autores sostienen que constituye sólo un *contrato de derecho de familia* (Von Thur, Lehmann, Lagomarsino).

Otras opiniones niegan naturaleza contractual a los esponsales, y sostienen que se trata de un *simple acto voluntario lícito* (Cicu, De Ruggiero, Jemolo, Barbero).

Por último, hay quienes lo consideran *acto jurídico familiar bilateral* (Díaz de Guijarro), o negocio jurídico bilateral en la terminología española (Bonet Ramón; Puig Brutau; Díez Pícaso).

43. Referencia histórica.

En los pueblos más antiguos el matrimonio ya era precedido por una promesa formal. Así fue entre los hebreos, griegos y romanos.

El *derecho romano* reguló los esponsales. Se formaban con el consentimiento de los dos novios y de sus respectivos padres. No conferían acción para exigir la celebración del matrimonio, pues se consideraba inmoral toda restricción a la libertad de casarse. No obstante, producían una serie de efectos civiles, procesales y penales.

De conformidad al *derecho canónico medioeval*, contenido principalmente en las Decretales, se distinguía entre los esponsales de futuro y los esponsales de presente. Los primeros obligaban jurídicamente a contraer nupcias y conferían una *actio matrimonialis* para compeler al remiso a celebrarlo. La Iglesia forzaba al incumplidor imponiéndole penas. Elizondo, en su *Práctica universal*, citado por García Goyena, recuerda que las amonestaciones y censuras eran el último auxilio de la jurisdicción espiritual, pero al fin fue necesario establecer cárceles para ablandar a los incumplidores, al punto de que en ciertas curias había una cadena llamada de los novios, que debían sufrir hasta ejecutoriarse la causa por tres sentencias conformes. Y cuando éstos accedían se los sacaba al patio o a las puertas de la cárcel, sin grillos, para que dijeran que se

casaban en libertad. Otra característica del derecho canónico de aquel período histórico, era que esta promesa de futuro matrimonio seguida de la cópula carnal entre los prometidos, se convertía en matrimonio.

Los esponsales de presente consistían en la expresión del consentimiento actual de los novios de tomarse por marido y mujer. Era, en realidad, el matrimonio consensual, cuya validez admitía el derecho medioeval aun cuando no se celebrase ante la Iglesia. El Concilio de Trento los abolió, y también terminó con la práctica de considerar como matrimonio a los esponsales de futuro seguidos de cópula carnal.

En el *derecho español*, las leyes más antiguas ya se ocupaban de los esponsales. Las leyes de Partida reglamentaban la institución (Partida IV, libro I), atribuyendo derecho a los prometidos para acudir a la jurisdicción eclesiástica con el fin de apremiarse a realizar el matrimonio (ley 7). Los esponsales podían celebrarse a partir de los siete años (ley 6). Además de establecer un impedimento matrimonial derivado de los esponsales, determinó las causales de disolución de los mismos.

En la Edad Media los esponsales tenían suma importancia pues los matrimonios eran el medio de establecer una alianza con fines políticos entre dos familias, o al menos estaba destinado a restablecer la armonía entre ellas. El matrimonio, por lo tanto, no incumbía sólo a quien lo celebraba, sino, por su trascendencia, era un acto que interesaba a la familia toda, y por ello estaba sometido a la potestad paterna. Los padres podían contratar esponsales, válida y definitivamente, en representación de sus hijos impúberes que hubiesen cumplido siete años, y también de los púberes, aunque éstos debían ratificarlos expresa o tácitamente (Esmein).

Las corrientes revolucionarias de 1789 barrieron con una tradición antiquísima y dieron al matrimonio una nueva fisonomía en defensa de la libertad de la persona humana. El matrimonio moderno se presenta como un asunto que lo resuelve particularmente el propio interesado, y no su familia. Y la necesidad de garantizar de modo efectivo la libertad matrimonial del individuo llevó al le-

gislador francés a privar a los esponsales de toda consecuencia jurídica, eliminándolos del derecho positivo.

44. La norma del Código Civil y su fuente.

La fidelidad de Vélez Sársfield a las ideas individualistas lo llevó a extremar el silencio deliberado del Código Napoleón sobre los esponsales que, al decir de Planiol, los redujo a una "nada jurídica". El repudio de nuestro codificador adopta, en cambio, una forma de expresión positiva, concebida de modo terminante y enérgico. Inspirado en las reflexiones de García Goyena, se propuso asegurar la libertad y la espontaneidad de las personas que se unen en matrimonio, y en virtud de ello el artículo 166 del Código dispone: "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado". Esta norma fue trasladada a la ley de matrimonio civil nº 2393, cuyo artículo 8 dejó intacta la redacción de Vélez.

El codificador invocó como fuente el proyecto de código civil español de Florencio García Goyena, cuyo artículo 47 dispone: "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal civil o eclesiástico admitirá demanda sobre ello". El texto de Vélez, según se aprecia, resultó más riguroso en sus proyecciones negativas, pues aun aclara que los tribunales no admitirán demanda "ni por indemnización de los perjuicios que ellos hubieran causado".

45. La existencia de una obligación natural.

No obstante la categórica prohibición impuesta a los tribunales de admitir demandas por indemnización de los perjuicios derivados de la ruptura de esponsales, la indemnización por tal causa tendría el carácter de una obligación natural, por lo tanto si se pagase voluntariamente, no podría repetirse. Así opinan Segovia, Colmo, Salvat, Galli, Busso, Rezzónico, Borda, Cazeaux-Trigo Represas, Lagomarsino. Y aunque rechazan la existencia de una obligación natural, Spota y Belluscio admiten que tanto el resarcimiento voluntario, o el pago voluntario de una cláusula penal, como el acto

posterior a la ruptura por el cual se contrae la obligación de satisfacer una indemnización por los daños ocasionados, son válidos, porque constituirían el cumplimiento de un deber moral.

46. Derecho comparado.

En el derecho civil contemporáneo se destacan distintas direcciones bien definidas sobre la regulación de las consecuencias jurídicas de la ruptura de esponsales, que pueden reducirse a tres grandes grupos:

A) *Legislaciones de tipo negativo*: este grupo está representado por el código francés y por todas las codificaciones que se han inspirado en ese cuerpo legislativo de comienzos del siglo XIX. No conceden ningún efecto patrimonial al incumplimiento de los esponsales, considerándolo como un mero deber de conciencia. Así es en Bélgica, Rusia, Argentina, Paraguay, Brasil, etc.

Sin embargo, en Francia y Bélgica, aunque la promesa de matrimonio carece de valor jurídico, la jurisprudencia ha admitido que la ruptura injustificada, mediando culpa o dolo, da lugar a la indemnización. Se sanciona de ese modo al autor de un hecho pérfido o desleal juzgado como un cuasidelito, y se lo condena a pagar los daños causados aplicando los principios generales que regulan la responsabilidad por los hechos ilícitos. No obstante, los tribunales exigen a la víctima un principio de prueba por escrito de la promesa matrimonial.

Cabe incluir entre las legislaciones negativas a las de Chile, Uruguay, Colombia y Ecuador, para las cuales los esponsales constituyen un hecho privado sometido al honor y conciencia de las personas, sin valor ante la ley civil. La multa prevista para casos de incumplimiento no puede exigirse, pero si voluntariamente se pagara, no podrá demandarse su devolución.

B) *Legislaciones de tipo restringido*: Cabe incluir a las legislaciones de Italia, España y Portugal.

Establecen que los esponsales no dan derecho a exigir la celebración de las nupcias, pero si la promesa de matrimonio se hubiese hecho por instrumento público o privado, obliga al promitente

que sin justo motivo se niega a cumplirla a resarcir los gastos hechos y las obligaciones contraídas a causa de la promesa, disponiendo los códigos italiano y portugués que la indemnización se fijará en la medida en que los gastos y obligaciones sean razonables y correspondan a la condición de las partes. En los tres códigos la acción prescribe al año desde la negativa a casarse (Cód. español, arts. 43 y 44; Cód. italiano, arts. 79, 80 y 81; Cód. portugués, arts. 1591 a 1595).

C) *Legislaciones de tipo amplio.* Para estas legislaciones los esponsales tampoco engendran acción para reclamar la conclusión del connubio, pero el prometido culpable de la ruptura debe indemnizar al otro no sólo el daño material, sino también el daño moral. Comenzó el Código alemán de 1900 reconociendo el daño moral únicamente en el caso de la novia intachable que ha permitido la cohabitación (arts. 1297 a 1302). El Código civil suizo (arts. 90 a 95) admite sin restricciones la reparación del daño moral, como también el Código civil de Etiopía, y el derecho anglosajón. El Código mexicano admite el daño moral cuando por la duración del noviazgo, la intimidación establecida, la publicidad de las relaciones y otras causas semejantes la ruptura hubiese causado un grave daño a la reputación del prometido inocente (arts. 130 a 144). El Código peruano admite la reparación del daño moral cuando el rompimiento haya dañado gravemente los derechos inherentes a la personalidad del inocente. En estas legislaciones la acción indemnizatoria también prescribe al año de la ruptura de los esponsales, salvo el código alemán que establece dos años.

47. Opinión de la doctrina nacional.

Después de la breve revista que pasamos al derecho positivo moderno, observamos que Vélez resolvió negativamente y de una sola vez dos cuestiones diferentes: la obligación de celebrar el matrimonio, que ninguna ley civil contemporánea admite; y la indemnización en caso de ruptura injustificada, aceptada por todas.

La doctrina nacional, en su mayoría, se manifiesta contraria a la restricción extrema de la ley civil (Machado, Lafaille, Rébora, Busso, Borda, Belluscio, Mazzinghi, Spota, Lagomarsino).

Incluso Rébora y Busso sostienen que nuestros tribunales, de igual manera que los tribunales franceses y belgas, con las normas del derecho vigente estarían autorizados a admitir acciones resarcitorias derivadas de la ruptura de esponsales. El artículo 8 de la ley 2393 no prohíbe las acciones indemnizatorias que reconozcan su causa en el dolo o culpa extracontractual fundadas en los artículos 1109, 1067 y siguientes del Código Civil. Será, pues, una cuestión de hecho la de apreciar si la conducta del prometido que se niega al matrimonio constituye un acto ilícito. Acogen esta tesis Spota y Lagomarsino, y también nosotros adherimos a tan valiosa orientación.

Borda, Mazzinghi y Belluscio coinciden en que se debe modificar la ley vigente admitiéndose el resarcimiento por los daños materiales ocasionados por la ruptura del noviazgo. Spota sostiene que debería regularse el resarcimiento ya sea según la solución amplia de los códigos alemán y suizo, o según la más restringida del código italiano. Lagomarsino, por su parte, elaboró un proyecto de ley sobre esponsales en el cual admite la reparación del daño material y del daño moral.

48. La jurisprudencia de los tribunales y la reparación de los perjuicios.

Un texto tan rotundo como el de Vélez explica que no se hayan ventilado causas de este género en nuestros tribunales. En los repertorios jurisprudenciales, que nosotros sepamos, se registra un solo caso de esta naturaleza. Fue fallado por la Cámara Nacional Civil Sala C, y está inserto en La Ley tomo 65, pág. 199.

El caso es el siguiente: una joven ingresó a una empresa comercial donde trabajó relación con el contador, quien afirmaba ser soltero, y así figuraba en el personal. Este empezó a cortejarla y pidió su mano a los padres. Después de dos años de público noviazgo, fijóse el 17 de febrero de 1949 como fecha para celebrar las nupcias. Incluso concurrieron a la Iglesia a cumplir los requisitos previos a la celebración religiosa. En la víspera de la boda, la novia recibió una carta del prometido en la cual le expresaba en forma confusa que no podrían casarse: era casado y tenía tres hijos.

La mujer de tal modo burlada promovió demanda por indemnización de daños y perjuicios. Expresaba que su novio la hizo renunciar a su empleo y además, con motivo de la frustrada boda, había efectuado muchos gastos para el ajuar, por lo cual estimaba los daños materiales en \$ 5.000 m/n., fundando la acción en el artículo 1893 del Código Civil, el cual dispone que la incitación o consejo en el interés exclusivo de aquel a quien se da no produce obligación, sino cuando se ha hecho de mala fe, y en este caso el que ha incitado o dado consejo debe satisfacer los daños y perjuicios.

No obstante el hábil arbitrio para fundar la demanda, el tribunal la rechazó en virtud de los claros y categóricos términos del artículo 8 LMC, aun cuando no dejó de admitir que se probaron ampliamente los hechos alegados, que el demandado había burlado despiadadamente a su prometida y que con el rechazo de la acción se sancionaba una verdadera injusticia. El fallo propicia, eso sí, la reforma de la ley matrimonial a fin de que se armonice con los principios generales que acuerdan el derecho a la reparación a todo aquel que sufra un daño.

Otra hubiese sido la solución si los jueces hubiesen aplicado la doctrina sustentada originariamente por Rébora y Busso, pues, como bien señalan esos autores, el artículo 8 LMC sólo rechaza la obligación contractual derivada de los esponsales, pero no la responsabilidad delictual o cuasi delictual emergente del acto ilícito del incumplidor que se rige por los principios generales.

49. Restitución de bienes entregados por causa de matrimonio si éste no se celebra.

a) *La cuestión:* la ruptura de la promesa de matrimonio suscita otras disputas de índole patrimonial, además de las referidas a los daños y perjuicios, que se plantean cuando uno de los prometidos reclama al otro la restitución de las donaciones que le hiciera durante el noviazgo. No se exige la celebración del matrimonio ni se pretende la reparación de los perjuicios derivados de la ruptura, sino la restitución de los bienes entregados gratuitamente durante el período de noviazgo. La situación, pues, no encuadra en la prohibición del artículo 8 LMC, y hay acuerdo general en que procede

la restitución en estos casos, aunque las discrepancias sobrevienen cuando se estudian los fundamentos de la obligación restitutoria.

b) *La jurisprudencia*: La Sala F de la Cámara Nacional Civil de la Capital resolvió el 22/3/73 la causa "Mariscal c/Rubio y otro", en la que el actor demandaba a su prometida la restitución de diversos bienes regalados durante el noviazgo, planteándose el debate sobre un reloj Rolex y un anillo de brillantes. El juez Dr. Igarzabal distinguió entre los simples presentes de uso y los bienes donados por causa de matrimonio. Los primeros quedan irrevocablemente adquiridos por el donatario, mientras que para los segundos existe la posibilidad de exigir su restitución. Así resuelve que el anillo de brillantes por su origen (era de la abuela del actor), y por su valor excede la noción de "presente de uso" y es tradición y costumbre que su entrega queda condicionada a la celebración del matrimonio, por lo que si éste no se concreta procede su restitución. En cuanto al reloj Rolex, como fue regalado en ocasión del cumpleaños de la demandada y el novio estaba en condiciones de hacer esa erogación, constituye un presente de uso, y por lo tanto quedó irrevocablemente adquirido por la donataria. Las partes consintieron lo resuelto sobre el reloj, y se apeló la otra cuestión del anillo. La Cámara confirmó la resolución del juez, estimando que la restitución del anillo de brillantes se funda en la costumbre, que subordina el regalo de la alianza y el anillo que la acompaña a la celebración de las nupcias, por lo cual se devuelven si el compromiso se rompe (JA 1973-20-375).

En otro caso similar resuelto por la Cámara Civil y Comercial, Sala 2ª, de Rosario, el novio había adquirido de su peculio diversos bienes muebles para ser usados cuando contrajeran matrimonio, los que guardó en casa de su novia. Rota esas relaciones, solicitó la devolución de los efectos, a lo que su ex novia se negó. La Cámara estimó que esos bienes estaban destinados a un uso común en el futuro hogar (juego de dormitorio, batería de cocina, heladera, etc.), y por lo tanto debían restituirse al novio que los adquiriera, pues la índole de los objetos en cuestión indica que no existió un desprendimiento actual e irrevocable en favor de la novia, por lo que no hubo donación, sino depósito, y por lo tanto

obligación de restituir de la depositaria, sin que quepa exigir en este caso prueba escrita de dicho contrato por haber mediado entre las partes un largo noviazgo (Juris 41-177). En idéntico sentido resolvió un caso similar la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala 2ª, de Paraná (Zeus, t. 15-Jurisp. p. 59).

La Cámara 1ª de San Nicolás resolvió igualmente la restitución al novio de bienes destinados al futuro hogar adquiridos por él y entregados a la novia, pero fundándose en que había mediado, no depósito, sino donación, la cual caducó por la no celebración del matrimonio, o sea, se cumplió la condición resolutoria e implícita a la cual estaba subordinada la donación (arts. 1240 y 1248) (JA 1977-I-388). Y esa condición resolutoria funciona con prescindencia de que la donación se haya efectuado o no en el contexto de alguna convención prematrimonial (Cám. Nac. Civil Sala B, JA 1978-IV-539).

La Cámara 1ª de Bahía Blanca resolvió asimismo un caso igual, en el que el ex novio reclamaba a la prometida la restitución de diversos bienes que había adquirido para el futuro hogar conyugal y que se los había entregado a ella. Los vocales de la Cámara disienten en cuanto a los fundamentos de la obligación restitutoria. Para dos de ellos se trataría de una donación revocable porque tiene impresa la condición resolutoria e implícita de "si el matrimonio se celebra", y la restitución deviene del cumplimiento de la condición, o sea la no celebración de las nupcias. El tercer vocal estimó que la restitución se funda en el enriquecimiento sin causa (JA 1974-24-465).

c) *La doctrina*: diversas teorías ensayan explicar el fundamento de la obligación restitutoria.

Segovia entendió que la restitución de regalos en caso de que el matrimonio no se celebre puede reclamarse como si se tratase de un pago indebido.

Fassi y Lagomarsino distinguen entre las donaciones por causa de matrimonio y los simples presentes de uso. Las primeras pueden revocarse si el matrimonio no se realiza (arts. 1238 y 1240); los segundos quedan irrevocablemente adquiridos y no puede exigirse su devolución porque ningún texto lo autoriza.

Spota considera que en nuestro régimen legal las donaciones que se hagan por causa de matrimonio son revocables si éste no se celebra, aun cuando sean donaciones efectuadas fuera de las convenciones matrimoniales, debiendo aplicarse la solución no sólo a las donaciones hechas a la novia, sino también a las que hubiesen efectuado al novio, y ya sea que se trate de donaciones entre prometidos, o que las hubiese efectuado un tercero a uno de los contrayentes (arts. 1238, 1240 y 1248). La restitución también comprende a los regalos de uso, en cuanto éstos no reconozcan una relación de amistad o parentesco anterior a los esponsales y sean independientes de estos últimos.

Belluscio afirma que no es admisible la pretendida distinción entre “presentes de uso” y “donaciones” pues entre ambos conceptos no hay diferencias esenciales; son todas donaciones, ya que cualquiera sea su valor siempre quedará comprendida en la definición del artículo 1789. Por lo tanto, siempre que la donación, regalo o presente de uso tenga por causa el matrimonio futuro, la ruptura de la promesa debe dar lugar a la restitución de la cosa donada, y no sólo cuando la donación fue hecha en relación directa con el futuro matrimonio (vivienda, objetos del hogar, etc.), sino también cuando tiene por causa la relación prematrimonial, pues rota ésta desaparece la causa de la donación. No procede recurrir a la costumbre para fundar la obligación restitutoria, sino aplicar analógicamente los artículos 1238, 1240 y 1248, según los cuales las donaciones que tienen por causa el matrimonio llevan implícita la condición de que éste se celebre.

Guastavino enseña que conviene distinguir los casos según la índole y destino de los objetos, por las presunciones sobre la causa de su entrega que razonablemente generan. Distingue así entre los bienes de uso común y los bienes de uso personal. Los primeros son los bienes que componen el mobiliario del futuro hogar. Por su naturaleza y su destino, no son entregados a la novia como donación, sino, generalmente, para su guarda, surgiendo una relación de depósito, por lo cual la depositaria o depositario quedan obligados a restituir la misma e idéntica cosa (art. 2182). El depósito en este caso se puede acreditar por cualquier medio probatorio.

Tal será el supuesto más frecuente, aunque no se puede presumir que siempre habrá depósito, pues podría haber existido desprendimiento actual e irrevocable de los bienes, o sea donación. Determinar si se da uno u otra es una cuestión de hecho, pero en ambos casos procede la restitución, pues si hay donación ella también cae por aplicación de la condición resolutoria que lleva implícita de "si las nupcias se celebran" —arts. 1238 y 1240—. Respecto a los bienes de uso personal de quien los recibe (regalos de costumbres, alhajas, etc.) es fundado suponer que fueron entregados a título de donación, y si el matrimonio no se celebra, la donación caduca por haberse cumplido la condición resolutoria ya mencionada.

Llerena, por su parte, afirmaba que no acoger la acción restitutoria sería contrario al principio de que nadie debe enriquecerse a costa de otro. *Zannoni* coincidentemente sostiene que la ruptura de la promesa matrimonial hace desaparecer el título o la causa que permite al donatario retener legítimamente los objetos donados, y ello independientemente de su valor, y si el donatario pretende retenerlos a título de propietario definitivo estaría consumando un verdadero enriquecimiento sin causa a su favor, todo lo cual justifica la obligación de restituir.

Por nuestra parte, coincidimos con la exposición de Guastavino por ser más flexible y adaptarse a la realidad de los hechos. A veces habrá depósito, en efecto; pero otras veces puede haber donación, y entonces todo depende de las circunstancias particulares de cada caso y ellas determinarán el fundamento legal de la obligación restitutoria. El principio del enriquecimiento sin causa se podrá invocar siempre, como argumento coadyuvante, ya sea que exista donación o depósito, pues en ambos supuestos quien pretende retener el bien carece de título legítimo para ello.

d) *Intrascendencia de la culpa o de la muerte de uno de los prometidos*. La culpa en la ruptura del noviazgo no tiene ninguna trascendencia sobre la cuestión de la restitución de los bienes. La obligación de devolver no se impone como sanción, sino como consecuencia de los principios que rigen el depósito o la donación. Por lo tanto, aun el culpable tiene derecho a la restitución (Spota, Guastavino, Belluscio).

También procede la restitución en caso de muerte del donatario o depositario, transmitiéndose la obligación de restituir a sus herederos (Messineo, Guastavino, Spota, Belluscio).

e) *Prescripción*: la acción restitutoria es personal; por lo tanto cabe aplicarle el plazo común de diez años (art. 4023) a contar desde la ruptura del noviazgo. En una futura reforma de la ley civil se debería tener en cuenta la solución consagrada en el derecho comparado que fija la prescripción en un año.

50. Proyectos de reforma.

Bibiloni en su Anteproyecto mantuvo la redacción originaria del artículo 8 de la ley matrimonial civil, sin hacer comentario alguno (art. 543).

El proyecto de 1936 en su artículo 338 reitera la redacción del artículo 8 LMC, aunque suprimiendo su última frase, pues dispone: "No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio". El informe que precede al proyecto aclara que suprime toda referencia a la prohibición de reclamar daños y perjuicios, dejando que se gobiernen, si fueran procedentes, por los principios generales.

El Anteproyecto de 1954 regula en forma más previsora el instituto de los esponsales, disponiendo que el incumplimiento doloso dará lugar a la reparación del daño moral y material sufrido por el novio o novia inocente. Reputa, hasta prueba en contrario, que concurren a calificar el injustificado rompimiento de la promesa matrimonial la duración excesiva del noviazgo, la pública intimidad de los prometidos o la proximidad del casamiento (art. 411).

Cabe citar dos proyectos más: el de Spota, aprobado en el año 1944 por el Instituto Argentino de Estudios Legislativos, y el de Lagomarsino, incluido en su obra *La promesa de matrimonio*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962. En ambos se reglamenta con todo detalle la promesa de futuro matrimonio. En el proyecto de Spota se exige instrumento público o privado. En el proyecto de Lagomarsino sólo se requiere que conste de manera indubitable. En ambos se prevé la reparación del perjuicio material y del daño moral derivados de la ruptura sin justos motivos o sin

causa grave. Además, el de Spota dispone la restitución de los regalos o donaciones que se hubiesen hecho los prometidos; Lagonarsino sólo prevé la restitución de los bienes donados con motivo del futuro matrimonio, excluyendo los meros presentes de uso.

V. EL CORRETAJE MATRIMONIAL

51. Concepto. Corretaje en sentido propio y simple mediación.

Generalmente se lo define como la actividad de aquellas personas que se dedican al acercamiento de quienes desean contraer matrimonio.

Los autores distinguen entre el corretaje propiamente dicho y la simple mediación (Planiol-Ripert-Rouast; Lafaille, Spota, Belluscio).

El verdadero corretaje es definido como el contrato por el cual el corredor se obliga a prestar su actividad para inducir a que se celebre el matrimonio entre quienes persiguen ese propósito, con la obligación de quien contrata los servicios de satisfacer una comisión, siempre que se realice el previsto matrimonio.

La simple mediación, en cambio, es el mero acercamiento de personas que desean casarse a fin de que se conozcan; la actividad del corredor termina ahí, sin que su retribución dependa de que el matrimonio se celebre.

52. Antecedentes históricos.

El derecho romano admitía la validez del corretaje matrimonial. Y Ulpiano ha señalado que las condiciones del matrimonio se convenían la mayor de las veces con intervención de terceros, aun cuando Wahl destaca que los individuos que se encargaban de tales trabajos (proxenetas) no eran reputados personas honestas.

Posteriormente la influencia del cristianismo determinó que esa actividad se viese con disfavor, y su reglamentación desapareció del derecho positivo europeo.

53. Derecho comparado.

Tanto el Código francés, como el Código italiano guardan silencio sobre esta materia. En Francia la jurisprudencia moderna

tiende a aceptar la validez del corretaje siempre que el corredor no actúe con dolo o fraude ni haya ejercido presión sobre el consentimiento de los interesados.

La Corte de Casación italiana consideró ilícito el corretaje pactado para obtener la celebración del matrimonio, y en cambio admite la validez del convenio para obtener la aproximación de personas de distinto sexo que desean contraer matrimonio, siempre que la retribución sea independiente de la celebración de las nupcias.

El Código alemán (art. 656), el Código suizo de las obligaciones (art. 416), el Código austriaco (art. 879, inc. 1º) y el Código griego (art. 708), declaran inválido el contrato de corretaje matrimonial, y niegan toda acción para reclamar la retribución de los servicios; aunque si se hubiese pagado, es irrepetible, salvo en Grecia, cuyo código dispone en forma expresa que lo eventualmente pagado por tal concepto está sujeto a repetición.

54. Derecho argentino. Doctrina. Jurisprudencia.

Nuestro código no contiene ninguna disposición sobre esta materia.

Salvat, Pavón y Borda se pronuncian por el rechazo de toda acción del corredor, pues la actividad del agente matrimonial, aun cuando sólo se limite a poner en contacto a los interesados, repugna a la sensibilidad moral argentina, su deseo de éxito es contrario a la constitución armónica de la familia y es necesario salvaguardar la absoluta espontaneidad del consentimiento matrimonial.

Anastasi, Colombo, Lafaille, Spota y Belluscio sólo condenan al corretaje en sentido propio, siendo estos dos últimos autores categóricos en sostener la nulidad absoluta del corretaje en el cual la retribución se pacte teniendo en vista la celebración del matrimonio, pues el interés patrimonial de un tercero en la celebración de las nupcias resulta manifiestamente contrario a la moral y a las buenas costumbres (art. 953 CC). Se trataría de una obligación ilícita, que no constituye ni siquiera obligación natural, por lo cual el pago estaría sujeto a repetición, aunque ésta tampoco procedería porque habría torpeza de ambas partes (art. 795 última parte y 1626, C. Civil). Admiten la validez de la simple mediación consis-

tente en acercar a quienes desean contraer matrimonio, con tal que la actividad del corredor concluya en la presentación y se independice del resultado del accreamiento.

El único antecedente jurisprudencial sobre el tema que se conoce en el país se refiere al corretaje propiamente dicho. Se trataba de un señor a quien un agente matrimonial le hizo suscribir un documento mediante el cual se obligaba a pagar al agente en concepto de honorarios, como locación de servicios, la suma de \$ 5.000 m/n. si el firmante contraía matrimonio con una señorita a quien ya se la había presentado el propio gestor, pactándose que dicho pago debía efectuarse dentro de los 30 días de contraído el enlace. La demanda promovida por el corredor reclamando el pago de los "honorarios" estipulados fue rechazada en primera y segunda instancia, pues se consideró inválido el pacto por ser contrario a las buenas costumbres y a los sentimientos morales del pueblo argentino (La Ley 51-876 y JA 1948-IV-508).

Los proyectos de reforma al Código Civil disponen que la mediación matrimonial no da derecho para reclamar el pago de comisión alguna (Anteproyecto Bibiloni, art. 1788; Proyecto de 1936, art. 1099, inc. 3º, y Anteproyecto de 1954, art. 1568).

Capítulo III

IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

por MARIA ROSA LORENZO de FERRANDO

I. GENERALIDADES	
1. A) Concepto	149
B) Relación con la capacidad matrimonial	150
C) Antecedentes	151
2. Funciones de los impedimentos	153
3. Clasificaciones	153
II. IMPEDIMENTOS DIRIMENTES	
4. A) De orden ético	154
B) Derivados de la naturaleza	158
III. IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES	
5. A) Falta de autorización del representante legal	163
B) Impedimento derivado de la tutela	168
C) Plazo de viudez o de espera	169
IV. IMPEDIMENTOS EUGENESICOS	
6. A) Eugenesia. Concepto y fundamentos	171
B) Valoración	173
7. Impedimentos por razones eugenésicas en el derecho argentino	175

MARIA ROSA LORENZO de FERRANDO

Capítulo III

IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

I. GENERALIDADES

1. A) Concepto.

Los impedimentos son hechos o situaciones que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio. Son prohibiciones establecidas por la ley que presentan como características las de ser de enumeración taxativa y de interpretación restrictiva, no pudiéndose aplicar por analogía a otras situaciones que las previstas como impedimentos en las leyes respectivas. Estos principios se explican en razón de que toda persona tiene el derecho natural de casarse y por lo tanto las restricciones proceden únicamente en los casos establecidos legalmente (una dificultad se nos presenta en cuanto al impedimento derivado de la tutela, no establecido por la ley civil respecto del matrimonio del curador con su pupilo, admitiéndose sin embargo la extensión).

Existen distintos criterios para establecer la relación de los impedimentos con los requisitos matrimoniales:

1) Llambías distingue entre requisitos *naturales* de la existencia del matrimonio, o elementos esenciales sin los cuales la unión no puede concebirse, tales como la diversidad de sexos y el consentimiento de los contrayentes; y los requisitos *legales* de la validez del matrimonio, que son ausencia de impedimentos y presencia del oficial público encargado del Registro civil.

Para Mazzinghi las diferencias específicas que distinguen el matrimonio de otros tipos de comunidad son: *la diversidad de sexos*, elemento reclamado por el orden natural, con total independencia de que esté o no mencionado como requisito en la ley, y que condiciona la existencia del matrimonio, subrayando el papel

rector que el derecho natural desempeña respecto de la ley positiva; y *el consentimiento de los contrayentes*, desde que el matrimonio debe establecerse por libre decisión de la voluntad de quienes lo contraen. Ambos son elementos o requisitos exigidos por la naturaleza. En cuanto a la exigencia de que el consentimiento sea expresado ante el oficial público encargado del registro civil, lo considera como un requisito impuesto por el derecho positivo en ejercicio de su facultad de disciplinar el matrimonio, de regular su naturaleza esencial conforme a las exigencias del bien común, ya que la *forma* del matrimonio no responde a la naturaleza misma de la institución, sino más bien a la necesidad social de que el matrimonio tenga certeza y publicidad, lo cual se obtiene mediante su celebración pública y su inscripción en determinados registros.

2) Otro criterio en cuanto a la ubicación de los impedimentos es distinguir según se configuren como requisitos de *fondo*: diversidad de sexos, consentimiento de los contrayentes y ausencia de impedimentos; y requisitos de *forma*: expresión del consentimiento ante el oficial público.

También a esta distinción se la suele citar como requisitos *intrínsecos* y *extrínsecos*.

3) Para algunos autores argentinos, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 2393, los requisitos de *existencia* de matrimonio, sin los cuales el acto no produce efecto civil alguno, son: diversidad de sexos, consentimiento de los contrayentes y expresión de ese consentimiento ante el encargado del registro civil. En cambio son requisitos de *validez*: la ausencia de impedimentos y el consentimiento libremente expresado.

B) Relación con la capacidad matrimonial.

La capacidad matrimonial es la aptitud que la ley reconoce a las personas para celebrar matrimonio. Se trata de un atributo de la persona natural, derivado de su libertad de casarse, emanación propia de la dignidad humana, que el derecho positivo sólo puede restringir excepcionalmente.

Jemolo distingue entre la *capacidad* matrimonial y los *impedimentos* matrimoniales, consistiendo la primera en la aptitud genérica y abstracta para contraer matrimonio; el impedimento sería el obstáculo concreto que impide a una persona abstractamente capaz, el poder casarse con otra persona determinada. Pero esta tesis no es aceptable entre nosotros, pues en derecho argentino no solamente existen impedimentos “relativos” (que impiden el matrimonio con persona determinada), sino también “absolutos” (que ponen obstáculos a la celebración con cualquier persona).

C) Antecedentes.

En el Derecho romano los impedimentos se conocían como “prohibiciones” para contraer matrimonio. El matrimonio civil —que daba el carácter de cónyuge y la patria potestad—, sólo podía celebrarse entre ciudadanos romanos, estando prohibida la unión de un romano con un extranjero o con un esclavo. Más tarde, al extenderse la ciudadanía a todos los habitantes de la Península, subsiste únicamente la prohibición con respecto a los esclavos, quienes no tenían capacidad matrimonial.

Los impedimentos eran formulados de modo negativo y se fundaban en motivos de diversa índole: éticos, políticos, sociales, religiosos. Se distinguían en *absolutos* y *relativos*, según que produjeran incapacidad para contraer matrimonio en cualquier caso o sólo con referencia a persona determinada. Se consideraron prohibiciones o impedimentos *absolutos*:

- a) el matrimonio no disuelto, no autorizándose la coexistencia de un doble vínculo;
- b) la esclavitud de uno de los contrayentes (dejados sin efecto en el Derecho justiniano);
- c) el voto de castidad y las órdenes mayores en el Derecho nuevo.

En cuanto a los *relativos*, fueron:

- a) el parentesco de sangre o cognación, en línea recta sin límite de grados, y en la colateral hasta el tercer grado inclusive.

Un senadoconducto del año 49 de Cristo permitió no obstante el matrimonio del emperador Claudio con su sobrina Agripina, pero una disposición de Constantino restableció la prohibición de tomar por esposa a la hija del hermano.

El parentesco por adopción —*adoptiva cognatio*—, era también considerado impedimento, si bien cesaba, tratándose de línea colateral, cuando se había disuelto por emancipación;

- b) el parentesco espiritual (padrino y ahijado);
- c) la afinidad, que prohibido en línea recta, se extiende en el Derecho cristiano a la línea colateral hasta el 2do. grado;
- d) el adulterio y el raptó;
- e) razones de varias índoles crean también “prohibiciones”: así en la época de Marco Aurelio no se admitió el matrimonio entre el tutor, su paterfamilias, sus descendientes, y la pupila, hasta tanto se hayan rendido cuentas. El derecho de la época imperial prohibió el matrimonio de los militares, que fue admitido recién a fines del siglo II. Fundado en motivos de índole social no podían contraer matrimonio los senadores y descendientes suyos con libertas, así como con mujeres de abyecta condición, prohibición que desaparece en la legislación de Justiniano. Por razones religiosas se prohibió en el Derecho nuevo el matrimonio entre cristianos y judíos.

Pero es en la legislación canónica —de gran influencia en el derecho positivo moderno—, donde se elabora una teoría general de los impedimentos matrimoniales, a través de un lento proceso, quedando definitivamente formulada alrededor del siglo XIII, con algunas modificaciones introducidas por el Concilio de Trento, y finalmente codificada en el *Codex Iuris Canonici* de 1917. El derecho canónico establece por primera vez, la clasificación entre impedimentos *dirimentes* e *impedientes*, división fundamental que se reitera en las legislaciones de los distintos países, como en el nuestro, aunque algunos de los impedimentos previstos en el derecho canónico no fueron recepcionados en la legislación civil, tales como la diversidad de credos, los votos solemnes, el parentesco espiritual, la pública honestidad.

2. Funciones de los impedimentos.

a) *Preventivas*: tratándose de impedimentos dirimientes, pueden ser causa de denuncia (art. 35 LMC); pueden también fundar la oposición a la celebración del matrimonio (arts. 20 a 23 LMC). La función preventiva se cumple asimismo a través de la negativa a la celebración del acto que, en función de su cargo, está obligado a cumplir el oficial público encargado del Registro civil cuando conoce la existencia de impedimentos, deber cuya violación implica responsabilidades civiles, administrativas y aún penales (art. 136 Código Penal).

b) *Resolutivas*: estas funciones se dan cuando, con posterioridad al matrimonio, la existencia del impedimento dirimente fundamenta la nulidad absoluta o relativa del acto.

c) *Incidentales o reflejas*: que consisten en sanciones indirectas, como las civiles de indemnización del daño moral o material sufrido por el cónyuge de buena fe (art. 109 LMC); sanciones penales, establecidas por el Código penal para los delitos de matrimonios ilegales (arts. 134 a 137, Capítulo I del título Delitos contra el estado civil); y sanciones administrativas, como las previstas en los artículos 107 y 108 de la ley de matrimonio civil.

3. Clasificaciones.

A) Según los *fundamentos* distinguimos entre los impedimentos de orden ético o moral (parentesco, ligamen, crimen); y los derivados de la naturaleza (falta de edad, locura).

B) Según la *extensión*: se clasifican en *absolutos*, que impiden celebrar matrimonio con cualquier persona (falta de edad, locura, ligamen); y *relativos* que se refieren a no poder hacerlo con persona determinada (parentesco en grado prohibido, crimen).

C) Según la *permanencia*: son permanentes o perennes (parentesco, crimen), o *transitorios*, como la falta de edad, la locura, el matrimonio anterior subsistente, que son temporarios.

D) Según sus *efectos*: se clasifican en *dirimientes* cuando la violación de las prohibiciones legales trae como consecuencia la

nulidad (absoluta o relativa) del matrimonio; y en *impedientes*, cuya violación acarrea otra sanción, como la pérdida de la remuneración para el tutor que se casa con su pupila sin haber sido aprobadas las cuentas de la tutela, o la pérdida de las liberalidades que le hubiera otorgado el esposo por testamento si la viuda contrae nuevas nupcias no respetando el plazo establecido en el artículo 93 de la ley de matrimonio civil.

E) Según la posibilidad de su *remoción*, pueden ser *dispensables* o *indispensables*: el único impedimento dispensable en derecho argentino es la falta de edad (arts. 14 de la ley 14.394 y 132 del Cód. Penal), que puede ser removido por disposición de autoridad competente cuando víctima y victimario desean contraer matrimonio. Todos los demás impedimentos no son dispensables.

II. IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

4. El matrimonio celebrado con estos impedimentos lleva ínsito la sanción de nulidad, absoluta o relativa, del acto.

Según sus fundamentos los sistematizamos así:

A) De orden ético.

1º) *Parentesco en grado prohibido*: el parentesco es el vínculo jurídico derivado de lazos de sangre (consanguíneo), del matrimonio (afinidad) o de la adopción.

a) *Parentesco por consanguinidad* (art. 9º, incs. 1 y 2 LMC). Es un impedimento de orden ético o moral si bien con implicancias eugenésicas, aun cuando no existe demostración científica sobre el carácter patológico - degenerativo de la descendencia de uniones entre parientes de grado próximo. Es *relativo* porque impide la celebración de matrimonio entre determinados parientes; es *permanente* o perpetuo; es *dirimente*, previéndose expresamente para el caso de violación, la sanción de nulidad absoluta (art. 84 LCM). No es dispensable.

Sea el parentesco matrimonial o extramatrimonial, el impedimento se extiende en línea recta sin limitación; y en línea colateral,

hasta el segundo grado (hermanos y medio hermanos). Resulta posible por tanto el matrimonio entre primos, o entre tío y sobrina, etcétera.

b) *Parentesco por afinidad* (que teniendo como fuente el matrimonio se establece entre uno de los cónyuges y las parientes consanguíneas del otro). La prohibición de casarse se extiende en línea recta únicamente, en todos los grados (art. 9º, inc. 3 LMC). La prohibición comprende a los ascendientes y descendientes legítimos o extramatrimoniales del cónyuge premuerto.

Su fundamento es exclusivamente de carácter moral.

Es impedimento *permanente* ya que se mantiene a pesar de la muerte de un cónyuge en relación a sus parientes afines en línea recta.

El impedimento no subsiste en caso de matrimonio nulo aun cuando fuere putativo.

c) *Parentesco por adopción*: En caso de adopción *plena*, el adoptado soporta los impedimentos matrimoniales como si fuere pariente consanguíneo del adoptante, es decir, con todos aquellos parientes respecto de los cuales el matrimonio está prohibido por razones de consanguinidad. También soporta el adoptado los impedimentos matrimoniales con su familia de origen, que quedan subsistentes (art. 14, ley 19.134).

En la adopción *simple*, el artículo 26 de la ley crea los siguientes impedimentos: entre adoptante y adoptado y sus descendientes; entre el cónyuge del adoptante y el adoptado, y el cónyuge del adoptado con el adoptante. Además no pueden contraer matrimonio los hijos adoptivos entre sí, cuando son hijos adoptivos del mismo adoptante, considerados por la ley como hermanos (art. 20, ley 19.134).

No está previsto el impedimento entre adoptado e hijo biológico del adoptante, como lo establecía el artículo 17 de la ley 13.252, de modo que no existe obstáculo para la celebración de matrimonio entre ellos. Esta imprevisión de la ley vigente ha sido criticada con razón por la doctrina y no se adecua a las más modernas leyes sobre la materia.

Los impedimentos matrimoniales subsisten a pesar de la revocación de la adopción (art. 28, ley 19.134), solución que Mazzinghi considera como menosprecio del derecho natural y de la libertad de casarse.

Como la adopción simple no sustituye a la de origen, se mantienen los impedimentos matrimoniales respecto de ésta.

2º) *Matrimonio anterior subsistente o ligamen*: Está previsto como impedimento matrimonial en el artículo 9º, inciso 5 de la Ley de Matrimonio Civil. Encuentra su fundamento en razones de orden ético y es de la esencia del matrimonio monogámico.

La existencia de vínculo anterior válido determina el impedimento sea en caso de muerte posterior de uno de los esposos o de disolución por nulidad del segundo matrimonio, aunque éste fuere putativo. En el caso de declaración de muerte presunta, la sentencia no disuelve el matrimonio, pero sí otorga aptitud nupcial al cónyuge presente, quedando disuelto el vínculo anterior si contrajere nuevo matrimonio, siendo válidas estas nupcias aun cuando reapareciere el presunto muerto (art. 31, ley 14.394).

No existiendo en nuestro derecho el divorcio vincular, el impedimento de ligamen se mantiene a pesar del divorcio (relativo) cualquiera fuere el procedimiento judicial seguido (art. 67 ó 67 bis LMC).

Conforme a las clasificaciones de los impedimentos matrimoniales, el que se analiza tiene las siguientes notas: es de orden ético; transitorio; absoluto; dirimente, con sanción expresa de nulidad absoluta del acto realizado en violación de la prohibición legal (art. 84 LMC). En el ámbito penal tipifica el delito de bigamia sancionado por el artículo 134 y siguientes del Código Penal.

3º) *Crimen* (art. 9º, inc. 6 LMC): El "haber sido autor voluntario o cómplice del homicidio de uno de los cónyuges" configura este impedimento de orden evidentemente moral; si ese matrimonio se permitiese se favorecería a los crímenes por pasión, o simplemente al cónyuge sobreviviente que así adquiriere aptitud nupcial. D'Antonio adjudica al impedimento la finalidad también sancionatoria para quien consuma el delito.

Calificamos al impedimento analizado como: de orden *ético*; *relativo*; *permanente*; *dirimente* con sanción expresa de nulidad absoluta (art. 84 LMC); *no dispensable*.

Condiciones del delito: a) debe tratarse de delito consumado, no bastando la simple tentativa admitida como impedimento en otros países (Italia, Venezuela, Brasil, México). Si el delito no hubiere sido consumado, existiría de todos modos el impedimento de ligamen; b) ¿es preciso condena en sede penal?: Spota, Borda, D'Antonio se pronuncian por la exigencia de una sentencia judicial firme condenatoria. Otros autores como Mazzinghi y Belluscio admiten que el impedimento existe siempre que se acredite la existencia del delito y su autoría en sede civil; pronunciándose el segundo de estos juristas en la consideración de que cuando la ley ha previsto como necesaria la condena penal lo ha establecido expresamente, como en el caso de la indignidad sucesoria (art. 3291 Código Civil).

La exigencia de la condena penal puede originar ciertas dudas en caso de extinción de la acción penal por prescripción o amnistía; indulto, prescripción o cumplimiento de la pena, aunque en estos casos, el impedimento sigue siendo obstáculo —dado su carácter permanente—, para la unión del homicida y el otro cónyuge.

Si la condena penal es posterior a la celebración del matrimonio, puede fundar la acción de nulidad del mismo; c) el delito debe ser *doloso*: haber sido autor “voluntario” dice la ley. Pero debe excluirse como impedimento en los casos en que exista una “causa de justificación” (Llambías, *Oblig.*, T. III, Nros. 2226 y ss.). D'Antonio enseña que, mediando causas excluyentes de imputabilidad, queda impedida toda declaración de autoría, y por ende excluido el impedimento. Este mismo autor incluye el homicidio cometido con exceso en la legítima defensa (art. 35 CP) fundándose en que la equiparación que la ley hace con el homicidio culposo lo es sólo a los efectos de la aplicación de la escala penal.

El caso de muerte por duelo es también otro de los problemas controvertidos. Algunos autores lo consideran como configurativo del impedimento, desde que el homicidio resulta “directa, indirecta o eventualmente determinante del accionar del autor” (D'Antonio).

Condiciones en el delincuente: La ley exige en el tercero, haber sido autor o *cómplice* del homicidio. Queda excluido el conyugicidio —muerte de un cónyuge a manos del otro—, no siendo necesaria la intervención conjunta del cónyuge supérstite y el tercero, aun cuando éste fuere cómplice del adulterio con el homicida, mas no autor o cómplice del homicidio.

En cuanto al *encubridor*, no es responsable ni partícipe del delito, cualquiera fuere el juicio moral que su conducta pueda merecer (Borda).

B) Impedimentos derivados de la naturaleza.

1º) *Falta de edad* (art. 9º, inc. 4º LMC y art. 14, ley 14.394): Según la ley 2393 la aptitud nupcial se alcanzaba a los 14 años el varón, y a los 12 años la mujer. Pero la ley 14.394 (art. 14) siguiendo la reforma introducida en 1917 al Código canónico elevó esas edades a 16 y 14 años, respectivamente.

La norma civil encuentra su fundamento no solamente en la falta de discernimiento (la mujer) o en el necesario desarrollo físico y sexual, sino también porque a menor edad se carece del desarrollo intelectual suficiente para apreciar la trascendencia del acto, las responsabilidades de los progenitores para con la prole, la comprensión y asunción de los distintos roles que la convivencia impone a los esposos en la vida familiar. Es opinión casi generalizada la de elevar esas edades, considerándose más adecuadas las de 18 y 16 años, como lo hace el anteproyecto de Bibiloni, el proyecto de 1936 y el anteproyecto de De Gásperi.

En algunas legislaciones extranjeras se observan otros límites mínimos de edad, generalmente mayores que los dispuestos en nuestro derecho (Código civil francés: 15 años para la mujer y 18 años para el hombre; Código alemán: 16 a 21 años; Código peruano: 18 y 21 años; Código suizo: 18 y 20 años).

Excepciones legales: La prohibición de contraer nupcias sin la edad de 14 ó 16 años cede cuando la mujer hubiere concebido, siendo el hijo de aquél con quien pretenda celebrar matrimonio (art. 14, ley 14.394). En este caso basta la comprobación del em-

barazo y la declaración de paternidad por el varón ante el oficial encargado del Registro civil, para la celebración de las nupcias.

Otro supuesto de excepción está contenido en la cláusula tercera del artículo 14, que admite la celebración de matrimonio sin haberse alcanzado la edad legal, con dispensa o autorización judicial, en los supuestos contemplados en el artículo 132 del Código Penal.

En ambos casos, las excepciones legales funcionan sin tomar en cuenta si es la mujer o el varón quien no ha alcanzado la edad legal.

En cuanto a la *edad máxima* para contraer matrimonio, la ley argentina no fija topes, no obstante la edad avanzada de los contrayentes, quienes pueden celebrarlo con fines de compañerismo y ayuda espiritual. Tampoco pone obstáculo a los nupcias la excesiva diferencia de edad, aun cuando violente al sentido común.

Cabe destacar que la Convención de Nueva York de 1962 ratificada por ley 18.444 establece en su artículo 2º: "Los Estados partes en la presente convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad".

Las características del impedimento de *falta de edad* son: *fundamento*: derivado de la naturaleza; es *absoluto*; es *temporario*; es *dirimente*, con sanción expresa de nulidad relativa (art. 85, inc. 1º LMC); y es *dispensable* en los supuestos que contempla el artículo 14 de la ley 14.394 que remite al artículo 132 del Código Penal, de manera que en los casos de delitos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto, reintegrada la mujer a lugar seguro, la autoridad judicial que interviene en la causa podrá autorizar el matrimonio si la víctima desee casarse con el autor del delito y éste lo consintiere. Es el único caso en que un impedimento matrimonial puede ser removido judicialmente.

2º) *Locura* (art. 9º, inc. 7º LMC). *Fundamento*: Belluscio encuentra un doble fundamento a la norma: la protección del demente, que ha otorgado un acto sin discernimiento, y la protección

del sano, cuando obró ignorando la enfermedad. Busso agrega un tercer fundamento: los altos intereses sociales que ante la posibilidad de una descendencia enferma imponen al Estado la prohibición de contraer esos matrimonios. Prayonnes acepta también este fundamento eugenésico y Mazzinghi admite un interés social subyacente. Los fines eugenésicos de la prohibición son enfatizados por Biliboni, quien subraya el interés del Estado en que no se bastardee la raza con semejantes matrimonios.

El impedimento de locura es *absoluto; temporario; dirimente* con sanción expresa de nulidad relativa (art. 85, inc. 2 LMC); no dispensable.

¿A quiénes alcanza el impedimento?: La palabra "locura" empleada por los legisladores de 1888, difiere de la palabra técnica "demencia" empleada por Vélez Sársfield en su artículo 141 (Libro I, Título X, Sec. 1ª, C.C.) que mantuvo la reforma de 1968, aunque con diferente significado.

La cuestión plantea discrepancias en la doctrina. Las principales opiniones sobre el significado de la palabra *locura* se sintetizan de la siguiente manera:

a) *Comprende tanto a los dementes declarados en juicio como a los dementes de hecho* (Díaz de Guijarro, Borda, Mazzinghi entre otros): La palabra "locura" tiene un significado común y refiere a la enfermedad mental grave, con abstracción de la declaración judicial de demencia.

Si se trata de dementes interdictos, la declaración judicial de insania favorece la prueba de la enfermedad mental que resultaría con fuerza de verdad legal. Si en cambio se tratare de un demente de hecho, la anulabilidad del acto matrimonial debe fundarse en la falta de discernimiento al momento de la celebración del acto.

El impedimento puede funcionar en ambos casos como causa de oposición (art. 20 y ss. LMC), o como causa de nulidad si el matrimonio se hubiere celebrado.

b) *Comprende a los dementes de hecho* (Lafaille, Spota): A los dementes declarados se aplicarían los principios generales en materia de nulidad de los actos jurídicos (art. 54, inc. 3º Cód. Civ.; arts. 1041

y 1047 CC), considerando Spota que el matrimonio celebrado por el interdicto es un acto jurídico nulo, no susceptible de confirmación. El inciso 7º del artículo 9º de la ley 2393 sólo tendría aplicación tratándose del “demente” de hecho, ampliando el supuesto a aquellos estados de alteración de la sana razón que priven del discernimiento; por ejemplo, transitoria enajenación mental por intoxicaciones, estados febriles, ebriedad no voluntaria, estado agónico, hipnosis.

c) *Comprende sólo a los interdictos* (Salvat - Lagomarsino): Quedarían exceptuados del impedimento los dementes de hecho, cuya situación Salvat equipara a los accidentalmente privados de razón. Por su parte Lagomarsino sostiene que el matrimonio del demente de hecho sólo puede ser anulado por existir un vicio del consentimiento del insano o del otro contrayente.

¿Rige el impedimento durante intervalo lúcido del insano? Al respecto las opiniones son:

a) Para Busso, Díaz de Guijarro, Lagomarsino, entre otros, el impedimento rige aun durante intervalos lúcidos, pero sólo para los dementes interdictos, que mantienen esta situación de incapacidad absoluta hasta la sentencia de levantamiento de la interdicción.

b) Spota, Mazzinghi, entienden que el impedimento rige indistintamente para los dementes declarados y los dementes de hecho. Spota rechaza la aplicación del artículo 921 del Código Civil atento lo dispuesto en el artículo 85, inciso 2, tercera parte de la ley 2393 según el cual la anulabilidad del acto matrimonial sólo caducará por la recuperación de “la razón”, unida a la continuidad de la vida marital, subsistiendo el impedimento si el no interdicto obra aún en intervalo lúcido.

Mazzinghi admite que una interrupción temporaria de la enfermedad no permitiría suponer la sana y completa razón, y agrega que, mediando la protección de un interés social, no podría confiarse a un demente la conducción de una familia así formada.

c) Belluscio razona en base a la admisión de determinados presupuestos: que el artículo 9 inciso 7º de la ley de matrimonio

civil se refiere a la situación de hecho de demencia sin relación con la interdicción —que sólo invierte el cargo de la prueba—; que los actos de los dementes en los intervalos lúcidos se consideran hechos con discernimiento (art. 921 CC) y que por intervalos lúcidos debe entenderse “la curación de la enfermedad en el tiempo que media entre dos accesos de psicosis periódica” (*Derecho de familia*, T. I, nº 188, pág. 388); con lo que cabría llegar a la conclusión de que el impedimento no rige durante los intervalos lúcidos. Pero inmediatamente descarta esa solución en nuestro sistema legal, que no sólo confiere legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad al demente o a sus representantes, sino también al contrayente sano y a las personas que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio. Si el enfermo actúa con discernimiento, no tendría viabilidad la oposición de terceros a la celebración del matrimonio; no podría el insano, ni su representante ni los terceros, demandar la nulidad, ya que el matrimonio habría quedado confirmado por la iniciación de la vida marital. Pero nada obstaría en cambio al ejercicio de la acción por parte del otro cónyuge que hubiese ignorado la enfermedad y no hubiese continuado la cohabitación. De manera que, como principio, concluye Belluscio que el impedimento rige a pesar de la existencia del intervalo lúcido.

Situación de los inhabilitados: Entre los supuestos contemplados en el artículo 152 bis del Código Civil, nos encontramos con los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 del Código civil, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. Las consecuencias de la inhabilitación judicial operan solamente en el ámbito patrimonial, restringiendo el poder de gestión de los bienes respecto de actos de disposición inter vivos, y excepcionalmente, de administración. Pero el inhabilitado es básicamente capaz, y la inhabilitación no trasciende a la esfera de su actividad extrapatrimonial. De manera que puede celebrar matrimonio válidamente y sin necesidad de asistencia.

III. IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES

5. A) Falta de autorización del representante legal.

1º *Matrimonio de menores*: (art. 10 LMC): se refiere al matrimonio de menores adultos (art. 55 CC.) que han cumplido la edad mínima para poder celebrarlo válidamente, pero que necesitan para hacerlo la autorización de su padre en ejercicio de la patria potestad, o del tutor, o en su caso, la venia judicial.

Fundamento: la autorización del padre o del tutor no es sino una emanación de las facultades que dichos representantes ejercen sobre la persona del incapaz a la vez que un medio de protección jurídica para quienes por sí pueden obrar precipitadamente o en forma inconveniente. En caso de oposición es el juez quien debe decidir, cumpliendo funciones de protección mediata, a través del juicio de disenso.

El asentimiento paterno o del tutor debe ser *especial* para el caso; *actual*; *expreso* o positivo; y *personal*, es decir, provenir de aquel que está en ejercicio de la patria potestad o de la tutela.

La venia judicial a su vez puede ser: *supletoria*, en los casos en que no existe representante legal; o *correctiva* cuando media oposición arbitraria o infundada, siendo juez competente el del domicilio del menor o incapaz que solicite la autorización, ante el Juzgado de Primera instancia (Capital Federal) o el que corresponda intervenir según la organización judicial de cada provincia.

El impedimento se califica como: *absoluto*; *temporario*; *impediente*: el menor que se casa sin autorización de su representante legal o del juez, se emancipa, adquiriendo la capacidad de obrar con ciertas limitaciones (arts. 134 y 135 CC.). Pero la falta de autorización acarrea la sanción que expresamente prevé el artículo 131 del Código Civil: "no tendrán (los menores) hasta los veintún años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto de ellos el régimen legal de los menores". No hay por consiguiente sanción de nulidad del acto, sino sanción meramente patrimonial sobre la persona del menor que se casó sin autorización.

El artículo 131 concluye: "salvo ulterior habilitación", expresión "anómala" según Llambías, pues al referirse a menores que ya han quedado emancipados, no se advierte la necesidad de pedir una nueva emancipación. Para Méndez Costa si la sanción obedece a la falta de autorización, debe bastar con expresar ésta directamente ante el oficial del Registro civil.

Matrimonio del emancipado por habilitación de edad:

a) *Prescendencia de la venia*: en opinión de algunos autores (Llambías, Borda, Méndez Costa, Mazzinghi), el menor emancipado por habilitación de edad no necesita venia para contraer matrimonio. Llambías la funda en la capacidad genérica del emancipado y en el hecho de no haber la ley impuesto la prohibición de contraer nupcias sin autorización paterna. Se agregan además otros fundamentos como los de que el artículo 10 de la ley 2393 se refiere a menores y conceptualmente el habilitado ha dejado de serlo, y que no habría representante legal que pudiese otorgar la venia ya que la patria potestad o la tutela se han extinguido. Mazzinghi reitera su convicción de que la libertad matrimonial debe ser entendida como un valor de primera importancia, y que las disposiciones que la afecten deben ser interpretadas restrictivamente. Méndez Costa y Llambías ajustan su posición a los textos vigentes, pero aconsejan que se complemente el sistema exigiéndose expresamente la autorización. De lo contrario el habilitado podría sustraerse al control paterno y a la posibilidad de la revocación de la emancipación, convirtiendo por sí solo la emancipación revocable en emancipación irrevocable.

Esta corriente de opinión triunfó en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1971) que en atención al carácter revocable de la emancipación por habilitación de edad aconsejó se estableciese expresamente que el emancipado por habilitación de edad necesita asistencia para contraer matrimonio, en los términos del artículo 10 de la ley de matrimonio civil.

b) *Necesidad de la venia*: Spota, Ibarlucía, Belluscio, se basan en la aplicabilidad del artículo 10 de la ley 2393 en razón de que el habilitado sigue siendo menor; y en que las normas del Título

“De los menores”. (Libro I, Sec. 1ª, C.C.) contemplan la capacidad en la esfera patrimonial exclusivamente.

2º) *Matrimonio de sordomudos*: Según el artículo 10 de la ley 2393 los sordomudos que no saben darse a entender por escrito no pueden casarse entre sí ni con otra persona sin el consentimiento de su curador o venia judicial en su defecto.

La disposición legal ha sido criticada a veces enfáticamente como lo hace Bibiloni: “...Y a este ser perpetuamente niño, que siente y no piensa, a quien no se le permite otorgar una escritura ¿se le permite el casamiento? ¿Es sólo este acto un ayuntamiento sexual? ... Puede hacer signos, ¿de qué? ¿De unirse por su vida entera? ¿De obligarse a la fidelidad, a la protección, al trabajo para sostener la familia? Cuando el oficial lo interroga ¿lo oye? Cuando hace signo afirmativo —si lo hace— ¿es signo de qué. ¿No ejecuta más bien la lección que se le ha ordenado? ¿No hacen signos los locos?” (nota al art. 544 inc. 9 del Anteproyecto). Borda pregunta: “¿No implica esto facilitar uniones que pueden dejar una pesada herencia a los hijos?” (*Familia*, T. 1, nº 109). Para Busso “el artículo es criticable por ser inconsecuente con los principios generales del Código” (nota 22 al art. 10). Spota señala las graves dificultades de hecho con que se puede tropezar para que el sordomudo exprese su consentimiento matrimonial.

Alivia ese clamor Mazzinghi, de conformidad con la norma legal, manifestando sus dudas de que todo sordomudo sea incapaz de comprender la esencia del acto que realiza, por carecer de discernimiento, y presentar un cuadro general de deficiencia mental. En su concepto el legislador se pronunció —ante la duda—, a favor de la libertad matrimonial, y agrega que “las manifestaciones del sordomudo, su actitud frente al acto, y el aval que representa el expreso consentimiento del representante legal, deben ser considerados como suficientes para tener por otorgado el consentimiento matrimonial” (*Derecho de Familia*, T. 1, pág. 147).

Entiendo que el texto legal debe reformarse prohibiendo el matrimonio de sordomudos que, no sabiendo darse a entender por escrito, no tienen aptitud para comprender la trascendencia del acto ni pueden expresar su voluntad en forma inequívoca. Es decir, carecen de discernimiento —(no siempre la sordomudez lo presu-

pone)—, y de la educación suficiente, conforme a las modernas técnicas de comunicación, para expresar de manera indubitable el consentimiento matrimonial. Ya el Proyecto de la Comisión reformadora de 1936 establece el impedimento de sordomudez *sólo* “cuando los afectados no supieran manifestar su voluntad en forma inequívoca, por escrito o de otra manera” (arts. 54 y 339 inc. 7).

La ciencia médica actual nos informa sobre la rehabilitación de sordomudos que, con el tratamiento y la psicoterapia adecuados, logran una integración total al medio social, aun cuando no logren hacerse entender por escrito. Mantener el impedimento en estas condiciones es cercenar arbitrariamente el derecho natural de contraer matrimonio; es condenar al sordomudo a vivir en concubinato o imponerle el celibato perpetuo, negándole en fin la posibilidad de formar libremente una familia (Conf.: Iribarne, Ramón, págs. 160/161; Mazzinghi, t. 1, n° 45, págs. 145 a 148; Pavón, T. 1, n° 586).

a) *Fundamento*: El artículo 10 de la ley 2393 persigue en el caso de los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, una finalidad de amparo hacia quienes la ley caracteriza como incapaces absolutos (arts. 54 inc. 4° y 153 CC.), permitiéndole no obstante esa excepción a su incapacidad: contraer matrimonio con autorización de su curador.

Se advierte que no se trata de una prohibición jurídica en su sentido propio, que impida el acto por su naturaleza o contenido o desapruébe los efectos normales que deba producir. La expresión “no pueden” que usa el texto legal, indican el sentido y la finalidad de la prohibición, que no es otra que la de brindar especial protección jurídica para la realización de un acto trascendente de la vida civil como es el matrimonio.

b) *Carácter del impedimento*: Si el fin tuitivo de la regla legal fracasa, por inoperancia o desidia del oficial público o del curador (o inadvertencia, casi improbable o imposible), el acto jurídico celebrado en contra del mandato legal *es válido*. No puede aplicarse sanción de nulidad, porque no se prevé ese efecto para el caso de contravención; ni puede inferirse la nulidad del artículo 18 del Código civil, que es inaplicable a aquellas prohibiciones le-

gales que solamente *limitan* el ejercicio de ciertos derechos pero no impiden los *efectos* de actos no contrarios al orden público o a la moral social (Conf.: Larenz, págs. 585 y sgts.; V. mi Capítulo VIII: tesis sobre nulidades matrimoniales).

Los autores que sostienen la tesis del régimen específico sobre nulidades matrimoniales, excluyen la sanción de nulidad del matrimonio del sordomudo celebrado sin autorización del curador o venia judicial, en cuanto no está establecida expresamente dicha sanción en la ley que crea el impedimento ni en ninguna otra posterior.

Borda en cambio, por aplicación del artículo 18 del Código civil, se pronuncia por la nulidad del acto prohibido por la ley, pero estima que el impedimento "no sería dirimente" (?) desde que puede subsanarse con la asistencia y consentimiento del curador o del juez (*Familia*, t. I, n° 111).

Para Mazzinghi se trata de un impedimento dirimente que torna nulo al matrimonio, señalando que la nulidad es *relativa* ya que fue establecida para proteger el interés del incapaz: opinión que es compartida por Llambías.

c) *Consecuencias del matrimonio del sordomudo*: Realizado el matrimonio con asentimiento requerido según el artículo 10, nada se dice sobre la condición jurídica posterior al acto, enfrentándonos por tanto a una laguna legal.

El asentimiento del curador no implica, dice Mazzinghi, una recuperación plena de la capacidad respecto de los bienes del sordomudo, subsistiendo la incapacidad y la consiguiente representación legal en el orden patrimonial. En cuanto a la persona del sordomudo, agrega, el régimen de incapacidad debe extinguirse, correspondiendo atribuirle las facultades necesarias para la conducción de sus relaciones familiares; "nos parece impropio que se lo siga considerando un incapaz pleno, a quien se le da acceso al matrimonio sólo para que a través de él satisfaga su instinto sexual. Y a ello quedaría reducida la concesión legal, si el sordomudo casado siguiera sujeto al gobierno del curador en el plano personal" (T. 1, n° 45, pág. 150).

Para Belluscio, el matrimonio del sordomudo no hace cesar su incapacidad, es decir, que de ningún modo podría tener la administración ni la disposición de sus bienes. Si hubiere contraído matrimonio sin la venia exigida, no le cabe sanción alguna; la del artículo 13 de la ley de matrimonio civil o del actual 131, 2º párrafo del Código civil le es inaplicable.

Comparto esta última opinión entendiendo que, si sometido a curatela por un tercero, debe ser sustituida nombrándose nuevo curador al cónyuge del sordomudo (arts. 476 y ss. CC.) debiéndosele otorgar también el ejercicio de la patria potestad (arg. art. 309 CC.).

Las dificultades que presentan la ausencia de textos expresos sobre las consecuencias de las nupcias del sordomudo, se subsanarían con la reforma propuesta en esta materia, ya que el matrimonio celebrado por el sordomudo que aun no sabiendo darse a entender por escrito, tiene discernimiento y puede de otra manera manifestar su voluntad en forma inequívoca, debería ser causal suficiente para que proceda el levantamiento de la interdicción, con la plena recuperación de su capacidad, tanto en el orden patrimonial como familiar.

B. Impedimento derivado de la tutela.

1º) *Fundamento*: Según las fuentes del artículo 178 de Vélez —que fuera trasladado del código al artículo 12 de la ley 2393—, la prohibición contenida en la norma tiende a evitar el engaño de los pupilos por aquellos que les deben cuenta de la tutela. Su finalidad es por consiguiente proteger los intereses del menor y evitar maniobras destinadas a impedir una fiel rendición de cuentas. Dada la índole de la sanción —exclusivamente patrimonial—, Mazinghi sostiene que el bien jurídicamente tutelado es el patrimonio del menor, y no la libre expresión de su consentimiento.

2º) Se trata de un impedimento *relativo* que se extiende a las siguientes personas:

- a) al tutor (igualmente a la tutora desde la ley 11.357); se admite que también recae sobre el curador (se extiende excepcional-

mente el impedimento a pesar de la interpretación restrictiva de los mismos por imperio de lo dispuesto en el artículo 475 del Código civil);

- b) a los descendientes legítimos sujetos a potestad del tutor. Se excluyen por tanto de la prohibición a los hijos emancipados; a los mayores de edad no interdictos del tutor; a los hijos extramatrimoniales; aunque en general la doctrina se pronuncia en desacuerdo con esta última exclusión, "ya que la distinción legal no parece de manera alguna razonable" (Borda). Se extiende también al ex-menor, habiendo alcanzado la mayoría de edad, si las cuentas de la tutela no hubieren sido judicialmente aprobadas.

3º) Es un impedimento *impediente*: la violación de la prohibición legal no acarrea la nulidad del acto matrimonial. La sanción prevista expresamente en la última parte del artículo 12 es la pérdida de la remuneración que le hubiere correspondido al tutor por el desempeño de sus funciones, reiterada en el artículo 453 del Código civil.

"Sin perjuicio de su responsabilidad penal" concluye el artículo 12 de la ley 2393; pero no existe sanción penal al no incriminar el Código penal como delito el matrimonio celebrado en violación a la prohibición legal.

C. Plazo de viudez o de espera.

Está previsto en el artículo 93 de la ley 2393.

Ya en el Derecho romano clásico la mujer no podía contraer nupcias antes de los diez meses de la disolución del precedente matrimonio por muerte del marido. En la época postclásica se extiende a un año, teniéndose también en cuenta la disolución por divorcio. La prohibición cesaba, en todo caso, si la mujer diere a luz antes de los diez meses o el año.

El Derecho canónico no contiene ningún impedimento para un segundo matrimonio, aun inmediato, de la mujer viuda (canon 1142). Tampoco existe este impedimento en el derecho británico ni en el de los países comunistas.

1º) *Fundamento*: El artículo 93 prohíbe a la mujer casarse hasta pasados diez meses de disuelto o anulado el matrimonio, a menos de haber quedado encinta, en cuyo caso podrá casarse después del alumbramiento. El fundamento del impedimento es el de impedir la *turbatio sanguinis* o confusión que podría suscitarse sobre la paternidad de la descendencia de la viuda o de la mujer cuyo matrimonio hubiere sido anulado. Se explica el plazo de la prohibición de diez meses que armoniza con el artículo 77 del Código Civil como plazo máximo de duración del embarazo.

No se trata de dudas en cuanto a la "legitimidad" del hijo concebido, condición jurídica resuelta por los artículos 241 y 242 del Código.

2º) Es impedimento *transitorio* ya que cesa cumplido el plazo de diez meses (salvo el supuesto de excepción) Para alguna doctrina, el plazo legal resulta excesivo; así, Borda estima que "establecida la imposibilidad de que la mujer lleve en su seno un hijo del marido anterior, la espera de diez meses carece de toda razón jurídica o biológica" (T. I, N° 105), dando como ejemplos los casos de que el matrimonio anterior hubiere sido anulado por impotencia del marido, y el de la esposa que hubiere abortado después de enviudar o de declararse la nulidad. Según esta idea la prohibición no debiera aplicarse tampoco a los casos en que la edad de la mujer hace imposible la concepción.

Existe un precedente jurisprudencial que estimó que la prohibición era absoluta y no admite excepciones fuera de las que la misma disposición legal prescribe "aun cuando haya mediado una separación de hecho de varios años antes de la fecha de la muerte del cónyuge de la interesada" (C. Civ. 2ª en LL 6-262).

Una interpretación favorable a una excepción de la prohibición legal puede admitirse cuando, promovido el juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, el nacimiento se produce después de los trescientos días de la separación, conforme a la nueva redacción del artículo 250 del Código Civil, ya que no existen en este caso conflictos en virtud de las presunciones legales (arts. 240 y ss. CC).

3º) Es impedimento *impediente*, cuya transgresión no habilita para el ejercicio de la acción de nulidad de matrimonio, sino que es

causa de sanciones meramente patrimoniales consistentes en la pérdida de los legados y cualquier otra liberalidad o beneficio que el marido le hubiese hecho en su testamento (art. 94 LMC). Es decir que, no habiendo testamento, no hay sanción de ninguna especie, ya que no puede entenderse que la misma sea aplicable a los derechos que la mujer pueda tener como heredera legítima.

De violarse la prohibición, no sólo se produciría la caducidad de los legados, sino también la de las mejoras que en el testamento le hubiere hecho el cónyuge premuerto y la de la misma institución hereditaria.

Normas administrativas dictadas por el Registro Civil de la Capital Federal (Res. 25 del 1-9-1970): "a) no existiendo la posibilidad de que se produzca la *turbatio sanguinis* en razón de la edad de la mujer y de su larga separación conyugal, procede autorizar a la viuda a contraer nuevo matrimonio antes de vencido el plazo que fija el artículo 93 de la ley de matrimonio civil, y bajo la sanción del artículo 94; b) las distintas circunscripciones procederán a dar trámite normal a toda solicitud de mujer de estado civil viuda a los efectos de contraer nuevo matrimonio, sin consideración alguna a la fecha en que hubiese quedado disuelto el matrimonio anterior por fallecimiento de su cónyuge, pero hará saber a la contrayente que se case durante el plazo previsto en el artículo 93 de la ley 2393, la sanción establecida en el artículo 94; c) cuando de la documentación acompañada surja sentencia judicial de nulidad de un anterior matrimonio, la mujer no podrá celebrar otro ulterior durante los diez meses siguientes, salvo que haya quedado encinta, en cuyo caso podrá hacerlo después del alumbramiento".

IV. IMPEDIMENTOS EUGENESICOS

6. A) Eugenesia. Concepto y fundamentos.

Si bien desde la antigüedad existieron prohibiciones de contraer matrimonio con personas que padecían distintas dolencias o enfermedades, o simplemente lo aconsejaban —Código de Manú—, los impedimentos eugenésicos no fueron legislados ni por el derecho romano ni aun por la codificación que siguió al Código francés.

La eugenesia como ciencia se formula recién a fines del siglo XIX con los estudios realizados por el médico inglés Francisco Galton, volcados en sus obras publicadas en 1869 y 1884, dando el nombre de *eugenics* a la nueva ciencia. En 1935 la Academia recogió el vocablo eugenesia, definiéndola como “la aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana”.

Galton la considera como “la ciencia que tiene por objeto el estudio de los factores que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras”; y, desde el punto de vista jurídico, puede definirse como lo hace Díaz de Guijarro: “la rama del Derecho que protege la salud como bien jurídico y procura el mejoramiento físico social e individual” (Díaz de Guijarro, *El impedimento matrimonial de enfermedad*, N° 9).

Pretende pues esta ciencia prevenir las degeneraciones, mejorando los caracteres hereditarios de una raza; obtener el mejoramiento de la especie humana y luchar contra la transmisión de enfermedades por vía de la herencia. La creación de impedimentos eugenésicos encuentra su fundamento en la concepción intervencionista del Estado moderno, que los regula en ejercicio de sus facultades de policía de la salud, con fines sociales.

En las legislaciones modernas las primeras leyes que crearon impedimentos matrimoniales de enfermedad fueron: una ley búlgara de 1897 que prohibió el matrimonio de los epilépticos; una ley mexicana de 1917 que estableció como causales de nulidad de matrimonio las enfermedades venéreas, contagiosas y hereditarias; la ebriedad habitual y las afecciones crónicas e incurables transmisibles.

El Código civil suizo de 1907 y el de Brasil de 1917 vincularon la enfermedad con el consentimiento matrimonial, posibilitando reclamar la nulidad de matrimonio, al contrayente que hubiere ignorado la enfermedad grave y transmisible por contagio o herencia, capaz de poner en peligro la salud del otro cónyuge o de la prole: o en caso de ocultamiento doloso por parte del enfermo.

También vinculan la cuestión con el consentimiento matrimonial otras legislaciones como las de Alemania (1946), el Derecho británico, el austríaco.

Leyes de diversos estados americanos, europeos y asiáticos legislan prohibiciones nupciales basadas en enfermedad, como impedimentos o situaciones autónomas que obstaculizan la celebración de matrimonio: tales las leyes de Perú, México, Venezuela, Panamá, Estados Unidos de Norteamérica, Dinamarca, Suecia, y otros.

B) Valoración.

La eugenesia (*eu*: bien o bueno; *genesis*: origen, es decir, la buena generación o el buen origen), manifestada en medidas legislativas *prohibitorias o dilatorias* para la celebración de matrimonio, puede ser apreciada en un doble enfoque: el aspecto negativo que la aplicación de esta ciencia presenta es que en aras del mejoramiento humano, preconiza prácticas repudiables como son la esterilización, el aborto, el infanticidio, la eutanasia, los métodos anticonceptivos no naturales. En cambio, debe señalarse un aspecto positivo ya que "obra mediante el cuidado prenatal y postnatal de la madre y el hijo, la higiene de la pubertad, el examen prenupcial, el impedimento matrimonial por enfermedad hereditaria o contagiosa, la higiene social, la cultura física y moral, la educación sexual y la profilaxis" (Ferrer, Francisco M. y Ferrer, Francisco A. M., págs. 176 - 177).

Las principales argumentaciones opuestas a la creación de impedimentos eugenésicos han sido expuestas por Frías, quien considera que ellos importan considerar al matrimonio como una operación fisiológica o como un medio lícito de satisfacer las pasiones, concepto opuesto al de que el matrimonio no sólo es unión de cuerpos sino también de almas; que dichos impedimentos contribuyen al aumento de las uniones concubinarias y al número de hijos ilegítimos; que se trata de medidas peligrosas por no estar suficientemente avanzado el conocimiento científico de la herencia mórbida.

Díaz de Guíjarro por su parte reconoce que el matrimonio tiene un fin espiritual y moral superior al fin material de la reproducción, pero afirma que el impedimento de enfermedad no subordina el primero al segundo sino que es la vía adecuada para que ambos se realicen conjuntamente, lo que no puede ocurrir cuando la enfermedad de los hijos o de los cónyuges es efecto de las dolencias propagadas por obra del mismo matrimonio. El matri-

monio reposa en una razón ética que surge del mencionado fin espiritual y del deber de lealtad que tienen los contrayentes entre sí y con respecto a hijos futuros, que obliga a no ocultar enfermedades. Niega asimismo que el impedimento aumente las relaciones extraconyugales y la procreación de hijos ilegítimos, basado en estadísticas que así lo prueban, fuera de que la perspectiva de la ilegitimidad se presenta en la totalidad de los impedimentos matrimoniales.

Varios juristas argentinos preconizan la supresión del impedimento de enfermedad sobre la base de la doctrina católica, fundamentalmente expuesta en la encíclica *Casti Connubii*, dada por Pío XI en 1930, la que, criticando a “quienes perversamente se olvidan que es más santa la familia que el Estado y de que los hombres no se engendran principalmente para la tierra y el tiempo, sino para el cielo y la eternidad, quisieran que la pública autoridad prohibiese contraer matrimonio a todos los que, según las normas y conjeturas de su ciencia, juzgan que habían de engendrar hijos defectuosos por razón de la transmisión hereditaria, aun cuando sean de suyo aptos para contraer matrimonio”.

Llambías, no obstante compartir la doctrina católica, cree que no se opone a esta posición la mera postergación de la posibilidad de celebrar el connubio en tanto permanezca vigente el período de contagio, lo que justificaría por ejemplo, a la luz de tal temperamento, la exigencia del certificado prenupcial. Borda estima igualmente que la exigencia del certificado no constituye una prohibición irreparable para contraer matrimonio, sino simplemente una postergación hasta que pase el período de contagio, medida prudente y beneficiosa para todos.

Mazzinghi cita a la encíclica *Pacem in terris* de Juan XXIII, que entre los derechos naturales enuncia el de crear una familia, pero señala que tales derechos están inseparablemente unidos a deberes, así al derecho de contraer matrimonio corresponde el deber de evitar que su ejercicio atente contra la conservación de la integridad física del otro cónyuge y de la prole. Admite Mazzinghi en principio el impedimento de enfermedad, pero apunta las condiciones esenciales de su legitimidad: en primer lugar que se lo instituya

con carácter meramente impediante, es decir que no se erija su violación en causa de invalidez del matrimonio; en segundo lugar, que la regulación legislativa contemple con criterio excepcional aquellos casos en los cuales el matrimonio no constituye la iniciación de la comunidad de vida ni la condición para el advenimiento de la prole, como cuando el enfermo aspira a casarse para legitimar su descendencia y regularizar una situación preexistente; y por último expresa su repulsa por otras medidas eugenésicas como la esterilización, que significa un ataque directo e injustificable contra la integridad de la persona (T. 1, págs. 166 y 167).

7. Impedimentos por razones eugenésicas en el derecho argentino.

Ley 2393: en su artículo 9 (incs. 1 y 2) establece el impedimento de consanguinidad, que hemos visto tendría implicancias eugenésicas por la presunta degeneración patológica de la descendencia de uniones entre parientes de grado próximo.

El artículo 24 inciso 2 señala que la oposición puede fundarse “en la enfermedad contagiosa o grave deficiencia física de la persona que pretenda casarse con el menor”; y el inciso 4º permite que la oposición del tutor o curador puede fundarse —si el varón tuviere menos de dieciocho años y la mujer menos de quince—, “en cualquier motivo razonable que el juez apreciará libremente” pudiendo caer dentro de esos motivos, razones de índole eugenésica.

Ley 11.359 (art. 17 derogado por el art. 4º de la ley 17.711). El artículo 17 estableció: “Queda prohibido el matrimonio entre leprosos y el de una persona sana con una leprosa”.

Fueron varios los fundamentos de la derogación de esta norma, entre ellos el de que en el estado actual de la ciencia el impedimento no se justificaba, dado el empleo de las sulfonas y de otros medicamentos; el de que la lepra no es hereditaria; que es la menos contagiosa y que no toda persona sana puede contraerla; por lo que la prohibición matrimonial resultaba desmedida.

No obstante algunos autores opinan que al suprimirse el impedimento debió preverse un examen médico o la ampliación del examen prenupcial como requisito previo para el matrimonio, y

ponérselo en conocimiento del contrayente sano quien así no podría atacar la validez del acto fundado en su error o en el ocultamiento doloso de la enfermedad.

Ley 12.331. Impedimento de enfermedad venérea en período de contagio. Trátase de un impedimento de fundamento *eugenésico; transitorio; absoluto e impediénte.*

Al referirse la ley a *enfermedad venérea*, su calificación y apreciación queda librada al arbitrio judicial conforme a los aportes de la ciencia médica, no interesando el grado de gravedad aunque sí que esté en período de contagio. Por consiguiente, el impedimento es una medida de *postergación* del matrimonio, tendiente a evitar el contagio del otro cónyuge, pero resulta limitada en su finalidad eugenésica porque no impide la posibilidad de la transmisión hereditaria a la prole.

Precisamente para constatar la enfermedad y si ella existe en período de contagio, la ley 12.331 impone al contrayente varón un examen médico previo y la extensión del certificado prenupcial, del cual debe resultar la inexistencia del impedimento. El certificado debe expedirse gratuitamente por los servicios médicos nacionales o los médicos que las autoridades sanitarias determinen.

La *ley 16.668* extendió la obligación del examen previo y la presentación del certificado prenupcial a las mujeres.

Omisión del certificado: La falta de presentación del certificado no afecta la validez del acto matrimonial, sino solamente es causa de sanciones para el oficial público que no lo exigió (multa y en caso de reincidencia, duplicación de la multa y exoneración del cargo —art. 16 ley 12.331 y art. 3 ley 16.668—); sin perjuicio de la responsabilidad que correspondiere a aquel que ha falseado el certificado.

Excepciones a la exigibilidad del certificado prenupcial:

a) La presentación del certificado constituye una diligencia previa que se agrega a las previstas en los artículos 17 a 19 de la ley de matrimonio civil, y por tanto puede prescindirse de él en el caso de matrimonio *in extremis* (art. 46 de la ley 2393).

b) Matrimonio celebrado donde no hay médico próximo: el supuesto está contemplado en las "Normas" dictadas por el Departamento Nacional de Higiene en 1943, que disponen que "en las localidades en que no hubiera médico y que quedaran a una distancia mayor de 100 km. de otra en que residiere un facultativo, el Jefe del Registro civil eximirá a los contrayentes masculinos de la exigencia del certificado prenupcial, sólo en el caso de que sean vecinos radicados en esa localidad o justifiquen tal circunstancia ante las autoridades competentes, previa declaración jurada de que no padecen ninguna enfermedad venérea ni lepra". El texto debe comprenderse, en virtud de leyes posteriores, en el sentido de que la excepción se extiende a las mujeres, no precisándose declaración sobre el padecimiento de lepra.

c) Matrimonio entre concubinos: Las "Normas", modificadas por Resolución de la Secretaría de Salud Pública del 30-XII-1946 establecen: "Cuando se trata de familias ilegalmente constituidas, que tenga o no hijos, nacidos o por nacer, y en que el futuro contrayente se encuentre en período infecto-contagioso de su enfermedad, quedará postergado el matrimonio". Las autoridades competentes entregarán el correspondiente certificado prenupcial, recién cuando comprueben que el enfermo ha salido del período infecto-contagioso de la afección.

d) Matrimonio subsiguiente a delitos contra la honestidad: Un decreto de la Provincia de Buenos Aires de 1944 establece que "los matrimonios consiguientes a delitos considerados por el artículo 132 del Código Penal" están eximidos de la presentación del certificado prenupcial.

Borda aprueba la excepción atento a que el artículo 132 del Código Penal establece que quedará exento de pena el delincuente si se casara con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después de restituida a casa de sus padres o a otro lugar seguro; "si la ley penal brinda esta solución para cubrir el delito y dejar a salvo el honor de la víctima, no es posible aplicar ciega e indis-

crimadamente la prohibición de la ley 12.331, no obstante sus fines eugenésicos” (T. 1, n° 85, d).

En opinión contraria se pronuncia Belluscio que considera a la excepción como “una verdadera aberración” no sólo porque el matrimonio reparador puede celebrarse una vez curada la enfermedad o pasado el período de contagio, sino también porque en el caso de raptó o abuso deshonesto nada autoriza a pensar que el contagio ya se haya producido, y en los supuestos de violación y estupro, aunque lo más probable es que la víctima ya haya sido contagiada, no necesariamente se habrá producido la concepción (T. 1, n° 207, pág. 420).

Matrimonio celebrado en violación a la prohibición legal:

Por supuesto el tema refiere a la violación del *impedimento*, es decir, al caso de que el matrimonio se celebre con enfermedad venérea en período de contagio, situación que puede darse en el supuesto de omisión del certificado prenupcial o de falsificación del mismo.

Al violarse la prohibición se debe juzgar por tanto, la validez o invalidez del acto matrimonial.

La doctrina que comparte la tesis de la especialidad en materia de nulidades matrimoniales, considera al matrimonio *válido*, ya que no hay disposición legal que imponga la sanción de nulidad.

Díaz de Guijarro, Frías y Busso, enrolados en la tesis amplia, entienden que si las nupcias se celebraron en violación al impedimento, la sanción que recae sobre el acto es la *nulidad absoluta*, apoyándose en el artículo 18 del Código civil que dispone que “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”. Borda, también en esta corriente, considera que la nulidad es *relativa*, y arguye que en materia de matrimonio, no es posible atenerse rígidamente a los principios generales de la nulidad. Si bien no cabe duda, dice, de que aquí media un interés social, también es evidente que en numerosos casos la anulación de estos matrimonios “resulta repug-

nante a nuestra sensibilidad moral, y es, por tanto, inadmisibles" (T. 1, n^o 200, pág. 157).

Mazzinghi, Spota, consideran que el impedimento eugenésico no es dirimente teniendo en cuenta el principio que impone, ante la ausencia de sanción expresa, restringir la aplicación de impedimentos matrimoniales, dado que la aplicación indiscriminada del artículo 18 a los casos de violación de impedimentos eugenésicos, no se integra armoniosamente con el régimen argentino de nulidades matrimoniales. Y en todo caso debe evitarse que la unión celebrada con consentimiento no viciado, se traduzca en una simple unión de hecho. Si el matrimonio se celebra, agregan estos autores, sólo podría anularse si la enfermedad venérea en período de contagio hubiera sido objeto de un *vicio de consentimiento*.

A esta posición adhieren los doctores Ferrer (*ob. cit.*, pág. 188) y la comparto plenamente.

Como se verá más adelante al tratar acerca de las tesis sobre nulidades matrimoniales (Cap. VIII), no es posible aplicar el artículo 18 del Código civil a esta materia, sin interpretarlo íntimamente, renunciando a un puro rigorismo formal, para hacerlo congruente con el régimen que mejor se adecue a la defensa de la integridad y permanencia de la familia constituida sobre la base de un acto jurídico sano, en su naturaleza y contenido.

En la prohibición que nos ocupa, la existencia de la enfermedad venérea en período de contagio es sólo una circunstancia *externa* de la celebración, una mera irregularidad que entorna al acto, pero no lo penetra jurídicamente en su esencia.

Si el matrimonio se ha celebrado con los requisitos naturales y de forma que crean el vínculo conyugal, la transgresión del impedimento es irrelevante; no invalida la existencia o eficacia del acto, ni se opone gravemente a la esencia moral del matrimonio o de los vínculos familiares.

Porque el sentido y la finalidad de la prohibición es solamente *prevenir, informar* a los contrayentes sobre la limitación temporaria de su derecho a casarse en razón de que se padece de enfer-

medad venérea cuya gravedad impone la necesidad de postergar la celebración.

Siendo su función meramente preventiva, puede dar lugar a la oposición a la celebración del matrimonio y a negativa del oficial público (art. 40 LMC). Si las nupcias se contraen a pesar del impedimento, pueden darse algunos efectos incidentales, como sanciones para el oficial público que celebró el casamiento prescindiendo del certificado (art. 16 ley 12.331) o para aquel que lo falsee (médico, contrayente, el oficial público o un tercero).

Capítulo IV

CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. DILIGENCIAS PREVIAS. OPOSICION. CELEBRACION. PRUEBA

por SARA NOEMI CADOCHE DE AZVALINSKY

A. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL	
I. Requisitos	183
II. Exclusión de modalidades	184
III. Vicios del consentimiento	185
B. MATRIMONIO ENTRE AUSENTES. ESPECIES	189
C. DILIGENCIAS PREVIAS	193
D. OPOSICION	
I. Oposición y denuncia. Concepto. Causales	196
II. Sujetos legitimados	197
III. Oportunidad. Sustanciación. Efectos	198
IV. Responsabilidades	199
V. Oposición al matrimonio de menores de edad	199
VI. Oposición al matrimonio de sordomudos	201
E. CELEBRACION	
I. Autoridad competente. Lugar de celebración	202
II. Formalidades del acto	202
III. Matrimonio in extremis	204
F. PRUEBA	
I. Prueba de matrimonios celebrados antes o después de la ley de matrimonio civil. Distintos casos	207
II. La posesión de estado y la prueba del matrimonio	211
III. Matrimonios celebrados en el extranjero	213

SARA NOEMI CADOCHÉ DE AZVALINSKY

Capítulo IV

**CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL
DILIGENCIAS PREVIAS - OPOSICION
CELEBRACION - PRUEBA**

A. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

I. Requisitos.

Al abordar este tema, se hace necesario volver a la distinción entre matrimonio - acto y matrimonio - estado, ya que sólo podemos hablar de consentimiento matrimonial en el momento de la celebración del matrimonio.

Es en el matrimonio considerado como acto jurídico familiar donde la ley se ocupa con suma precisión de marcar los requisitos indispensables para que nazca a la vida jurídica esta básica institución social.

El artículo 14 de la ley 2393 fulmina con la sanción de *inexistencia* al matrimonio celebrado *sin* consentimiento de los contrayentes o *no expresado* ante el oficial público encargado del Registro Civil. Es la ausencia de consentimiento o su falta de expresión ante la autoridad competente que marca la ley lo que acarrea como consecuencia necesaria "la inexistencia del matrimonio".

Tan severa sanción, que implica emplazar a los pretendidos cónyuges en la calidad de concubinos y a su prole en el estado de hijos extramatrimoniales, sólo encuentra su fundamento en la seguridad que el Estado otorga a la institución del matrimonio, respaldándola con toda la protección legal, siempre que pueda tenerse la certeza de su celebración.

La *expresión* del consentimiento *frente* al delegado del Estado autorizado para ello, configuran los elementos fundamentales para la celebración del matrimonio. A lo que agregamos, por interpretación unánime de la doctrina y jurisprudencia, el requisito de la di-

versidad de sexos, que se encuentra implícito en la expresión “los contrayentes” del artículo comentado. Y ello porque ninguna duda cabe luego de la lectura del resto de la ley 2393 (“el marido está obligado a vivir en una misma casa con su mujer” - art. 51; “el marido que hubiere dado causa al divorcio debe contribuir a la subsistencia de la mujer” - art. 79; “la ley presume la reconciliación cuando el marido cohabita con la mujer” - art. 71; etc.), amén de las reconocidas pautas que rigen la moral y naturaleza humanas.

La ley argentina, reacia a la incursión en el tema de inexistencia de los actos jurídicos, es en este caso explícita y decidida, y no deja lugar a dudas de cuál es la consecuencia de la violación al artículo 14.

II. Exclusión de modalidades.

El consentimiento matrimonial sólo puede ser puro y simple. Con una redacción y ubicación poco felices —ya que no menciona al cargo y está fuera del capítulo IV de la ley— el artículo 44 de la ley 2393 no admite la imposición de modalidades al consentimiento matrimonial.

Pero no establece cuál es la sanción en caso de violarse la norma, lo cual ha dado lugar a la propuesta de distintas consecuencias dentro de la doctrina:

- a) Para algunos, y por aplicación del artículo 530 del Código Civil, el acto mismo —matrimonio— sería nulo (Borda, Lafaille);
- b) Para otros, y por aplicación específica de los artículos 84 y 85 de la ley 2393, sería nula la modalidad y válido el acto (Belluscio, Spota); y
- c) Para una tercera posición planteada por el doctor Mazzinghi, si la condición es suspensiva el acto es nulo por no haber consentimiento al tiempo de su celebración, pero es en cambio válido el matrimonio y nula la condición si ésta es resolutoria: existe consentimiento al tiempo de la celebración del acto, pero la condición debe anularse porque no pueden las partes acordar la disolución del vínculo.

III. Vicios del consentimiento.

Cuando el consentimiento matrimonial ha sido expresado ante la autoridad competente, la ley presume que hay total coincidencia entre el acto querido y la voluntad expresada, entre el pensamiento y la palabra, y admite únicamente como excepciones los supuestos del artículo 16 de la ley 2393.

Ello significa:

- 1º) Que habiendo manifestación de consentimiento y presencia en el mismo acto de la autoridad competente para celebrar matrimonios, ya es imposible hablar de inexistencia del matrimonio.
- 2º) Que se presume la concordancia entre lo querido y lo manifestado por cada contrayente; y
- 3º) Que los únicos vicios de consentimiento matrimonial cuya demostración admite la ley son los mencionados en el citado artículo 16.

Los vicios del consentimiento matrimonial pueden provocar una declaración de nulidad del acto, con lo que va dicho que así como la ausencia de todo consentimiento lleva a la inexistencia, la expresión viciada del consentimiento conduce a la nulidad del mismo (art. 85, inc. 3º de la ley 2393). Dos problemas conexos en toda la temática legal y doctrinaria argentinas, que sin embargo en materia matrimonial encuentran sus cauces definidos y distintos. Los efectos, en uno y otro caso, son por tanto bien dispares. Mientras en uno de ellos simplemente no podemos hallar ninguno ya que el acto no existe para la legislación: "El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aun cuando las partes tuviesen buena fe" (art. 14, in fine), en el otro —la nulidad—, los efectos pueden ser muy diversos según haya mediado buena o mala fe en uno o en ambos contrayentes, tema que por su frondosidad sólo planteamos, quedando desde luego su desarrollo para el capítulo respectivo de esta obra.

Entrando al análisis de los vicios admitidos en el artículo 16, debemos distinguir:

1. En cuanto a la *violencia* y el *dolo*, nos remitimos a las normas del Código Civil en su libro 2º cuando tipifica ambas figuras

en sus capítulos II y III de la Segunda Sección. Con excepción del artículo 934 que no resulta aplicable a la institución del matrimonio, donde sólo nos ocupamos del dolo *determinante* y *esencial*, que lleva a la nulidad del acto.

La violencia física o fuerza irresistible como vicio del consentimiento matrimonial, es un supuesto que muy difícilmente se dé en los hechos desde que el acto requiere la presencia de un funcionario público, y habría que demostrar también su complicidad al permitir la celebración del matrimonio mediando semejante circunstancia. Por lo que en la práctica, el supuesto se ve reducido a los casos de violencia moral o intimidación con entidad tal que, de no haber existido, el acto no se hubiera celebrado.

La misma cualidad *determinante* debe revestir el dolo como vicio del consentimiento matrimonial. Perpetrado por uno de los contrayentes o incluso por un extraño, y versando sobre cualidades *esenciales* de la persona del otro, debe tener —sea mediante la forma de acción o de omisión dolosa— el carácter de *determinante* del consentimiento, que de otro modo no se hubiera otorgado.

Los anales de jurisprudencia argentina registran un interesante caso de dolo versado sobre distintos aspectos de la personalidad del novio, que considerados aisladamente no revestían cada uno de ellos el carácter de esencial, pero que reunidos, configuraron un verdadero supuesto de dolo "*plural*" —como lo calificó el doctor Guastavino en la nota al fallo publicado en La Ley, tomo 132, pág. 593—, que fue admitido en la sentencia como vicio del consentimiento matrimonial otorgado por la contrayente, concediéndose la anulación del matrimonio.

2. En cuanto al *error* la ley 2393 lo admite sólo cuando él se refiera a "la identidad del individuo físico" o a "la persona civil" del otro contrayente. Conteste es la doctrina en la interpretación del primer supuesto —error en la identidad física del individuo— ya que es clara su redacción, aunque parece configurar un caso imposible en los matrimonios entre presentes. Pero en cambio hay disparidad de opiniones sobre el alcance de la segunda expresión del artículo 16: ¿qué debe entenderse por persona civil?

La doctrina nacional presenta aquí un amplio abanico de posibilidades. Desde la posición más abierta, que admite en este concepto todas las cualidades sustanciales de la persona (y por lo tanto podría versar el error sobre aspectos fundamentales de la personalidad, o sobre elementos del estado de familia, o sobre antecedentes personales del contrayente, etc.) a la más restringida para la cual sólo refiere la ley al error sobre la identidad civil (nombre, estado); o posturas intermedias que admiten el error sobre identidad civil y sobre el estado de familia, comprendiendo en él no sólo la calidad de soltero, viudo o divorciado del otro contrayente, sino también la existencia de hijos de una unión anterior —matrimonial o no—, o la relación concubinaria con un tercero previa al matrimonio, situaciones todas que estarían comprendidas dentro del concepto de error en “la persona civil”.

Resulta de suma importancia el acuerdo sobre el alcance del error como causal de vicio del consentimiento matrimonial, pues la consecuencia —nulidad del matrimonio— derivará de una equivocación, si bien sustancial y determinante, espontánea y no provocada dolosamente. La distinción con el dolo es no sólo de concepto sino, y fundamentalmente, de diferencia en la etapa de prueba en el proceso de nulidad. En los supuestos de anulación por dolo, los motivos de engaño pueden ser ilimitados en su variedad, con tal de que:

- a) Sean esenciales y determinantes del acto matrimonial; y
- b) Se demuestre el accionar doloso del otro contrayente o de un tercero, que llevó a la celebración del matrimonio.

En cambio, en los casos de anulación por error debe acreditarse sólo:

- a) Que el mismo fue determinante, y
- b) Que encuadra en alguno de los dos únicos supuestos admitidos por el artículo 16.

La irrelevancia del accionar doloso de un tercero, obvia toda prueba al respecto, con lo cual la dificultad del proceso se reduce notoriamente. La prueba más difícil es la de las intenciones ajenas; los hechos concretos en cambio, permiten generalmente su demos-

tración. Fe de ello dan los innumerables casos de jurisprudencia en los que fracasó la pretensión de quien demandaba nulidad del matrimonio por no poder probar el dolo o engaño invocado.

Si con sólo invocar error sobre alguna circunstancia considerada esencial, pudiera lograrse la anulación de los matrimonios, violaríamos encubiertamente la indisolubilidad del vínculo y dejaríamos a todas las uniones legales expuestas a una inseguridad inadmisibles. Por ello el legislador quiso limitar las posibilidades de anulación por error y distinguió —lo que no hizo con los vicios de dolo ni de violencia— casos concretos de error: en la identidad física y en la persona civil. Aunque debemos reconocer con la mayoría de la doctrina nacional, que esta última no ha sido una expresión feliz porque ha dado lugar a serias discrepancias en su interpretación. Y que una futura reforma debe encarar una mejor redacción del artículo, buscando una delimitación precisa de este especial vicio de consentimiento matrimonial.

3. *Simulación.*

De lo expresado al comienzo del tema anterior, surge la falta de recepción de esta figura como vicio del consentimiento dentro de nuestro derecho.

La celebración de un matrimonio, donde los contrayentes en realidad no persiguen la formación de una familia sino la solución a otra situación cualquiera (cambio de nacionalidad de uno de ellos en los países que así lo admiten, exención del servicio militar para el marido, adquisición de un pasaporte o de una carta de ciudadanía, etc.), y el posterior pedido de anulación por no haber querido contraer matrimonio para sus fines específicos, es una figura aceptada en otras tierras y en otras épocas —especialmente en las legislaciones europeas de tiempos de guerra—. En nuestro país, la legislación no prevé a la simulación como causal de nulidad del matrimonio —arts. 84 y 85 de la ley 2393— y en cambio presume la concordancia entre lo querido y lo expresado en el acto matrimonial, salvo los supuestos del artículo 16.

No pueden los particulares, por otra parte, decidir desconocer los efectos normales del matrimonio y pretender anularlo alegando

un acuerdo anterior. Reproducimos aquí lo dicho antes, sobre la protección legal al matrimonio y su estabilidad. Por iguales razones, resulta aplicable todo lo expresado al supuesto de reserva mental, en donde se pretenda anular un matrimonio por no coincidir lo deseado con lo manifestado por uno solo de los contrayentes al otorgar su consentimiento, y sin que haya mediado dolo, violencia ni error de los supuestos previstos en el artículo 16.

B. MATRIMONIO ENTRE AUSENTES. ESPECIES

Son varias las modalidades que ha asumido, en distintas épocas y países, la celebración de un matrimonio entre personas que no están físicamente en el mismo lugar en el momento de la celebración del acto.

Desde la celebración por nuncio, donde el nuncio o mensajero sólo puede transmitir en determinada forma y tiempo la expresión del consentimiento de quien lo envía; o por carta, con origen en el derecho romano, donde el contrayente ausente es el varón; a la que recurre a la figura del apoderado, como la prevista en el artículo 15 de la ley 2393, y hasta el matrimonio a distancia. De todos ellos veremos los dos últimos, por ser los tratados en nuestra legislación

I. El matrimonio *por poder* fue receptado en la ley 2393. El artículo 15 estableció los requisitos mínimos para la celebración por este modo: mediante el otorgamiento de un poder *especial* en el que conste la *designación de la persona* con quien contraer matrimonio.

La ley no limitó, por ejemplo, el tiempo de validez del poder, ni la posibilidad de que ambos contrayentes comparezcan por apoderado, ni que deban darse circunstancias especiales para permitirse este modo de celebración. Sólo exigió las condiciones señaladas en el instrumento a otorgar. En general, se admitía la aplicación de las normas del Código civil sobre mandatos, pero con algunas expresas aclaraciones como, por ejemplo, que la retractación de la voluntad del mandante, aun tácita, producía la nulidad —o más bien la inexistencia— del matrimonio así celebrado, por mediar falta de consentimiento (art. 14 de la misma ley). Y ello sin que fuera necesario

una notificación fehaciente al mandatario o a la otra parte, y aun cuando el hecho no hubiere sido conocido por ellos al tiempo de la celebración.

Porque de todos modos la retractación o arrepentimiento existió privando de eficacia al acto. Sólo era necesario en esos casos, la demostración de que tal arrepentimiento se había producido con antelación a la celebración del matrimonio.

El matrimonio por poder rigió en nuestro país desde el año 1889 y hasta la entrada en vigencia de la Convención de Nueva York de 1962, ratificada por el decreto-ley 18.444 del año 1969, que introdujo la figura del matrimonio a distancia.

II. 1. En el matrimonio *a distancia* ambos consentimientos son expresados directa y personalmente por los dos contrayentes, pero ante distintas autoridades. El matrimonio a distancia o sin comparecencia personal, requiere ineludiblemente la expresión directa y "en persona" del consentimiento por parte de cada contrayente ante la autoridad competente. Y la autoridad competente es la habilitada por la ley para celebrar matrimonios en el lugar donde el contrayente expresa su voluntad de casarse.

Por eso compartimos totalmente la posición sustentada por el doctor Elías P. Guastavino en su comentario publicado en *Jurisprudencia Argentina - Doctrina* 1971, en el sentido de que la Convención de Nueva York de 1962, ratificada en 1969, rechaza todo tipo de poder para celebrar el acto, y que su artículo 1º al decir: "No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresados por éstos en persona... ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio...", sólo se refiere a autoridades competentes para celebrar matrimonios, una ordinaria y la otra extraordinaria o especial. Creemos que resulta extraña a la letra y al espíritu de la Convención la interpretación que ha dado al respecto el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal, cuando en su resolución Nº 16 del año 1970 dice: "En aplicación de dicha Convención no podrán en lo sucesivo celebrarse matrimonios en los que ambos contrayentes comparezcan por apoderado, debiendo uno de ellos, por lo menos, estar presente personalmente". No es dable, a nuestro entender, admitir

que la autoridad competente pueda ser, en este caso, un escribano público ante quien se manifieste la voluntad de que un representante celebre el matrimonio en nombre del compareciente —otorgamiento de un poder—. Se trata en cambio de que el contrayente ausente comparezca “en persona” ante la autoridad competente “para celebrar el matrimonio” en el lugar donde se encuentre.

2. Si observamos en el texto de la Convención un vacío para determinar en cada caso cuál es la autoridad ordinaria y cuál la especial, ya que no siempre puede decirse sin lugar a dudas quién es el contrayente presente y quién el ausente.

Supongamos que ambos tienen domicilio real estable en distintos países (por ejemplo, el novio es francés y la novia es argentina, domiciliados respectivamente en París y en Buenos Aires): ¿cuál es la autoridad ordinaria y cuál la extraordinaria? La ley no lo dice, y su elección determinará el trámite y el lugar de celebración, lo que en casos como éste decide además aspectos importantes del régimen jurídico a que quedará sujeta la unión. Por lo tanto, en este supuesto la autoridad ordinaria —y como veremos el lugar de la celebración del acto— queda determinada con la elección, a voluntad de los contrayentes, de la autoridad ante quien inicien el trámite.

3. *Condiciones para la celebración:* La Convención exige que medien “circunstancias excepcionales” para que proceda este modo de celebración. No es suficiente la simple lejanía física entre quienes proyectan casarse para que se celebre el matrimonio a distancia, sino que deben darse situaciones que impidan la reunión de los contrayentes ante una misma autoridad, y que deben ser evaluadas por la autoridad ordinaria. Esta autoridad, que entre nosotros es de carácter administrativo, es la que decide si se dan o no en cada caso concreto “circunstancias excepcionales” para permitir la celebración sin comparecencia personal.

4. Si la admite, luego de recepcionar el consentimiento del contrayente presente recibe la manifestación de voluntad —consentimiento matrimonial— del contrayente ausente que la expresa ante la autoridad competente del lugar donde se encuentre (extraordinaria). Y cuando la autoridad ordinaria se convenciere de que tal

consentimiento no ha sido retirado, procede a celebrar el acto matrimonial. Allí quedan determinados el momento y el lugar de la celebración; de ahí nuestra preocupación porque la ley establezca pautas concretas para determinar el carácter de cada autoridad interviniente —ordinaria o extraordinaria— en los distintos casos que la realidad puede ofrecer.

Simple resulta, por lo tanto, decidir el problema cuando ambos contrayentes se domicilian en el mismo lugar y uno de ellos se encuentra ocasionalmente ausente de él. Mediando circunstancias extraordinarias, la autoridad ordinaria es la de quien permanece en el domicilio habitual, y la especial es la que tenga competencia para celebrar matrimonios en el lugar donde se halle el ausente.

5. La ley 18.444, que ratificó la Convención que comentamos, ha producido en nuestro país, por imperio del artículo 31 de la Constitución Nacional, una derogación implícita de la figura del matrimonio por poder del artículo 15 de la ley 2393, con la consecuente modificación del resto de las normas que en esta ley refieren a la forma de celebración (arts. 40, inc. 4, y 42, inc. 10 y concordantes) y las del Código Civil en lo que sea pertinente (art. 1881, inc. 5). Por ser un tratado con potencias extranjeras, ratificado por ley nacional, se ubica dentro de la categoría de ley nacional dictada con posterioridad a la 2393, y que por ser excluyente de la figura allá prevista —matrimonio por poder—, la deroga en lo que se le oponga.

Pero ante la falta de una reglamentación especial —que ha llevado hasta interpretaciones tales como la del Registro Civil capitulino— surgen interrogantes no resueltos expresamente: 1º) ¿Qué consecuencias acarrearía la celebración de un matrimonio por poder en la actualidad?; 2º) ¿Qué validez tendría un matrimonio celebrado a distancia sin que hayan mediado circunstancias excepcionales?

Al primer interrogante: creemos que considerado desde cualquier enfoque, el inconveniente siempre va a ser de *forma* de celebración, y el tema en discusión es la *validez* del matrimonio. Por lo que nos parece que, salvo falta de consentimiento, el acto es válido. Pero si de las formalidades cumplidas hubiera duda sobre la manifestación de voluntad de alguno de los contrayentes —generalmente la del ausente— ello debiera salvarse con una posesión de estado de

cónyuges, que unida al acta defectuosa (levantada con presentación de poder y cuestionada por duda en el consentimiento) perfeccione el acto (aplicación analógica del artículo 101 de la ley 2393).

En cuanto al segundo interrogante, es evidente que un acto autorizado por quien está facultado para ello no puede ocasionar luego a sus autores las gravísimas consecuencias de una nulidad matrimonial. Sólo es posible admitir alguna sanción —que por lo general sólo será administrativa— al funcionario que no cumplió con celo su misión.

Bregamos con la mayor parte de la doctrina nacional por una reglamentación interna de la Convención ratificada, que explicité sus pautas de aplicación, su incidencia sobre las normas anteriores, y sus consecuencias ante las distintas violaciones que en la realidad se puedan presentar.

C. DILIGENCIAS PREVIAS

I. La ley 2393 trata el tema en los artículos 17 a 19, y se refiere a la presentación de los futuros contrayentes, con antelación a la fecha del proyectado matrimonio y ante el Jefe del Registro Civil donde luego se cumplirá el acto, con el objeto de informar a dicha autoridad sobre la intención de contraer enlace a los efectos de que se tomen los recaudos legales pertinentes.

El encargado del Registro debe proceder entonces a:

- 1º) Levantar un acta para dejar constancia de las manifestaciones de los novios, con la firma de dos testigos y los datos personales de los futuros contrayentes; y
- 2º) Munirse de los elementos probatorios que ellos deberán aportar y que demuestren la habilidad nupcial de ambos: documental que acredite la causa de disolución de un matrimonio anterior (sentencia de anulación de un matrimonio anterior, certificado de defunción del primer cónyuge, o la sentencia declarativa de ausencia con presunción de fallecimiento), autorización de sus representantes legales si fuera necesario

o en su caso la venia supletoria del juez, y testigos de conocimiento que declaren sobre la identidad y habilidad para casarse de quienes han comparecido. Esto último resulta actualmente insuficiente, cuando el sistema de identificación de las personas a través de los respectivos documentos de identidad (ley 13.482/48, d.ley 8204/63, ley 17.671/68, y sus modif. y complement.) ha superado al de los testigos de la ley 2393.

II. Las leyes 12.331 y 16.668 han agregado una diligencia previa para la celebración del matrimonio a las previstas en la ley 2393: la obtención de un certificado médico prenupcial que acredite la ausencia de enfermedad venérea en período de contagio, cuyo plazo de validez surge de la reglamentación respectiva de las distintas provincias.

Estos certificados, obligatorios para los varones desde la entrada en vigencia de la ley 12.331 —1º de enero de 1937— y para las mujeres desde el 16 de julio de 1965 —ley 16.668— deben ser expedidos por los organismos sanitarios oficiales de la Nación, provincias o municipalidades, y tienen el principal objeto de acreditar la ausencia de enfermedades venéreas en período de contagio, de las que pueden derivarse serias consecuencias para la salud del otro cónyuge y la de los futuros hijos de la unión. Cumplido por personal idóneo y responsable, esta reforma legislativa ha introducido una plausible diligencia previa a la celebración de todos los matrimonios.

III. *Publicidad previa.* La institución de la previa publicidad tiene su origen en el derecho canónico, donde mediante proclamas matrimoniales en las parroquias, los fieles quedan obligados a poner en conocimiento del párroco si tuvieren noticia de algún impedimento para evitar la celebración del matrimonio.

En el derecho francés, el Código de Napoleón establecía el anuncio oral por parte del oficial del estado civil, que lo realizaba en la alcaldía municipal en dos domingos consecutivos, además del aviso colocado en la misma puerta del lugar durante 8 días, y en la de las municipalidades de residencia de los novios. Más tarde, se suprimió el anuncio oral, manteniéndose sólo el aviso escrito

en la puerta del lugar de celebración del matrimonio, y la de las municipalidades de los domicilios de los contrayentes.

La publicidad previa no es exigida en Chile, Cuba, Rusia, Guatemala, Méjico, etc. Se mantiene sin embargo en gran parte de la legislación europea y americana. Así, por ejemplo, el Código Civil de Brasil (arts. 181 y 182) impone la publicación obligatoria—sólo dispensable en casos de urgencia— de la proyectada celebración del matrimonio a través de avisos en “un lugar ostensible del edificio” (del registro civil) y además “por la prensa”. Esa publicidad debe cumplirse durante 15 días y luego el oficial público puede declarar, si no se ha denunciado impedimento, la habilidad de los novios para contraer enlace.

En nuestro país, el Código Civil remitió a las normas del derecho canónico al disponer Vélez Sársfield en el artículo 167 que “el matrimonio entre personas católicas debe celebrarse según los Cánones y solemnidades prescriptos por la Iglesia Católica”, sin perjuicio de admitir asimismo las leyes y ritos que en la materia disponen las Iglesias “a la que los contrayentes pertenecieren” (art. 183) si fueran personas no católicas.

Al margen de estas normas, la ley de matrimonio civil, en su redacción originaria, imponía la publicidad previa a la celebración consistente en avisos colocados en los registros civiles del domicilio de ambos contrayentes, y además en el correspondiente al domicilio anterior de uno de ellos si lo hubiere mudado durante los últimos seis meses anteriores a la publicación, durante el curso de ocho días seguidos. El matrimonio podía celebrarse después de tres días de la última publicación o de recibidos los testimonios de los otros registros (en los que no se celebraba el matrimonio pero que debían cumplir con los avisos y enviar las constancias al del lugar de celebración) y dentro de los cien días de la publicación para evitar que la misma caducara. Todo con la finalidad de facilitar la interposición de denuncia u oposición en caso de mediar algún impedimento para el proyectado matrimonio.

Pero la publicidad previa existió sólo en la letra de la originaria ley 2393, puesto que la ley 2681 la dejó sin efecto, y entró en vigencia junto con la ley de matrimonio civil. El principal mo-

tivo de la derogación de esta figura ha sido la falta de utilidad práctica de la misma, ya que poca o ninguna difusión podía lograrse con la colocación de un cartel en la puerta de un Registro, con lo que la demora y la molestia superaban ampliamente los resultados buscados, que no se cumplían con la modalidad prevista.

Volvemos legislativamente sobre el tema cuando en 1969 nuestro país ratificó la Convención de Nueva York, que reza que debe ser otorgado el "consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, *después de la debida publicidad...*" Pero la Convención deja la decisión de cómo realizar la publicidad previa a la legislación interna de cada país, y en el nuestro no existían entonces ni existen hoy normas que la regulen.

De modo que nunca tuvo vigencia práctica la publicidad previa dentro de nuestro territorio, a partir de la secularización del matrimonio.

D. OPOSICION

I. Oposición y denuncia. Concepto. Causales.

La función preventiva de los impedimentos matrimoniales se cumple en el juego de estas dos figuras, que guardan estrecha relación entre sí.

Conforme a los artículos 20 y 35 de la ley 2393, los impedimentos matrimoniales son los que basan la formulación de una oposición o de una denuncia. Y a pesar de la redacción de ambas normas: "los impedimentos establecidos en el artículo 9", sin embargo todos los impedimentos son hábiles para el caso. Así lo admite el resto del articulado del capítulo VI de la ley —art. 22: impedimento de viudez; art. 23: impedimento de edad; art. 24 inc. 1: impedimentos legales— y lo dicta la *ratio legis* en casos como los de impedimentos de adopción o de enfermedad venérea en periodos de contagio (ambos previstos en otras leyes complementarias del C. Civil). Cualquier impedimento matrimonial es razón suficiente para promover una denuncia o una oposición.

Por lo cual podemos decir que ellas son los medios o resortes legales idóneos para poner en movimiento el proceso administrativo primero y judicial después, en vistas a la demostración de la existencia de un impedimento matrimonial en un caso concreto, que provoca siempre la suspensión de la celebración del matrimonio y eventualmente —si resultara triunfante—, impide definitivamente su realización.

A través de estas instituciones del derecho de familia se procura evitar consecuencias negativas futuras, como una declaración de nulidad matrimonial u otra sanción de las previstas por la ley según los casos, y el cumplimiento de los elevados fines tenidos en cuenta en la regulación de cada impedimento.

Pero al mismo tiempo se permite así la limitación al derecho natural de casarse. Por tanto la ley 2393 se ha ocupado de fijar los límites para el ejercicio de la oposición, no sólo en la estricta determinación de los motivos, sino también legitimando para actuar sólo a las personas autorizadas expresamente, e imponiendo severa sanción para quien lo haga temerariamente.

II. Sujetos legitimados.

1 — Pueden ejercer oposición a la celebración de un matrimonio, solamente (arts. 21 a 23):

- 1º) El “cónyuge de la persona que quiere contraer otro”, y evidentemente el impedimento en que se funda es el de ligamen;
- 2º) “los parientes de cualquiera de los futuros esposos dentro del segundo grado de consanguinidad”, lo que excluye no sólo a los más lejanos sino a todos los parientes afines;
- 3º) “los tutores o curadores”, cuando invoquen impedimento distinto a lo previsto en el artículo 23;
- 4º) el “Ministerio Público”, que “deberá” deducir oposición siempre que tenga conocimiento de algún impedimento;
- 5º) los parientes en grado sucesible del extinto marido de la mujer viuda, cuando ésta se halle dentro del supuesto del artículo 93; y
- 6º) los padres, tutores o curadores por falta de su consentimiento (art. 23).

2— Puede efectuar denuncia, en cambio, cualquier persona aunque no esté incluida dentro de las legitimadas por los artículos 21 a 23, dada su limitada intervención en el trámite que origina. Así se permite, por ejemplo, la intervención de otros parientes —principalmente los afines— que pueden tener legítimo interés en evitar la realización de un matrimonio entre quienes están inhabilitados para contraerlo.

III. Oportunidad. Sustanciación. Efectos.

“La oposición puede deducirse desde que se hayan iniciado las diligencias previas para el matrimonio hasta que éste se celebre” (art. 26), en forma verbal o escrita, y ante el oficial público que intervenga en dichas diligencias previas.

En su presentación, el oponente debe acreditar su vínculo con alguno de los contrayentes —para demostrar si está legitimado conforme a los arts. 21, 22 y 23—, y exponer el motivo de su oposición presentando la prueba documental que así lo demuestre, si la tuviere.

Si de ello surge que la oposición no está fundada en ningún impedimento matrimonial, el “oficial público ante quien se deduzca, la rechazará de oficio” (art. 30). En caso contrario, debe correr traslado de la oposición a los contrayentes, quienes a su vez pueden reconocer la verdad de lo expresado por el oponente, o rechazar la oposición.

En el primer caso, el trámite culmina con la no celebración del matrimonio; en el segundo, y expresado el desconocimiento por los contrayentes en el término de 3 días, deben remitirse las actuaciones al Juez letrado en lo Civil para que se sustancie el debido proceso, de trámite sumario y con citación fiscal (arts. 29 a 31).

De tal tramitación resultará una sentencia de la que se remitirá copia legalizada al oficial público, y que ocasionará:

- a) si fue declarativa de la existencia del impedimento invocado, la no celebración del matrimonio;
- b) si rechazó la oposición presentada, pasada que sea en autoidad de cosa juzgada, la celebración del acto (art. 33).

En cualquier caso, debe dejarse constancia marginal en el acta de oposición, de la parte dispositiva de la sentencia.

IV. Responsabilidades.

1 — Conforme al artículo 34, en caso de rechazo de la oposición, quien la ejerció es responsable del pago de una indemnización, cuyo monto es fijado por el juez que intervino en la causa. De esta indemnización están exentos únicamente: los ascendientes y el Ministerio Público.

Los primeros por una razón natural: hay a su favor una presunción de buena fe que los exime de responsabilidad económica; y en cuanto al Ministerio ello es una consecuencia necesaria de la imposición legal del artículo 21 inciso 4: "debe" deducir oposición cuando conozca el impedimento, y del artículo 36: "dentro de tres días, deducirá oposición".

En el trámite de oposición, quien lo promueve es parte, lo insta y continúa. Y su accionar, si es falto del sustento legal necesario, lo lleva a responder económicamente por ello, como modo de indemnizar el daño ocasionado a los futuros esposos.

2 — Aquí encontramos una clara diferencia con la denuncia. En ésta el denunciante no responde pecuniariamente en caso de rechazo, salvo que su denuncia sea maliciosa (art. 35), porque el denunciante se limita a poner en conocimiento del Ministerio Público la existencia de un impedimento matrimonial entre quienes van a casarse y es el órgano estatal el que decide iniciar o no la oposición, permaneciendo el denunciante fuera del proceso que se pueda originar.

V. Oposición al matrimonio de menores de edad.

Se alude aquí a la oposición que pueden ejercer los representantes legales de los menores en edad núbil, por algunos de los motivos enunciados en el artículo 24 inciso 1 a 3, o por "cualquier motivo razonable" invocado por el tutor en el supuesto del inciso 4, y aun sin motivo cuando se trate de la oposición de los padres respecto a los menores encuadrados en la primera parte del artículo citado.

Con lo que va dicho que debemos hacer una primera diferenciación:

1. Cuando se trata de menores varones cuyas edades oscilan entre los 18 y los 21 años, o de mujeres entre los 15 y los 21 años, su representante legal —sea padre o tutor—, si pretende deducir oposición al casamiento del menor, debe fundarse en alguna de las causales previstas en los incisos 1 a 3 del artículo 24:

- 1º) “en la existencia de alguno de los impedimentos legales”, sin limitaciones;
- 2º) “en la enfermedad contagiosa o grave deficiencia física de la persona que pretenda casarse con el menor”, olvidando la ley la posibilidad a la inversa, igualmente disvaliosa para el menor —enfermedad o grave deficiencia del mismo menor—;
- 3º) “en la conducta desarreglada o inmoral y en la falta de medios de subsistencia de la persona que pretenda casarse con el menor”.

Aquí el legislador ha mejorado la anterior redacción, evitando el casuismo del antiguo inciso 4, y requiriendo sólo la falta de medios de subsistencia de quien pretende casarse con el menor, sin tener que acreditar además su falta de aptitud para adquirirlos (ver inc. 5 antes de la reforma introducida por la ley 17.711). Es evidente que resulta suficiente motivo la falta actual de medios para vivir para oponerse al casamiento de un menor de edad, y si hay aptitud para adquirirlos lo prudente es esperar a que ellos se produzcan para autorizar el matrimonio.

Pero por otra parte, la norma no distingue según sea el sexo del menor en este caso, y dada la organización de la ley de matrimonio que dispone en cabeza del marido la obligación de proveer todos los medios necesarios para el mantenimiento de su esposa (arts. 51 y cctes.), parece excesiva la oposición si quien pretende casarse con el menor sin acreditar medios de subsistencia, es la mujer.

2. Cuando se trata, en cambio, del proyectado casamiento de un varón menor de 18 años —o sea entre los 16 y 18 años de edad— o de una mujer menor de quince —o sea entre los 14 y 15 años de

edad—, la especial protección debida a estos jóvenes adolescentes ha justificado las disposiciones de la primera y última parte del artículo 24: los padres pueden oponerse sin expresar razón alguna, y los tutores pueden hacerlo fundándose en “cualquier” motivo razonable.

Es dable observar que el inciso 4 del artículo en estudio contiene un error de fondo al nombrar al curador. No es posible hablar de curador porque se refiere a menores de edad, cuyo representante legal —aun cuando fueran menores sordomudos o insanos— es siempre un tutor.

3. Juicio de disenso.

La oposición formulada por el padre o tutor o, lo que es más frecuente, la falta de consentimiento del representante legal del menor, promueve la tramitación del juicio de disenso, donde generalmente el actor es el mismo menor, que insta así el proceso tendiente a la celebración del acto. De tramitación sumaria y privada, en el disenso el padre o tutor debe formular —o no, según los casos—, el motivo de su oposición y luego de la producción de las pruebas que el juez estime pertinentes, se decide si procede o no tal oposición. Aun en los casos en que la ley permite oponerse por cualquier causa o sin expresar ninguna, el juez interviniente está habilitado para resolver —admitiendo o rechazando— la oposición, otorgando, en su caso, la venia supletoria para la celebración del matrimonio.

VI. Oposición al matrimonio de sordomudos.

Nos remitimos a lo ya expuesto, por cuanto las mismas normas de oposición al matrimonio de mayores y de menores de edad, son aplicables al caso: causales, tramitación, legitimados para ejercerla, etcétera, recordando que el artículo 21, inciso 3 —para el caso de sordomudo mayor de edad— legitima expresamente al curador para ejercer la acción, y que el artículo 24, inciso 4, hace lo propio para quien representa a un sordomudo menor.

Con la última salvedad de que nos referimos expresamente a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, conforme su capacidad matrimonial reglada en el artículo 10 de la ley 2393.

E. CELEBRACION

I. Autoridad competente. Lugar de celebración.

El artículo 37 de la ley de matrimonio civil, complementado con el decreto - ley 8204/63 (art. 48), dispone que la celebración del matrimonio debe efectuarse “ante el oficial público encargado del Registro Civil” “que corresponda al domicilio de uno de los contrayentes” “en su oficina, públicamente”, compareciendo ambos esposos o sus apoderados, y con la presencia de dos testigos y “formalidades que esta ley prescribe”. Para el caso de que alguno de los contrayentes estuviere “imposibilitado” para concurrir a la oficina, y justificándose “fehacientemente” esta circunstancia, puede celebrarse el acto en el domicilio de uno de ellos, exigiéndose en este caso cuatro testigos.

La presencia del oficial público como primer requisito indispensable, es coincidente con la disposición del artículo 14, en cuanto lo requiere como presupuesto de existencia del acto. Con respecto a la comparecencia de los contrayentes, creemos que la forma puede ser únicamente en persona —sea bajo el tipo de matrimonio entre presentes o de matrimonio a distancia— pero actualmente no sería viable a través de apoderado, conforme a los términos de la Convención de Nueva York de 1962, ratificada por nuestro país en 1969.

Del juego de las disposiciones de los artículos 17, 40, 41 de la ley 2393 y 48 del decreto - ley 8204/63, surge la competencia del oficial público encargado del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los dos contrayentes para celebrar el matrimonio. Y en su oficina, públicamente, el lugar de la celebración. Sólo en casos excepcionales, de imposibilidad “fehacientemente” acreditada de concurrir a la oficina, puede celebrarse en el domicilio de uno de los contrayentes, con la diferencia formal de que en tal caso se requiere la presencia de cuatro testigos en vez de dos.

II. Formalidades del acto.

1. Reunidas las personas necesarias para la celebración (el oficial público encargado del Registro y los dos contrayentes), el acto se desarrolla de acuerdo a las formalidades que imponen los artículos 39 y siguientes de la ley 2393, complementados con los artículos

49 a 51 del decreto - ley 8204/63, y con la presencia de los testigos que correspondan según el lugar de celebración (art. 38, ley 2393).

El oficial público interviniente debe respetar el orden que marca el artículo 39: primero leer a los futuros esposos los artículos 50, 51 y 53 de la ley de matrimonio civil, que son los que establecen los tres derechos - deberes fundamentales que nacen con la celebración del matrimonio: fidelidad, cohabitación y asistencia; luego procederá a recepcionar la expresión del consentimiento de ambos contrayentes (requisito ineludible para la existencia del acto); para finalmente declararlos unidos en matrimonio.

El artículo 51 del decreto - ley 8204 prevé la intervención de un traductor público matriculado para el caso de que alguno de los contrayentes ignorese el idioma nacional. Asimismo, y si uno o ambos fueran menores de edad o sordomudos, debe acreditarse la autorización de su representante legal --que puede otorgarse en el mismo acto de celebración (art. 50)-- o en su defecto la venia judicial.

Del acto de celebración, el Jefe del Registro Civil debe levantar un acta, en la cual conste el cumplimiento de su desarrollo conforme lo dicho precedentemente, y de la que surja la habilidad nupcial de los contrayentes. Exigirá en su caso, la prueba del fallecimiento del anterior cónyuge --incluida la sentencia de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 49 del decreto - ley 8204)-- o la sentencia de anulación de una unión anterior.

Las constancias que debe contener el acta, surgen de la lectura de los artículos 40 y 42 de la ley 2393, a lo que debemos observar que los incisos 4 y 10, respectivamente, están virtualmente derogados por la ley 18.444/1969.

Del acta así levantada, se debe extender gratuitamente una copia legalizada a los contrayentes (arts. 45 y 49 LMC) la cual, al igual que los testimonios, certificados y libretas de familia que lleven la firma del oficial público interviniente y sello de la oficina respectiva, "son instrumentos públicos y crean la presunción legal de la verdad de su contenido en los términos prescriptos por el Código Civil" (artículo 24 del decreto - ley 8204, y su modificación según ley 18.327/69).

El acta de celebración del matrimonio puede confeccionarse en una sola, inmediatamente luego de levantada el de las diligencias previas a las que refieren los artículos 17 a 19 de la LMC (y a las que debe agregarse la presentación del certificado prenupcial) si de éstas resultara, a juicio del oficial público encargado del Registro, que los contrayentes son hábiles para casarse y no se dedujera oposición ni denuncia (arts. 40 y 41 de la ley 2393). Pero si alguna de estas dos condiciones no se cumple, debe suspenderse la celebración hasta que se justifique la habilidad legal para contraer matrimonio, de tal manera que en este caso se librárá luego, y por separado, el acta de celebración con las constancias exigidas por el artículo 42 de la ley 2393.

2. Como reflexión acerca de la trascendencia jurídica de las formalidades del acto en estudio, valga recordar que la falta de cumplimiento de algunas de ellas, o la alteración del orden marcado por la ley, no interesa a la validez de la celebración mientras se encuentren traducidos en las formas los requisitos básicos a que refiere el análisis del artículo 14 de la ley 2393.

III. Matrimonio *in extremis*.

1. Concepto.

Llamado también matrimonio “en artículo de muerte” (*in articulo mortis*), corresponde a un modo de celebración extraordinario por el cual, ante una situación de peligro para la vida de alguno de los contrayentes, la ley permite la celebración del matrimonio prescindiendo “de alguna o de todas las formalidades que deben precederle”. La figura, prevista en el artículo 46 de la LMC, exige la reunión de varios requisitos para su procedencia:

- 1) Que alguno de los futuros esposos se encuentra en peligro de muerte;
- 2) Que los contrayentes tengan hijos y no estén aún reconocidos; y
- 3) Que ambos manifiesten el deseo de reconocerlos.

Como puede observarse, esta forma extraordinaria no sería procedente si los contrayentes no tuvieran hijos, o ya los tuvieran reconocidos con anterioridad, por lo que la norma ofrece un flanco de crítica al reducir notablemente las posibilidades de su aplicación, y

se ha propuesto la prescindencia de ese requisito en los proyectos de reforma al Código Civil (en el Proyecto de 1936, en el Anteproyecto de Bibiloni, y en el Anteproyecto de 1954).

La situación de peligro de muerte debe acreditarse mediante el certificado extendido por "un médico, y donde éste no existiere, con el testimonio de dos vecinos", lo cual circunscribe los casos de peligro a los de grave estado de salud de uno de los contrayentes. La autoridad competente para celebrar el matrimonio en defecto de oficial público encargado del Registro Civil y "cuando hubiere peligro en la demora", es cualquier funcionario "*judicial*", quien deberá levantar un acta volante y proceder luego a su remisión al Registro Civil correspondiente para su protocolización en el libro respectivo.

En cuanto al artículo 47 de la ley de matrimonio civil, se halla virtualmente derogado por la ley 2681 que suprimió el requisito de la publicidad previa, que el artículo 47 busca remediar en este caso de excepción.

Por último, todas o algunas formalidades del acto matrimonial pueden obviarse en el supuesto del artículo 46, lo que queda reservado al criterio de la autoridad interviniente, quien deberá actuar según las especiales circunstancias de cada caso concreto.

2. Relación con la exclusión hereditaria reglada en el art. 3573 del Código Civil reformado por la ley 17.711.

En el libro VI, título IX, capítulo III del Código Civil, dispone el artículo 3573 en su redacción actual, luego de la reforma introducida por la ley 17.711: "La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho".

El tema abordado aquí es el de la vocación hereditaria entre cónyuges, la que puede verse afectada en el supuesto previsto en esta norma y que requiere:

- 1º) Un matrimonio en el cual, al momento de celebrarse, uno de los dos contrayentes está enfermo.

- 2º) Ese contrayente muere a causa de dicha enfermedad dentro de los treinta días siguientes a la celebración del matrimonio; y
- 3º) Había mediado entre ambos, con anterioridad al matrimonio, una situación de hecho —concubinato— que se quiso regularizar legalmente con la unión matrimonial.

Por la aparente conexión de esta disposición con la del artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil, conviene hacer notar sus puntos de contacto y sus claras diferencias: en ambos supuestos un contrayente puede estar gravemente enfermo al tiempo de la celebración del matrimonio (aunque esto sólo como posibilidad, pues podría ser que el peligro de muerte derive de un hecho súbito —no de una enfermedad que puede ser de larga data— o bien que la muerte posterior al acto sea el desenlace no previsible de la enfermedad padecida).

Pero las diferencias, en cambio, son varias:

- a) El artículo 46 de la ley 2393 se refiere al modo de celebración del acto matrimonial, mientras el artículo 3573 del Código Civil prevé un supuesto de exclusión de vocación hereditaria entre cónyuges;
- b) El primero contempla una excepción a la regla general atendiendo a: el peligro de muerte de uno de los contrayentes y el deseo de reconocer hijos de ambos, quienes pueden haber vivido o no en concubinato anterior; el segundo admite el caso de excepción atendiendo a: la situación de hecho —concubinato— anterior al matrimonio y el deseo de regularizar esa unión conforme a la ley, haya o no hijos;
- c) Es posible que en un matrimonio celebrado *in articulo mortis* no haya luego vocación hereditaria del cónyuge sobreviviente si el otro fallece dentro de los 30 días de la celebración y no había existido la convivencia anterior a ella; como también puede darse el caso de reconocimiento de vocación hereditaria si se reúnen los requisitos de la última parte del artículo 3573 del Código Civil, sin tener en cuenta que se haya observado o no aquella forma extraordinaria de celebración configurada en el artículo 46.

Son, como puede verse, dos instituciones distintas, con el correlativo juego totalmente independiente de una con respecto a la otra.

F. PRUEBA

I. Prueba de matrimonios celebrados antes o después de la ley de matrimonio civil. Distintos casos.

En este tema, cabe ante todo aclarar que el objeto de la prueba es la celebración del matrimonio. Es decir que nuevamente centramos nuestro interés —al igual que en el punto del consentimiento matrimonial— en el matrimonio considerado como acto jurídico.

1. Prueba ordinaria.

Los medios de prueba de la celebración de los matrimonios deben considerarse en relación a la época en que se celebraron. En aquellos matrimonios perpetrados antes de la vigencia del Código Civil (o sea antes del 1º de enero de 1871), se prueba su celebración mediante las partidas parroquiales, conforme las normas del Concilio de Trento entonces en vigor. De modo que, como regla general y salvo las excepciones aisladas de dispensa canónica o alguna autorización especial para los no católicos, sólo era dable probar la celebración del matrimonio entre personas católicas.

Luego de la entrada en vigencia del Código de Vélez Sársfield, la prueba del matrimonio debe producirse con “la inscripción en los registros de la parroquia o de las comuniones a que pertenecieren los casados” (art. 179 del C. Civil), lo que representó un avance sobre la legislación anterior ya que permitió la prueba del matrimonio entre personas de cualquier credo religioso, aunque continuó la limitación para los no creyentes.

Recién con la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil —el 1º de diciembre de 1889— la prueba del matrimonio es “el acta de la celebración del matrimonio o su testimonio” otorgada por el Jefe del Registro Civil interviniente (art. 96 y 45 de la ley 2393), concordante con la imposición del matrimonio laico de la ley (artículo 37 y concordantes). Por último, el decreto-ley 8204 de 1963 (art. 24) vino a completar el tema de la prueba admitiendo como tal no sólo el testimonio sino también al certificado, la copia y la libreta de familia.

Especialmente acerca de la admisión de la libreta de familia como documento con entidad suficiente para demostrar el vínculo conyugal, se ha dado en la jurisprudencia nacional, aun después de mucho tiempo de haberse sancionado el decreto - ley 8204, una resistencia de la que ilustran reiterados fallos de las Cámaras Civiles de la Nación (J. A. 11 - 1971 - 558, sec. Síntesis; ED 36 - 270; J. A. 17 - 1973 - 14; etc.). Sin embargo, con la labor de la doctrina que creemos acertada, se ha ido modificando esta primera interpretación, debiendo admitirse actualmente que el decreto - ley citado ha introducido otros medios de prueba a los que cabe reconocerles idéntica fuerza que a la partida de la que habla la ley 2393.

Han expresado con buen criterio los autores nacionales que el artículo 24 del decreto - ley 8204 ha modificado al artículo 96 de la Ley de Matrimonio Civil, agregando como prueba ordinaria a los certificados y a las libretas de familia, siendo todos ellos instrumentos públicos que como tales "hacen plena fe de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no sólo entre las partes sino también respecto a terceros" (art. 995 del C. Civil). Y que el artículo 96 de la ley 2393 no puede ser interpretado en forma aislada, como excluyente de las otras normas que han venido a complementarlo y en las que se enuncian otros medios como idóneos para acreditar el matrimonio, antes de recurrir a la prueba supletoria. (Zannoni, Eduardo A.; Lezana, Julio I.; etc.).

2. Régimen de la prueba supletoria.

Hasta aquí, hemos referido a los medios ordinarios de prueba de matrimonio, en cada una de las etapas legislativas de nuestro país en este tema. Pero ante la dificultad para producir la prueba ordinaria o normal en cada caso concreto, la ley ha previsto la posibilidad de su demostración por medios extraordinarios:

a) En la etapa previa al Código Civil, se admitía la producción de cualquier medio de prueba como suficiente para acreditar la celebración de un matrimonio, ante la imposibilidad de presentar la partida parroquial. La doctrina discrepaba sobre la amplitud de criterios para la aceptación de esta prueba supletoria, pero la jurisprudencia

dencia se inclinaba por una postura amplia en cuanto a los casos de imposibilidad y a los medios probatorios admisibles.

b) Con posterioridad, en el Código de Vélez Sársfield, la prueba supletoria fue regulada según el texto del artículo 179: "Si no existiesen registros o no pudiesen presentarse por haber sido celebrado en países distantes, puede probarse por los hechos que demuestren que marido y mujer *se han tratado siempre como tales*, y que *así eran reconocidos en la sociedad y en las respectivas familias*, y también por cualquier otro género de prueba". De su letra pareciera que sólo en los dos supuestos enunciados se permitiría recurrir a la prueba extraordinaria, pero la jurisprudencia fue sumamente amplia, admitiéndola ante diversas dificultades invocadas por las partes.

Lo más llamativo de la disposición era la expresa consagración de la posesión de estado como prueba supletoria exclusiva bastante, sin necesidad de recurrir a otros medios para demostrar que el matrimonio había sido celebrado.

c) Desde la sanción de la ley 2393, la procedencia de la prueba extraordinaria está sujeta a una doble regulación: la primera que establece en qué casos se admite acudir a la prueba supletoria, y la segunda que determina cuáles son los medios de prueba idóneos para la demostración del matrimonio -acto.

c-1) El artículo 97 dice claramente que debe justificarse previamente la imposibilidad de presentar el acta o su testimonio (a lo que debemos hoy agregar el certificado o la libreta de familia), para que proceda la producción de la prueba extraordinaria. Y luego el artículo 98 enumera los casos de imposibilidad: "1º) Cuando el registro ha sido destruido o perdido en todo o en parte; 2º) Cuando estuviere incompleto o hubiere sido llevado con irregularidad; 3º) Cuando el acta ha sido omitida por el oficial público".

El último supuesto del artículo 98 permite una interpretación tan amplia, que podría decirse que matrimonios que en realidad no se celebraron, recurriendo a este inciso 3 lograrían la procedencia de la prueba supletoria para su demostración. Por ello, y ante la incongruencia que esto significaría dentro de nuestro sistema, la doctrina y jurisprudencia han encauzado la interpretación en el sentido de

que no basta sólo la omisión sino la demostración de la verosimilitud de la celebración, y de la falta de acta. Así, Busso expresa que lo que debe probarse acabadamente es la omisión misma del acta para luego pasar a probar el matrimonio por otro medio, ya que la simple omisión es un indicio serio de que el matrimonio no se celebró.

Spota se pronuncia decididamente en favor de este texto del inciso 3 del artículo 98, pues reconoce que el acta no es constitutiva del acto matrimonial, sino sólo el medio de prueba. El acto se integra con la expresión del consentimiento y la presencia del oficial público, y no podría atacársele por la fuerza mayor o el dolo o la culpa del encargado del Registro, supuestos todos que podrían traducirse en la falta de acta.

Además, y por comparación con otros ordenamientos legales que refieren al problema del acta omitida, podemos observar que en el nuestro no se requiere que el acta haya sido inscripta y luego falte (como en el código holandés - art. 26); o que además el Registro sea llevado con irregularidad (como en el código francés - art. 46); o que medie previa publicidad y posesión de estado (código italiano de 1865 - art. 121) o aunque sea la posesión de estado (como en el actual código italiano de 1942). Basta para el supuesto argentino, la demostración de que el acta fue omitida, lo que configura de por sí un caso diferente a los demás previstos en el artículo 98 de la ley 2393.

Por lo demás, la enumeración del artículo es considerada por la mayoría de la doctrina como simplemente ejemplificativa, de modo que podrían admitirse otros supuestos no previstos en la norma pero que configuren verdaderos casos de imposibilidad de presentación de la prueba ordinaria y que demostrados, den lugar a la producción de la prueba supletoria.

c-2) Una vez acreditada la causal de imposibilidad pertinente, recién entonces es admisible la producción de la prueba extraordinaria, pudiendo ofrecerse a tal efecto cualquier medio de prueba: testimonial, documental, etcétera, los que a su vez pueden referirse al momento mismo de la celebración —prueba supletoria directa—: fotografías del acto civil, testigos presenciales del acto, partida parroquial (porque ella debe extenderse luego de la celebración del

acto civil: art. 110 LMC); o bien de los que puede inferirse la celebración del matrimonio —prueba supletoria indirecta—: partida de nacimiento de un hijo de la unión, donde conste su carácter de hijo legítimo, documento de identidad de uno de los cónyuges donde conste su estado civil y nombre y apellido del otro, testigos que hayan visto documentación semejante, etc.

La demostración del presupuesto que haga procedente la producción de la prueba supletoria, da lugar a una sentencia judicial que así lo decide, la que “será comunicada inmediatamente al oficial público, el cual la transcribirá en un registro suplementario que será llevado con las formalidades que prescribe el artículo 48” (art. 99 LMC). Y “cuando la destrucción, falsificación o pérdida de un acta de matrimonio dé lugar a una acción criminal, la sentencia que declare la existencia del matrimonio se inscribirá en el Registro de estado civil y suplirá el acta” (art. 100).

II. La posesión de estado y la prueba del matrimonio.

1. Especial atención merece la consideración de la posesión de estado como medio de prueba supletorio al que los interesados con frecuencia pretenden acudir. Su admisión surge a partir de la norma genérica del artículo 97 cuando prescribe que “se admitirán todos los medios de prueba” demostrada que sea la imposibilidad de producir la prueba ordinaria.

Ahora bien: la posesión de estado revela una situación, un aparente estado de familia que puede o no condecir con la existencia del título de familia que lo crea. Quien se comporta como esposa o como marido, recibiendo y dando el trato de tal puede ser cónyuge o concubino. De la existencia de la celebración del matrimonio depende cuál sea su calidad. Y de ella —y no de la apariencia que exhiban— depende el emplazamiento legal de la unión y de los hijos que de ella se deriven.

2. Por ello es obvio que la sola prueba de la posesión de estado es totalmente insuficiente para demostrar que existe matrimonio; otra solución llevaría a la equiparación lisa y llana de ambas instituciones —matrimonio y concubinato— y a la abierta viola-

ción de todo el sistema legal argentino. Se hace aquí necesario volver a lo que dijimos al comienzo del desarrollo de este tema: el objeto de la prueba *siempre* es la demostración de la *celebración* del matrimonio. Luego, la posesión de estado tiene valor como medio de prueba supletorio siempre y cuando sea acompañada por otros medios que directa o indirectamente acrediten el acto jurídico de la celebración, ubicado en un determinado momento y lugar. Así el artículo 101 de la ley 2393 dice: "La posesión de estado *no puede ser invocada* por los esposos ni por los terceros *como prueba bastante*, cuando se trata de establecer el estado de casados o de reclamar los efectos civiles del matrimonio", lo que viene a ubicar en sus justos términos al encuadre genérico del artículo 97.

3. Por último, hay un supuesto en el cual la ley reconoce una relevancia especial a la posesión de estado como medio de prueba, y es cuando existe un acta de celebración del matrimonio que presente "inobservancia de las formalidades prescriptas" por la ley (art. 101). Es pues, el caso de contar con una prueba casi normal: acta del matrimonio pero con deficiencias formales que la inhiben para operar como prueba perfecta. El aparente estado de cónyuges viene a completar así la prueba de la celebración del matrimonio, que se ve debilitada por un acta irregular.

Coincidimos con la opinión de quienes entienden que las formalidades a las que alude el artículo 101 deben referirse a algún requisito de fondo que se traduce en el aspecto externo de la partida de matrimonio. Por ejemplo, la falta de firma de uno de los contrayentes que lleva a cuestionar al otorgamiento del consentimiento, y por ende a la existencia del matrimonio. Evidentemente, dicho planteo caería ante una posesión de estado, que disipa toda duda. Pero en cambio no es necesario recurrir a otro medio de prueba si la formalidad no cumplida no atañe a la esencia misma del acto (por ejemplo: omisión del oficial del Registro Civil de declararlos unidos en matrimonio, falta de firma de un testigo, etc.), ya que en tal caso se imponen las normas de la misma ley 2393 sobre nulidades matrimoniales que vedan semejante sanción por

vicios formales y la partida, aun con tal defecto, es autosuficiente para probar la celebración del acto.

III. Matrimonios celebrados en el extranjero.

1. Regla.

La ley del lugar al tiempo de su celebración, rige la forma y validez de los actos jurídicos, y por ende la prueba de los que son celebrados en extraña jurisdicción.

Este principio general encuentra sus limitaciones en el artículo 14 del Código Civil, en especial en lo referente a: a) el respeto al orden público nacional y b) la posibilidad de la aplicación de la ley más favorable para el interesado.

Por lo tanto, y con las limitaciones marcadas, la prueba ordinaria y la extraordinaria de estos matrimonios se rige por las normas aplicables de sus lugares de origen. Y si en el país donde se celebró el acto cuya existencia se intenta probar, la forma en ese momento aceptada es, por ejemplo, la del matrimonio religioso únicamente, esa partida parroquial constituye en nuestro territorio la prueba ordinaria bastante para su demostración; y en esto nos permitimos discrepar con quienes alguna vez han fallado en forma distinta. Sólo que, por supuesto, el interesado tiene a su cargo la prueba de las normas del derecho que invoca (art. 13 del C. Civil) y el trámite previo de la legalización del documento que exhiba.

Los artículos 63 a 65 del decreto-ley 8204 de 1963 contemplan el trámite a seguir por quienes opten por la inscripción en nuestro país de la prueba de la celebración de un matrimonio efectuado en el extranjero. Ante todo, es un trámite voluntario: "podrán registrarse las certificaciones de matrimonios celebrados en otros países" (art. 65 del citado dec.-ley), y la finalidad es conservar la prueba y dar publicidad al acto dentro de nuestro país. La inscripción se realiza en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas mediante orden judicial, previo control de que dichas certificaciones se hallen legalizadas por la autoridad competente y encuadren en las disposiciones de fondo y forma del ordenamiento legal aplicable según su lugar de procedencia, y las que

además, en los casos pertinentes, serán acompañadas de su traducción al idioma nacional hecha por traductor público debidamente autorizado.

Conviene aclarar que estas inscripciones no convalidan actos inválidos, o sea que si el matrimonio así anotado en el Registro Civil adoleciera de vicios que por cualquier motivo no afloraron en el trámite de inscripción aún debidamente cumplido, tales defectos subsisten y pueden dar lugar a su posterior anulación.

2. Matrimonios en fraude a la ley argentina.

Un párrafo aparte conforman, dentro del tema de los matrimonios celebrados en el exterior, el de aquellos que a través de esa vía han pretendido burlar el derecho argentino al que están sujetos.

Se trata de las uniones celebradas en el extranjero entre personas sobre las cuales pesa el impedimento de ligamen: uno de ellos o ambos está casado previamente en la Argentina, y sin que se haya disuelto el vínculo conyugal comparece ante la autoridad extranjera y contrae nuevas nupcias. Lógicamente, tramita antes también en la jurisdicción foránea, su divorcio vincular.

Los matrimonios que se celebran en nuestro país quedan sujetos al régimen imperativo de las normas argentinas sobre las causas de su disolución: anulación del acto o muerte de uno de los esposos. Y la celebración de un segundo matrimonio, no estando disuelto el primero, sólo puede realizarse en fraude a la ley argentina en cualquier jurisdicción extraña cuyo propio orden público lo permita, pero dicha celebración es abiertamente contraria al nuestro y por ende sin ningún valor dentro de la República.

Constituyen una importante excepción en el tema de prueba de los matrimonios extranjeros, desde que pueden estar celebrados conforme a la ley vigente en el lugar donde se llevaron a cabo, y no pueden ser probados como tales en nuestra jurisdicción (aplicación específica del art. 14 inc. 1 del C. Civil).

Capítulo V
EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO
por **CARLOS H. ROLANDO**

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

CARLOS H. ROLANDO

Capítulo V

EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

I. ATRIBUTOS JURIDICOS DE LOS CONYUGES

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

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

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

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

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

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

2. Incapacidades de orden personal.

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

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

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

3. Incapacidades en el plano patrimonial.

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

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

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

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

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

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

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

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

B) REGIMEN JURIDICO DE LA EMANCIPACION POR MATRIMONIO

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

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

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

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

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

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

5. Efectos de la emancipación.

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

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

6. Caso de divorcio.

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

7. Caso de nulidad de matrimonio.

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

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

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

9. Actos prohibidos.

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

10. Actos permitidos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. El sistema del Código Civil.

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

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

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

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

14. Régimen de la ley 11.357.

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

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

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

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

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

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

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

15. La ley 17.711.

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

16. La Convención de Bogotá de 1948.

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

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

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

17. La mujer casada menor de edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

D) EL NOMBRE DE LA MUJER CASADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

20. El apellido de la viuda.

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

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

21. El apellido de la divorciada.

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

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

22. Privación del apellido marital como sanción.

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

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

23. En el divorcio vincular.

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

24. La mujer separada de hecho.

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

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

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

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

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

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

25. Caso de nulidad de matrimonio.

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

26. Nombre y firma.

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

E) DOMICILIO DE LA MUJER CASADA

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

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

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

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

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

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

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

28. Domicilio de la mujer casada.

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

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

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

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

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

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

29. En caso de divorcio.

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

30. Separación judicial provisoria.

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

31. Separación de hecho.

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

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

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

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

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

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

32. Muerte del marido.

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

33. Nulidad de matrimonio.

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

34. Incapacidad del marido.

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

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

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

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

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

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

36. Caso de la mujer casada comerciante.

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

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

37. Domicilio matrimonial.

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

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

F) NACIONALIDAD DE LA ESPOSA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

40. El problema en nuestra Jurisprudencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

41. Séptima Conferencia Internacional Americana.

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

42. Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada.

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

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

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

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

II. DERECHOS Y OBLIGACIONES CONYUGALES

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

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

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

G) LEY QUE LOS RIGE

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

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

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

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

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

45. Enumeración legal. Carácter.

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

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

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

H) DEBER DE FIDELIDAD

46. El artículo 50 de la Ley de Matrimonio dispone: "Los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo. El que faltare a esta obligación puede ser demandado por el otro por acción de divorcio, sin perjuicio de la que le acuerde el Código Penal".

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

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

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

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

Una concepción que abarcara ambos aspectos es la que propone Gatti: el aspecto negativo consistiría en el deber de abstenerse de mantener con otra persona relaciones que hieran la honda comunidad de vida que representa el matrimonio; el positivo consiste en el deber de reservar al otro cónyuge todo su afecto y su sentimiento amoroso (Gatti, *Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges*, Madrid, 1959, N° 32).

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

47. Caracteres.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

48. Violación del deber de fidelidad. Sanciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

49. Sanción penal.

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

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

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

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

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

1) DEBER DE COHABITACION

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

51. Caracteres.

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

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

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

52. El débito conyugal.

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

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

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

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

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

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

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

53. Incumplimiento del deber de cohabitación. Sanciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

54. Derecho marital de elección de la residencia común.

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

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

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

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

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

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

55. Separación de hecho.

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

Se mencionan como elementos necesarios de tal separación:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

J) DEBER DE ASISTENCIA

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

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

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

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

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

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

57. Modo de cumplimiento.

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

58. Obligación alimentaria. Contenido.

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

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

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

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

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

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

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

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

59. Caracteres.

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

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

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

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

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

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

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

60. Incumplimiento de la obligación alimentaria.

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

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

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

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

61. Caso de separación de hecho.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

62. Regulación convencional del derecho alimentario.

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

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

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

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

63. Los alimentos durante el juicio de divorcio.

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

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

64. Los alimentos luego de la sentencia de divorcio.

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

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

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

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

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

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

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

65. Nulidad de matrimonio.

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

66. Divorcio vincular.

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