

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

*Manual
de
derecho de familia*

Tomo 1

7ª edición actualizada y ampliada
1ª reimpresión



ASTREA

- 1ª edición, 1974.
- 2ª edición, 1979.
- 3ª edición, 1983.
- 4ª edición, 1986.
- 5ª edición, 1987.
- 1ª reimpresión, 1988.
- 2ª reimpresión, 1989.
- 3ª reimpresión, 1991.
- 4ª reimpresión, 1993.
- 5ª reimpresión, 1995.
- 6ª edición, 1998.
- 7ª edición, 2002.
- 1ª reimpresión, 2004.

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA SRL
Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires
www.astrea.com.ar - info@astrea.com.ar

ISBN: 950-508-579-6 (obra completa)
950-508-580-X (tomo 1)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

ÍNDICE GENERAL

Tomo 1

Bibliografía general XXXIII

SECCIÓN PRIMERA

PARTE GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA

§ 1.	Concepto	3
	a) Familia en sentido amplio (como parentesco)	3
	b) Familia en sentido restringido (pequeña familia, familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial)	5
	c) Familia en sentido intermedio (como un orden jurídico autónomo)	5
§ 2.	Familia matrimonial y familia extramatrimonial	7
§ 3.	Nuevas formas de familia	7
§ 4.	Naturaleza jurídica de la familia	8
	a) La cuestión de si es o debe ser una persona jurídica	8

b) La familia como organismo jurídico	10
c) La familia como institución	10
§ 5. Origen de la familia	13
§ 6. Evolución histórica	16
§ 7. Formación de la familia argentina	17
<i>Bibliografía especial</i>	21

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE FAMILIA

§ 8. Definición	23
§ 9. Ubicación entre las ramas del derecho	24
a) Teoría según la cual es parte del derecho público	24
b) Teoría según la cual es una tercera rama del derecho	24
c) Teoría de la autonomía del derecho de familia dentro del derecho privado	29
d) Teoría según la cual forma parte del derecho social	30
e) Teoría que atiende a la ubicación legislativa	30
f) Coincidencias de opiniones	31
§ 10. Contenido	31
§ 11. Caracteres peculiares	32
§ 12. Los derechos subjetivos familiares	33
<i>Bibliografía especial</i>	33

CAPÍTULO III

EL ESTADO DE FAMILIA

§ 13. Concepto y divisiones del estado	35
§ 14. Naturaleza y elementos del estado de familia	37
§ 15. Efectos jurídicos del estado de familia	37
a) Civiles	37

b) Penales	39
c) Procesales	39
d) Previsionales	40
§ 16. Caracteres del estado de familia	40
a) Universalidad	41
b) Unidad	41
c) Indivisibilidad	41
d) Correlatividad o reciprocidad	42
e) Oponibilidad	42
f) Estabilidad	43
g) Inalienabilidad	43
1) Intransmisibilidad por acto jurídico	44
2) Prohibición de transigir	44
3) Inalienabilidad de derechos no patrimoniales derivados del estado de familia	46
4) Alienabilidad de derechos patrimoniales derivados del estado de familia	47
5) Transacción sobre derechos patrimoniales derivados del estado de familia	48
h) Irrenunciabilidad	48
i) Imprescriptibilidad	51
j) Inherencia personal	52
§ 17. Título de estado de familia	53
§ 18. Posesión de estado de familia	54
§ 19. Estado aparente de familia	56
<i>Bibliografía especial</i>	56

CAPÍTULO IV

LAS ACCIONES DE ESTADO DE FAMILIA

§ 20. Concepto	59
§ 21. Clasificación de las acciones de estado de familia	60
a) Acciones constitutivas	61
1) De estado matrimonial	61
2) De filiación adoptiva	62

b)	Acciones declarativas	62
c)	Acciones de reclamación	63
d)	Acciones de contestación o impugnación	63
1)	Estado matrimonial	63
2)	Filiación matrimonial	64
3)	Filiación extramatrimonial	64
4)	Filiación adoptiva	64
e)	Acciones de emplazamiento y de desplazamiento	64
§ 22.	Caracteres	66
a)	Inalienabilidad	66
b)	Irrenunciabilidad	66
c)	Imprescriptibilidad	67
d)	Inherencia personal	70
§ 23.	Caducidad de las acciones de estado de familia	71
§ 24.	Acciones caducables e inextinguibles en el derecho argentino	73
a)	Acción de nulidad del matrimonio	73
b)	Acciones de separación personal y de divorcio	74
c)	Acciones de estado filial	75
1)	Impugnación de la paternidad	75
2)	Negación de la paternidad	75
3)	Reclamación de la filiación	76
4)	Impugnación del reconocimiento	76
	<i>Bibliografía especial</i>	77

CAPÍTULO V

EL PROCESO DE ESTADO DE FAMILIA

§ 25.	Características especiales	79
§ 26.	Limitaciones al principio dispositivo	79
a)	Desistimiento	80
b)	Allanamiento	80
c)	Conciliación	81
d)	Compromiso arbitral	81
e)	Mediación	82

§ 27.	Otras características	82
	a) Sujeción al proceso de conocimiento	82
	b) Litisconsorcio pasivo necesario	84
	c) Intervención del Ministerio Público	84
§ 28.	Efectos de la sentencia dictada en un proceso de estado	84
	a) Teoría del legítimo contradictor	85
	b) Teoría de la autoridad relativa	87
	c) Teoría de la autoridad absoluta	89
	d) Teoría de la autoridad absoluta provisional	91
	e) Otras posiciones	94
	f) Conclusiones	95
	<i>Bibliografía especial</i>	100

CAPÍTULO VI

EL ACTO JURÍDICO FAMILIAR

§ 29.	Concepto	101
§ 30.	Naturaleza	104
§ 31.	El acto jurídico familiar en la doctrina	105
§ 32.	Clasificación	108
	a) Actos jurídicos familiares personales y patrimoniales	108
	b) Actos jurídicos familiares unilaterales y bilaterales	108
	c) Actos jurídicos familiares solemnes y no solemnes	108
	d) Actos de emplazamiento en el estado de familia y de ejercicio del estado o que regulan facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares ..	109
	e) Actos constitutivos y declarativos	111
§ 33.	Cuestiones referentes al sujeto	111
	a) Capacidad	111
	b) Representación	112
	c) Voluntad	112
§ 34.	Cuestiones referentes al objeto	112
§ 35.	Cuestiones referentes a la forma	114
§ 36.	Modalidades	114

§ 37.	Principales actos jurídicos familiares	114
	a) Esponsales	115
	b) Matrimonio	115
	c) Divorcio y separación personal	115
	d) Convención matrimonial	116
	e) Reconstitución de la sociedad conyugal	116
	f) Constitución del bien de familia	116
	g) Reconocimiento de hijo extramatrimonial	116
	h) Adopción	117
	i) Convenio sobre el cuidado de los hijos	117
	j) Convenio de alimentos	117
	k) Designación de tutor o curador	117
	l) Renuncia a la tutela o a la curatela	117
	m) Emancipación	118
	n) Otros actos jurídicos familiares procesales	118
§ 38.	Los llamados “contratos de derecho de familia”	118
	<i>Bibliografía especial</i>	120

SECCIÓN SEGUNDA

CUESTIONES JURÍDICAS PREMATRIMONIALES

CAPÍTULO VII

ESPONSALES

§ 39.	Concepto y naturaleza jurídica	125
§ 40.	Origen y evolución histórica	126
§ 41.	Derecho comparado	131
	a) Derecho francés	131
	b) Código alemán	131
	c) Código suizo	132
	d) Otros países europeos	132
	e) Países americanos	133

§ 42. Régimen del Código Civil y la ley de matrimonio civil	133
§ 43. Doctrina nacional	134
§ 44. Proyectos de reforma	136
§ 45. Régimen de la ley 23.515	137
§ 46. Consecuencias de la norma: nulidad de los esponsales	137
§ 47. Acción de daños y perjuicios	137
§ 48. La supuesta obligación natural de reparar los perjuicios	141
§ 49. Restitución de donaciones	143
§ 50. Restitución de correspondencia y fotografías	147
§ 51. Acción de daños y perjuicios contra terceros por la muerte del novio	148
§ 52. Derecho sucesorio intestado en caso de matrimonio “in extremis”	149
<i>Bibliografía especial</i>	150

CAPÍTULO VIII

CORRETAJE MATRIMONIAL

§ 53. Concepto	153
§ 54. Antecedentes históricos y legislación comparada	153
§ 55. Derecho argentino	154
§ 56. Opinión del autor	156
<i>Bibliografía especial</i>	157

SECCIÓN TERCERA

EL MATRIMONIO

CAPÍTULO IX

NOCIONES GENERALES

§ 57. Concepto	161
----------------------	-----

§ 58.	Caracteres	163
§ 59.	Fines	163
§ 60.	Naturaleza jurídica	164
	a) Concepción contractual canónica	164
	b) Concepción contractual civil	165
	c) Concepción institucional	165
	d) Concepción mixta	167
	e) Acto jurídico familiar	168
	f) Conclusiones	168
§ 61.	Carácter del matrimonio como acto jurídico	169
§ 62.	Evolución histórica	172
§ 63.	El matrimonio en el derecho canónico	173
	<i>Bibliografía especial</i>	175

CAPÍTULO X

REQUISITOS INTRÍNSECOS. IMPEDIMENTOS

§ 64.	Requisitos del matrimonio	177
§ 65.	Diversidad de sexo	177

A) TEORÍA GENERAL DE LOS IMPEDIMENTOS

§ 66.	Concepto y clases	179
§ 67.	Efectos	181
	a) Son causa de oposición al matrimonio y de denuncia	181
	b) Son causa de negativa del oficial público a la celebración del matrimonio	181
	c) Dan lugar a sanciones civiles	181
	d) Dan lugar a sanciones penales	181

B) IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

§ 68.	Consanguinidad	182
-------	----------------------	-----

§ 69. Afinidad	182
§ 70. Parentesco adoptivo	183
a) Antecedentes	184
b) Régimen vigente	187
§ 71. Falta de edad legal. La dispensa	187
§ 72. Ligamen	191
§ 73. Crimen	191
a) Respeto del delito de homicidio	192
b) Respeto del delincuente	193
§ 74. Privación de la razón	193
§ 75. Sordomudez	197

C) IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES

§ 76. Impedimentos eugenésicos	198
a) El impedimento de lepra en la ley argentina; su supresión	200
b) El impedimento de enfermedad venérea en la ley argentina	200
c) El problema del sida	202
d) Certificado prenupcial	203
1) Matrimonio “in articulo mortis”	204
2) Matrimonio de concubinos	204
3) Lugares donde no hay médico próximo	205
4) Delitos contra la integridad sexual	205
§ 77. Falta de autorización de representantes legales	205
a) Sanciones a los menores casados sin venia	206
b) Matrimonio del emancipado por habilitación de edad	208
§ 78. Falta de aprobación de las cuentas de la tutela	209
§ 79. Disolución del matrimonio durante la menor edad ...	210

D) PROHIBICIONES ADMINISTRATIVAS

§ 80. Situación de militares y diplomáticos	211
<i>Bibliografía especial</i>	212

CAPÍTULO XI

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

A) GENERALIDADES

§ 81.	Concepto y evolución	217
-------	----------------------------	-----

B) PROHIBICIÓN DE IMPONER MODALIDADES

§ 82.	Derecho argentino	218
§ 83.	Otras legislaciones	219
§ 84.	Solución en caso de imponerse plazo, condición o cargo al matrimonio civil	219

C) MATRIMONIO ENTRE AUSENTES

§ 85.	Concepto y tipos	220
§ 86.	Régimen del Código Civil y la ley de matrimonio ..	222
§ 87.	Régimen de la Convención de Nueva York de 1962 y la ley 23.515	223

D) VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

§ 88.	Disposiciones aplicables	226
§ 89.	La crítica de Borda a la teoría de los vicios del consentimiento	227

1) VIOLENCIA

§ 90.	Disposiciones aplicables	228
§ 91.	Violencia física	228
§ 92.	Violencia moral	229
	a) Existencia de injustas amenazas	229
	b) Carácter fundado del temor	229

	c) Inminencia y gravedad del mal	230
	d) Bienes sobre los que debe recaer	230
	e) Relación causal	230
§	93. Violencia de un tercero	230
§	94. Estado de necesidad	231
§	95. Temor reverencial	232
§	96. Rapto	232
§	97. Seducción	233

2) ERROR

§	98. Derecho canónico	234
§	99. Derecho francés	234
§	100. Otras soluciones legislativas	236
§	101. Régimen de la ley de matrimonio civil	237
§	102. Proyectos de reforma	240
§	103. Régimen de la ley 23.515	241

3) DOLO

§	104. Derecho canónico y francés	242
§	105. El dolo en la ley argentina	244
	a) Que sea grave	245
	b) Que sea la causa determinante del acto	245
	c) Que no haya habido dolo por ambas partes. Es decir, dolo recíproco (inc. 4)	245
§	106. Casos de dolo	246
	a) Engaño sobre cualidades físicas	246
	1) Defecto físico en general	246
	2) Defecto físico de los órganos sexuales	247
	3) Esterilidad	247
	4) <i>Enfermedad contagiosa o hereditaria</i>	247
	5) Enfermedad mental	248
	6) Virginidad	248
	7) Ocultación de embarazo	249
	8) Suposición de embarazo	249

b) Engaño sobre cualidades morales	249
1) El concubinato anterior	249
2) Vida licenciosa	250
3) Hijos extramatrimoniales	250
4) Homosexualidad	250
c) Engaño sobre cualidades intelectuales	250
d) Engaño sobre cualidades civiles	251
1) Nacionalidad	251
2) Edad	251
3) Condición social	251
4) Filiación	251
5) Estado de familia	252
6) Condición sacerdotal	253
7) Fortuna	253
e) Engaño sobre el conjunto de la personalidad del contrayente	253
f) Engaño sobre intenciones ulteriores del contra- yente	254
1) Promesa incumplida de celebrar matrimonio religioso	254
2) Negativa de iniciar la vida en común o unión con ánimo de no consumir el matrimonio ...	254
4) VICIOS DEL CONSENTIMIENTO O DEL ACTO MATRIMONIAL NO ACEPTADOS POR LA LEGISLACIÓN ARGENTINA	
§ 107. Reserva mental	255
§ 108. Simulación	256
§ 109. Falta de seriedad	257
E) VENIA PARA EL MATRIMONIO DE INCAPACES	
§ 110. Concepto y naturaleza jurídica	257
§ 111. Precedentes históricos y soluciones legislativas	258
§ 112. Régimen de la ley argentina	258
§ 113. Juicio de disenso	259
§ 114. Causas de negativa	260
<i>Bibliografía especial</i>	262

CAPÍTULO XII

REQUISITOS EXTRÍNSECOS: FORMA Y PRUEBA
DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO COMPARADO

§ 115.	Importancia de las formas	265
§ 116.	Grecia	265
§ 117.	Roma	266
§ 118.	El cristianismo y el derecho canónico	267
§ 119.	Antiguo derecho español	269
§ 120.	Antiguo derecho francés	269
§ 121.	El matrimonio civil	271
§ 122.	Antecedentes patrios	272
§ 123.	Código Civil	274
§ 124.	Ley de matrimonio civil y ley 23.515	274
§ 125.	Derecho comparado	276
	a) Matrimonio civil obligatorio	276
	b) Matrimonio civil facultativo	276
	c) Matrimonio civil optativo	276
	d) Matrimonio civil subsidiario	276
	e) Matrimonio exclusivamente religioso	276
	f) Matrimonio consensual	277
	g) Matrimonio de hecho	277

B) PUBLICIDAD PREVIA

§ 126.	Antecedentes y derecho comparado	277
§ 127.	Régimen de las leyes 2393, 2681 y 23.515, y proyectos de reforma	278
§ 128.	Convención de Nueva York	279

C) CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

§ 129.	Diligencias previas	279
--------	---------------------------	-----

§ 130.	Oposición a la celebración del matrimonio	281
§ 131.	Denuncia de impedimentos	283
§ 132.	Forma ordinaria de celebración	283
§ 133.	Forma extraordinaria (“in articulo mortis”)	287

D) PRUEBA DEL MATRIMONIO

§ 134.	Matrimonios anteriores al Código Civil	288
§ 135.	Matrimonios celebrados desde la vigencia del Código Civil hasta la ley de matrimonio	289
§ 136.	Matrimonios posteriores a la ley de matrimonio civil	289
§ 137.	Matrimonios celebrados en el extranjero	292
	<i>Bibliografía especial</i>	293

SECCIÓN CUARTA

NULIDAD E INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO

CAPÍTULO XIII

NULIDAD DEL MATRIMONIO: TRASCENDENCIA Y RÉGIMEN

§ 138.	Trascendencia del régimen de nulidades matrimoniales	297
§ 139.	Régimen especial de nulidades o aplicación de las normas de los actos jurídicos	298
§ 140.	Tesis de la aplicación de las normas generales	298
§ 141.	Doctrina de la especialidad	300
§ 142.	Precedentes históricos	301
	a) Doctrina francesa	301
	b) Derecho canónico	302

c) Proyecto de Freitas	303
d) Código Civil	303
§ 143. Conclusión sobre los antecedentes históricos	304
§ 144. Tramitación legislativa de la ley de matrimonio civil	304
§ 145. Conclusiones	306
§ 146. Refutación de argumentos contrarios	307
§ 147. Consecuencias de la doctrina de la especialidad	310
a) En cuanto a las causales de nulidad del matri- monio	310
b) En cuanto a las personas legitimadas para ejer- cer la acción de nulidad	312
c) En cuanto a los efectos de la nulidad	312
§ 148. Jurisprudencia	312
<i>Bibliografía especial</i>	314

CAPÍTULO XIV

INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO

§ 149. La teoría de la inexistencia en el derecho francés ..	315
§ 150. La cuestión en otras legislaciones y proyectos	317
§ 151. Doctrina nacional	318
§ 152. Casos de inexistencia	320
§ 153. Consecuencias de la inexistencia	327
<i>Bibliografía especial</i>	328

CAPÍTULO XV

CAUSAS DE NULIDAD MATRIMONIAL Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN

§ 154. Clasificación de las nulidades de los actos jurídicos ..	331
§ 155. Clasificación de las nulidades matrimoniales	333
§ 156. Causas de nulidad absoluta	336

§ 157.	Causas de nulidad relativa	337
	a) Falta de edad legal	337
	b) Privación de razón	338
	c) Impotencia	340
	d) Vicios del consentimiento	343
	<i>Bibliografía especial</i>	344

CAPÍTULO XVI

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

§ 158.	Prescripción y caducidad	347
§ 159.	Muerte de uno de los esposos: antecedentes legislativos	349
§ 160.	Régimen de la ley 23.515	356
§ 161.	Confirmación	358
	<i>Bibliografía especial</i>	359

CAPÍTULO XVII

EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

§ 162.	Principios generales	363
§ 163.	Matrimonio putativo	365
§ 164.	Buena fe de ambos cónyuges. Consecuencias	369
	a) Respeto de las personas de los cónyuges	369
	1) Derechos y deberes derivados del matrimonio	369
	2) Alimentos	369
	3) Uso de apellido marital	369
	4) Emancipación	370
	b) Respeto de los bienes	370
	1) Disolución de la sociedad conyugal	370
	2) Derecho hereditario	370
	3) Derecho a pensión	371

c) Respeto de los hijos	372
1) Carácter matrimonial	372
2) Patria potestad	372
3) Tenencia	372
§ 165. Buena fe de sólo uno de los cónyuges	372
a) Respeto de las personas de los cónyuges	373
1) Derechos y deberes derivados del matrimonio	373
2) Alimentos	373
3) Uso del apellido marital	373
4) Emancipación	373
b) Respeto de los bienes	373
1) División de los bienes adquiridos durante la unión	373
2) Revocación de donaciones	374
3) Derecho hereditario	375
4) Derecho a pensión	375
5) Acción de daños y perjuicios	375
c) Respeto de los hijos	375
§ 166. Mala fe de ambos cónyuges	376
<i>Bibliografía especial</i>	377

SECCIÓN QUINTA

EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

CAPÍTULO XVIII

DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES

A) AUTORIDAD MARITAL

§ 167. Evolución histórica	381
§ 168. Normas nacionales	384

§ 169.	Fijación de la residencia familiar	385
§ 170.	Control de correspondencia y fiscalización de las amistades	385

B) DEBER DE FIDELIDAD

§ 171.	Concepto	386
§ 172.	Caracteres	387
§ 173.	Sanciones	388

C) DEBER DE ASISTENCIA

§ 174.	Asistencia moral y material	388
§ 175.	Alimentos	389
§ 176.	Caracteres de la obligación alimentaria	390
§ 177.	Sanciones	390

D) DEBER DE COHABITACIÓN

§ 178.	Concepto	391
§ 179.	Excepciones	391
§ 180.	Incumplimiento del deber de cohabitación: medios compulsivos y sanciones	392
§ 181.	Débito conyugal	393
	<i>Bibliografía especial</i>	393

CAPÍTULO XIX

SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA

A) NOMBRE

§ 182.	Antecedentes y derecho comparado	395
--------	--	-----

§ 183. Derecho argentino	397
a) Derecho-deber	397
b) Derecho y no obligación	397
c) Opción que crea una obligación	398

B) NACIONALIDAD

§ 184. Derecho extranjero	399
§ 185. Evolución de la jurisprudencia nacional	400

C) DOMICILIO

§ 186. Régimen del Código Civil	403
§ 187. Ley 23.515	404

D) CAPACIDAD

§ 188. Antecedentes históricos y legislación comparada ...	404
§ 189. Régimen del Código Civil	406
§ 190. Régimen del Código de Comercio	407
§ 191. Régimen de la ley 11.357	407
§ 192. Convención de Bogotá	409
§ 193. Leyes 17.711, 23.264 y 23.515	409
<i>Bibliografía especial</i>	410

SECCIÓN SEXTA

DIVORCIO Y SEPARACIÓN PERSONAL

CAPÍTULO XX

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

§ 194. El repudio en el derecho civil antiguo: el Deuteronomio	415
--	-----

§ 195. Derecho romano	417
§ 196. El cristianismo: los evangelios y su interpretación ..	419
§ 197. Posición del protestantismo y de las iglesias ortodoxas	422
§ 198. La codificación moderna	422
<i>Bibliografía especial</i>	423

CAPÍTULO XXI

DERECHO COMPARADO

§ 199. Divorcio y separación personal	425
§ 200. Divorcio-sanción y divorcio-remedio (causales sub- jetivas y causales objetivas)	426
§ 201. Distintas soluciones legislativas	426
§ 202. Derecho canónico	432
<i>Bibliografía especial</i>	435

CAPÍTULO XXII

RÉGIMEN Y CAUSALES

A) GENERALIDADES

§ 203. Código Civil	437
§ 204. Régimen de la ley de matrimonio y de las reformas de 1968 y 1987	437

B) SEPARACIÓN PERSONAL

1) CAUSAS FUNDADAS EN LA CULPA

§ 205. Caracteres	439
a) Gravedad	440
b) Imputabilidad	440

	c) Invocabilidad	440
	d) Posterioridad al matrimonio	441
§ 206.	Concurrencia de causales	441
§ 207.	Clasificación de las causales	441
a) ADULTERIO		
§ 208.	Concepto y elementos	442
§ 209.	Prueba del adulterio	444
b) ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE O DE LOS HIJOS		
§ 210.	Concepto y caracteres	445
c) INSTIGACIÓN AL DELITO		
§ 211.	Concepto	446
d) INJURIAS GRAVES		
§ 212.	Concepto	446
§ 213.	Elementos	447
	a) Voluntariedad	447
	b) Gravedad	448
	c) Pluralidad	449
§ 214.	Caso en que son recíprocas	449
§ 215.	Clasificación	450
§ 216.	Hechos que las configuran	450
	a) Abusos de uno de los cónyuges contra el otro ..	450
	b) Acciones judiciales	450
	c) Actitudes impropias de la condición de casado ..	451
	d) Acusaciones y denuncias penales y policiales ...	451
	e) Correspondencia injuriosa	452
	f) Cuestiones patrimoniales	452
	g) Cuestiones sexuales	453
	h) Deficiencias de carácter	453
	i) Delitos	454
	j) Desconsideración	454
	k) Enfermedades	455
	l) Falta de aseo	455

m) Imputaciones	455
n) Incumplimiento de deberes derivados del matrimonio	456
ñ) Incumplimiento del deber de asistencia	456
o) Incumplimiento del deber de fidelidad	457
p) Injurias verbales, insultos	458
q) Injurias vertidas por escrito	458
r) Injurias vertidas en juicio	458
s) Opiniones y creencias	459
t) Relaciones con parientes	460
u) Vejaciones	460
v) Violencias	461
w) Vicios	461

e) ABANDONO

§ 217. Concepto y caracteres	461
§ 218. Prueba de los caracteres del abandono	463

f) CAUSALES SUPRIMIDAS POR LA LEY 23.515

§ 219. La sevicia	464
§ 220. Los malos tratamientos	464

2) CAUSAS OBJETIVAS

§ 221. Concepto	465
§ 222. Trastornos de conducta	465
§ 223. Separación de hecho	466
§ 224. Mutuo consentimiento o petición conjunta	469
§ 225. Requisitos	472

C) DIVORCIO VINCULAR

§ 226. Divorcio por culpa	474
§ 227. Separación de hecho	474
§ 228. Mutuo consentimiento	474
§ 229. Conversión de la separación personal en divorcio vincular	475
<i>Bibliografía especial</i>	476

CAPÍTULO XXIII

CUESTIONES PROCESALES

A) GENERALIDADES

§ 230.	Competencia	483
§ 231.	Capacidad para estar en juicio	485
§ 232.	Mandato	486
§ 233.	Partes	486
§ 234.	Procedimiento	487
§ 235.	Acumulación de procesos	487
§ 236.	Notificación de la demanda	487
§ 237.	Efectos de la falta de contestación	488
§ 238.	Reconvención	488

B) MEDIDAS CAUTELARES

§ 239.	Medidas que competen al tribunal de la separación o divorcio	490
§ 240.	Atribución de la vivienda común	490
§ 241.	Alimentos provisionales	493
§ 242.	Litisexpensas	496
§ 243.	Tenencia provisional de los hijos menores	497
§ 244.	Derecho de visita	498
§ 245.	Medidas precautorias respecto de los bienes	500
	a) Inventario	501
	b) Embargo	501
	c) Inhibición general	502
	d) Veedor	502
	e) Interventor judicial	502
	f) Remoción del administrador de los gananciales ..	503
	g) Prohibición de innovar	504

C) PRUEBA

§ 246.	Qué debe probarse	505
--------	-------------------------	-----

§ 247.	Medios admisibles	505
§ 248.	Apreciación de la prueba	506
§ 249.	Prueba de confesión.....	506
§ 250.	Prueba documental	507
§ 251.	Prueba fotográfica	508
§ 252.	Prueba fonográfica	509
§ 253.	Prueba pericial	509
§ 254.	Prueba de testigos	510

D) HECHOS A CONSIDERAR EN LA SENTENCIA

§ 255.	Hechos no alegados en la demanda pero que surgen de la prueba	511
§ 256.	Hechos nuevos y causales nuevas	513
§ 257.	Ampliación de causales en segunda instancia	513

E) PECULIARIDADES PROCESALES DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO CONSENSUALES

§ 258.	Capacidad para estar en juicio	514
§ 259.	Petición conjunta	514
§ 260.	Partes	515
§ 261.	Audiencias	517
§ 262.	Sentencia y recursos	518
§ 263.	Desistimiento	519
§ 264.	Conversión del proceso contencioso en consensual ..	520

F) PECULIARIDADES PROCESALES DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

§ 265.	Demanda conjunta	520
§ 266.	“Reconventio reconventionis”.....	521
§ 267.	Reconocimiento de la inocencia	522
	<i>Bibliografía especial</i>	523

CAPÍTULO XXIV
EFFECTOS DE LA SEPARACIÓN PERSONAL
Y DEL DIVORCIO

A) EFECTOS DE LA SEPARACIÓN PERSONAL

1) RESPECTO DE LAS PERSONAS DE LOS CÓNYUGES

§ 268.	Separación personal	531
§ 269.	Deber de fidelidad	532
§ 270.	Uso por la mujer del apellido marital	534

2) PATRIMONIALES

§ 271.	Separación de bienes	535
§ 272.	Alimentos	537
§ 273.	Derecho hereditario	539
§ 274.	Revocación de donaciones	539
§ 275.	Pensiones	540
§ 276.	Daños y perjuicios	540

3) EFECTOS RESPECTO DE LOS HIJOS

§ 277.	Tenencia definitiva	541
§ 278.	Filiación de los hijos	543

B) EFECTOS DEL DIVORCIO VINCULAR

§ 279.	Disolución del vínculo matrimonial	544
§ 280.	Disolución de la sociedad conyugal o extinción del régimen matrimonial	544
§ 281.	Derecho hereditario	545
§ 282.	Otras consecuencias patrimoniales	545
	<i>Bibliografía especial</i>	546

CAPÍTULO XXV
RECONCILIACIÓN

§ 283. Concepto y naturaleza jurídica	553
§ 284. Casos en que se produce	554
§ 285. Oportunidad para alegarla	554
§ 286. Prueba	555
§ 287. Efectos	555
<i>Bibliografía especial</i>	556

CAPÍTULO XXVI
NORMAS DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO

§ 288. Competencia internacional	557
§ 289. Segundo matrimonio extranjero después del divorcio decretado por tribunal incompetente	559
§ 290. Divorcio por tribunal extranjero competente	564
a) Matrimonio celebrado en la República Argentina	565
b) Matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto en la República Argentina	565
c) Matrimonio celebrado y disuelto en el extranjero	566
<i>Bibliografía especial</i>	566

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

DERECHO ARGENTINO

- Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina*, Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, 1968.
- Arias, José, *Derecho de familia*, 2ª ed., Bs. As., Kraft, 1953.
- Bibiloni, Juan A., *Anteproyecto de reforma al Código Civil*, 7 ts., Bs. As., Valerio Abeledo, 1929/1932.
- *Reforma del Código Civil*, Bs. As., Kraft, 1936.
- Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, 1ª ed., Bs. As., Perrot, 1955, y 9ª ed., Bs. As., Perrot, 1993.
- Busso, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Bs. As., Ediar, 1945.
- D'Antonio, Daniel H., *Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515 (separación personal - divorcio vincular - nulidad del matrimonio - acciones)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1987.
- De Gásperi, Luis, *Anteproyecto de Código Civil*, Asunción, El Gráfico, 1964.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *El acto jurídico y otros estudios*, Bs. As., Perrot, 1960.
- *Tratado de derecho de familia*, Bs. As., Tea, 1953.
- Fassi, Santiago C., *Estudios de derecho de familia*, La Plata, Platense, 1969.
- Guastavino, José M., *Notas al Código Civil argentino*, 4 ts., Bs. As., Lajouane, 1898.
- Lafaille, Héctor, *Curso de derecho de familia*, compilación de Pedro Frutos e Isauro P. Argüello, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1930.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo U. (dirs.) - Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-94.

- Llerena, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 11 ts., 1ª ed., Bs. As., Peuser, 1899; 3ª ed., Bs. As., La Facultad, 1931.
- Machado, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, 11 ts., 1ª ed., Bs. As., Lajouane, 1898; 2ª ed., Bs. As., Europea, 1922.
- Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, 1ª ed., 3 ts., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1971-81; 3ª ed., 4 ts., Bs. As., Ábaco, 1995-99.
- Méndez Costa, María J., *Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515 (matrimonio, cuestiones conexas)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1987.
- Méndez Costa, María J. - D'Antonio, Daniel H., *Derecho de familia*, 3 ts., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001.
- Mizrahi, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Bs. As., Astrea, 2001.
- Morello, Augusto M. - Portas, Néstor L. y otros, *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, t. 4, vol. I, *Familia*, redactado por Jorge E. Crespi, Francisco Mancuso y Augusto M. Morello, La Plata, Platense, 1973.
- Pavón, Cirilo, *Tratado de la familia en el derecho civil argentino*, 3 ts., Bs. As., Ideas, 1946.
- Prayones, Eduardo, *Nociones de derecho civil. Derecho de familia*, compilación de Luis A. Podestá Costa, Bs. As., Centro Estudiantes de Derecho, 1914.
- Proyecto de Código Civil de la República Argentina*. Ministerio de Justicia de la Nación, Bs. As., 1999.
- Rébora, Juan C., *Instituciones de la familia*, 4 ts., Bs. As., Guillermo Kraft, 1945/46.
- Reforma del Código Civil*. Bs. As., Guillermo Kraft, 1936.
- Reformas al Código Civil (proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92)*, Bs. As., Astrea, 1993.
- Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derecho de familia*, Bs. As., Tea, 1949.
- Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina anotado*, 2 ts., Bs. As., Lajouane, 1894.
- *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, 2 ts., Bs. As., Pablo E. Coni, 1881.
- Spota, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, t. II, *Derecho de familia*, vol. 1, Bs. As., Depalma, 1962; vol. 2, Bs. As., Depalma, 1968; vol. 3, Bs. As., Depalma, 1988.
- Vidal Taquini, Carlos H., *Matrimonio civil*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2000.
- Zannoni, Eduardo A., *Derecho de familia*, 2 ts., 1ª ed., Bs. As., Astrea, 1978, y 4ª ed., Bs. As., Astrea, 2001.

DERECHO FRANCÉS

- Baudry-Lacantinerie, G., *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^{ème} ed., 29 ts., con la colaboración de diversos autores, Paris, Sirey, 1907-09; *Supplément*, por Julien Bonnetcase, 6 ts., Paris, Sirey, 1924/35.
- Bénabent, Alain, *Droit civil. La famille*, 9^{ème} ed., Paris, Litec, 1998.
- Carbonnier, Jean, *Droit civil. La famille*, 1^{er} ed., Paris, 1955; 20^{ème} ed., Paris, Presses Universitaires de la France, 1999.
- Colin, Ambroise - Capitant, Henri, *Traité de droit civil*, refundido por Léon Julliot de la Morandière, 2 ts., Paris, Dalloz, 1959.
- Cornu, Gérard, *Droit civil. La famille*, 5^{ème} ed., Paris, Presses Universitaires de la France, 1996.
- *Les régimes matrimoniaux*, 5^{ème} ed., Paris, Presses Universitaires de la France, 1989.
- Flour, Jacques - Champenois, Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Armand Colin, 1995.
- Hausser, Jean - Huet-Weiller, Danièle, *La famille. Dissolution de la famille*, en Ghestin, Jacques (dir.), "Traité de droit civil", Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991.
- *La famille. Fondation et vie de la famille*, en Ghestin, Jacques (dir.), "Traité de droit civil", Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989.
- Josserand, Louis, *Derecho civil*, revisado y completado por André Brun, tr. Santiago Cunchillos y Manterolas, 8 vols., Bs. As., Ejea, 1950.
- Malaurie, Philippe, *Cours de droit civil. La famille*, 6^{ème} ed., Paris, Cujas, 1998.
- *Les régimes matrimoniaux*, 4^{ème} ed., Paris, Cujas, 1999.
- Marty, Gabriel - Raynaud, Pierre, *Droit civil*, t. I, vol. 2, 3^{ème} ed., Paris, Sirey, 1976.
- *Les régimes matrimoniaux*, 2^{ème} ed., Paris, Sirey, 1986.
- Mazeaud, Henri, Léon et Jean - Chabas, François, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 3, *La famille*, 7^{ème} ed., Paris, Montchrestien, 1995; t. IV, vol. 1, *Les régimes matrimoniaux*, 5^{ème} ed., Paris, Montcherestien, 1993.
- Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^{ème} ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928.
- Planiol, Marcel - Ripert, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, 14 ts., con la colaboración de diversos autores, 1^{er} ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1924/35; 2^{ème} ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

- Ripert, Georges - Boulanger, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, tr. Delia García Daireaux, 12 ts., Bs. As., La Ley, 1963-65.
- Terré, François - Simler, Philippe, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 1989.
- Weill, Alex - Terré, François, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6^{me} ed., Paris, Dalloz, 1996.

DERECHO ESPAÑOL

- Albaladejo, Manuel, *Curso de derecho civil. IV. Derecho de familia*, 5^a ed., Barcelona, Bosch, 1991.
- Álvarez-Caperochipi, José A., *Curso de derecho de familia*, 2 vols., Madrid, Civitas, 1987/88.
- Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, *Derecho de familia*, 2 vols., 11^a ed., puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid, Reus, 1987.
- Espín Cánovas, Diego, *Manual de derecho civil español*, vol. IV, *Familia*, 8^a ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1984.
- Lacruz Berdejo, José L. - Sancho Rebullida, Francisco de Asís, *Derecho de familia*, 3^a ed., 2 vols., Barcelona, Bosch, 1989/90.
- Puig Brutau, José, *Fundamentos de derecho civil*, t. IV, 2^a ed., Barcelona, Bosch, 1985.
- Puig Peña, Federico, *Tratado de derecho civil español*, t. II, *Derecho de familia*, 2 ts., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1947.

DERECHO ITALIANO

- Barassi, Lodovico, *La famiglia legittima nel nuovo Codice Civile italiano*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 1947.
- Barbero, Domenico, *Sistema del derecho privado*, tr. Santiago Sentís Melendo, 5 ts., Bs. As., Ejea, 1967.
- Bianca, Massimo, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1989.
- Cian, Giorgio - Trabucchi, Alberto, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, Cedam, 1981.

- Degni, Francesco, *Il diritto di famiglia nel nuovo Codice Civile italiano*, Padova, Antonio Milani, 1943.
- Gangi, Calogero, *Il matrimonio*, 12ª ed., Milano, Giuffrè, 1947.
- Jemolo, Arturo C., *El matrimonio*, tr. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bs. As., Ejea, 1954.
- Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, tr. Santiago Sentís Melendo, 8 ts., Bs. As., Ejea, 1954-56.
- Uccella, Fulvio, *Il matrimonio*, Padova, Cedam, 1996.

DERECHO ALEMÁN

- Enneccerus, Ludwig - Kipp, Theodor - Wolff, Martin, *Tratado de derecho civil*, t. IV, 2 vols., *Derecho de familia*, por Kipp y Wolff, tr. de la 20ª ed. alemana y adiciones de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, Barcelona, Bosch, 1948.
- Ferrand, Frédérique, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997.
- Lehmann, Heinrich, *Tratado de derecho civil*, vol. IV, tr. y notas de José M. Navas, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953.

DERECHO CANÓNICO

- Código de derecho canónico*, edición bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid, 1983.

DERECHO DE PAÍSES AMERICANOS

BRASIL

- De Sá Pereira, Virgílio, *Direito de família*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959.
- Rodrigues, Silvio, *Direito de família*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978.

CANADA

Ouellette, Monique, *Droit de la famille*, 3ª ed., Montréal, Themis, 1995.

CHILE

Fueyo Laneri, Fernando, *Derecho civil*, t. VI, *Derecho de familia*, Santiago, Universo, 1959.

COLOMBIA

Suárez Franco, Roberto, *Derecho de familia*, Bogotá, Temis, 1981.

COSTA RICA

Pérez Vargas, Víctor, *Derecho de familia*, San José, 1991.

Trejos, Gerardo, *Derecho de familia costarricense*, San José, Juricentro, 1990-92.

GUATEMALA

Beltranena de Padilla, María L., *Lecciones de derecho civil*, Guatemala, Edita, 1982.

MÉXICO

Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, México, Porrúa, 1984.

— *Relaciones jurídicas conyugales*, México, Porrúa, 1985.

PERÚ

Cornejo Chávez, Héctor, *Derecho familiar peruano*, Lima, Studium, 1985.

Peralta Andía, Javier R., *Derecho de familia en el Código Civil*, 2ª ed., Lima, Idemsa, 1995.

PUERTO RICO

Serrano Geyls, Raúl, *Derecho de familia de Puerto Rico y legislación comparada*, San Juan, Universidad Interamericana de Puerto Rico, 1997.

Silva-Ruiz, Pedro F. - De Passalacqua, John L. A., *Derecho de las personas y de la familia en Puerto Rico (casos y materiales)*, t. 2, *Derecho de familia*, Equity, 1991.

VENEZUELA

Grisanti Aveledo de Luigi, Isabel, *Lecciones de derecho de familia*, Valencia, Vadedell Hnos., 1985.

SECCIÓN PRIMERA
PARTE GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA

§ 1. *CONCEPTO.* – No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia.

a) *FAMILIA EN SENTIDO AMPLIO (COMO PARENTESCO).* En el sentido más amplio (familia como parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. Comprendería, según Fassi, “al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje”, incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, que reciben la denominación de “parientes por afinidad”; a esa enunciación habría que agregar al propio cónyuge, que no es un pariente.

Desde este punto de vista, cada individuo es el centro de una familia, diferente según la persona a quien se refiera.

Responden a este concepto las definiciones de Díaz de Guijarro, de Spota y de Zannoni. Para Díaz de Guijarro, en definición compartida por López del Carril, “la familia es la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación”. Spota considera que “para nuestro derecho positivo la familia está constituida por las personas entre las cuales existe una relación de parentesco, así como por quienes se hallan unidos en matrimonio”. Y Zannoni la considera –desde el punto de vista jurídico– como “el conjunto de personas entre las cuales

existen vínculos jurídicos, independientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación”, y desde el sociológico, como un “régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación”.

En el derecho argentino, hasta la sanción de la ley 17.711, los vínculos jurídicos alcanzaban a los ascendientes y descendientes sin limitación de grados; entre los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado, que era el límite del derecho sucesorio intestado (art. 3585, Cód. Civil), y entre los colaterales por afinidad llegaban al cuarto grado, que era el límite del derecho de oposición a la celebración del matrimonio (texto originario, art. 21, inc. 2, ley mat. civ.) y consiguientemente del de ejercer la acción de nulidad (art. 84, ley mat. civil).

Pero al limitar el ejercicio de esos derechos, la referida ley ha venido a reducir también los límites de los vínculos familiares entre los parientes colaterales. El derecho sucesorio intestado alcanza actualmente hasta el cuarto grado de parentesco por consanguinidad en lugar del sexto (nuevo art. 3585), de manera que en ese grado concluyen los vínculos jurídicos en este tipo de parentesco. En cuanto al parentesco por afinidad en línea colateral, su límite ya no está dado por el derecho de oponerse a la celebración del matrimonio, pues la modificación del art. 21 de la ley de matrimonio civil (art. 177, Cód. Civil) suprimió tal derecho para los afines; sin embargo, ese límite queda igualmente fijado en el cuarto grado, hasta donde alcanza la inhabilidad del funcionario público para autorizar asuntos en que sus parientes están interesados (art. 985, Cód. Civil), la inhabilidad para ser testigo en los instrumentos públicos (art. 990), inclusive los testamentos (art. 3707), y para recibir por testamento cuando existe parentesco con el escribano o los testigos (art. 3664). Más allá del cuarto grado no existe actualmente vínculo jurídico alguno.

Una situación peculiar se da en la adopción simple, donde no hay parentesco entre el adoptado y la familia de sangre del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en el Código Civil (art. 329, texto según ley 24.779), que están dados por el derecho sucesorio intestado del adoptado y sus descendientes con respecto a los ascendientes del adoptante (arts. 333 y 334, textos según ley 24.779). Con relación a éstos y al cónyuge del adoptante, con quien hay impedimento matrimonial (art. 166, inc. 3,

Cód. Civil, texto según ley 23.515), existen, pues, vínculos jurídicos familiares.

El expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el derecho de familia.

b) *FAMILIA EN SENTIDO RESTRINGIDO (PEQUEÑA FAMILIA, FAMILIA CONYUGAL, PARENTESCO INMEDIATO O NÚCLEO PATERNO-FILIAL)*. En el sentido más restringido, la familia comprende sólo el núcleo paterno-filial –denominado también “familia conyugal” o “pequeña familia”–, es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad.

A diferencia de la familia en sentido amplio, definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares y que determina el campo del derecho de familia, la familia en sentido restringido asume mayor importancia social que jurídica. Es el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales del siglo xx, que tienden a imponer al Estado su defensa o protección. La contempla también el art. 14 *bis* de la Constitución argentina, introducido en 1957, según el cual “*la ley establecerá... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna*”. Es igualmente el núcleo tenido en vista por el Acta de Chapultepec, aprobada el 7 de marzo de 1945 y ratificada por la ley 12.837, cuyo punto III dice que “*la familia, como célula social, se proclama institución fundamental y se recomienda que el Estado dicte medidas para asegurar su estabilidad moral, su mejoramiento económico y su bienestar social*”, y por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, dictada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948, cuyo art. 16, inc. 3, expresa que “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”.

c) *FAMILIA EN SENTIDO INTERMEDIO (COMO UN ORDEN JURÍDICO AUTÓNOMO)*. En el concepto intermedio, familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Era éste el sentido de la familia romana, por lo menos en la primera etapa de su derecho histórico. Como supervivencia de la época romana, y también como reflejo de la amplia-

ción de la esfera de la autonomía de la familia que acompaña al debilitamiento del Estado en la Edad Media, aparece de nuevo este concepto en la definición de las Partidas, que entienden por familia “*el señor della, e todos los que biuen so el, sobre quien ha mandamiento, assi como los fijos e los sirvientes e los otros criados*” (Partida VII, tít. XXXIII, ley 6ª).

Aun en nuestro derecho se halla una alusión a la familia en este sentido intermedio. El codificador se apartó del modelo de Freitas, que incluía dos nociones de la familia, en sentido amplio y en sentido restringido, seguramente por considerar que se trataba de conceptos generales impropios de un código. No hay, pues, en el Código Civil argentino definición ni concepto general de la familia. Sólo el párr. segundo del art. 2953, referente a los derechos reales de uso y habitación, alude a ella incidentalmente, al estatuir: “*La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación, vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos*”. Mas no ha de verse aquí el concepto general de lo que es familia para el Código, sino simplemente la determinación de las personas beneficiadas por los derechos reales referidos, que según el párr. primero del mismo artículo están limitados “*a las necesidades personales del usuario, o del habitador y su familia, según su condición social*”.

Se aproxima también al sentido intermedio de familia la disposición del art. 36 de la ley 14.394, una de las referentes al “bien de familia”. Este artículo establece: “*A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente*”. De todos modos es, como claramente se expresa, una definición a los fines de la ley, es decir, con el objeto de determinar cuáles son las personas beneficiadas por la constitución del bien de familia. De manera que, en nuestro ordenamiento legislativo, sólo existen dos conceptos particulares de familia, referentes respectivamente a las personas beneficiadas por los derechos reales de uso y habitación

y por la institución del bien de familia; mas de ninguno de ellos puede extraerse un concepto legal general.

§ 2. *FAMILIA MATRIMONIAL Y FAMILIA EXTRAMATRIMONIAL.* – El ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización de la familia sobre la base del matrimonio. Pero ello no implica que la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que determinan también la existencia de una familia extramatrimonial, vínculos cuya regulación jurídica también es necesaria, sea cual fuere el criterio que se adopte para organizar su ordenamiento frente a la matrimonial.

Tanto en la doctrina europea como en la nacional es motivo de discusión la existencia de tal familia extramatrimonial (o natural, o ilegítima), pues mientras algunos autores sostienen que no existe más que una sola familia, la fundada en el matrimonio, otros afirman que tanto lo es ella como la constituida sin que medie entre los progenitores vínculo legal.

El problema pudo plantearse en vigencia del originario texto del Código Civil, que preveía expresamente el parentesco ilegítimo (art. 366) y disponía que “los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos” (art. 365). Sin embargo, existían disposiciones que permitían concluir en la existencia de una familia extramatrimonial, pues otorgaban consecuencias jurídicas al parentesco no basado en el matrimonio más allá del vínculo paterno-filial: el derecho alimentario entre abuelos y nietos (art. 369, texto originario), el derecho hereditario en algunos casos entre abuelo y nieto (art. 3582, texto originario, y agregado de la ley 14.024), y en todos los casos entre hermanos que fuesen ambos hijos extramatrimoniales (art. 3585, texto según la ley 17.711).

La cuestión quedó superada con la equiparación de la filiación matrimonial y la extramatrimonial dispuesta por la ley 23.264, que suprimió toda clase de discriminaciones entre el parentesco derivado del matrimonio y el extramatrimonial.

§ 3. *NUEVAS FORMAS DE FAMILIA.* – La profunda evolución de las costumbres que se ha producido en la segunda mitad del siglo xx ha dado lugar a que se considere que frente al tipo clásico de familia (en sentido restringido), integrada por padre, madre e hijos,

existen otros modelos que se producen como consecuencia de actos voluntarios o aun de hechos fortuitos, como la muerte de uno de los integrantes de la pareja.

En primer lugar, se habla de familia monoparental, que es la formada por una persona sola con sus hijos. La circunstancia puede deberse a la muerte de uno de los padres, a la separación –de hecho o judicial– y el divorcio cuando la guarda de los hijos se confía o se ejerce de hecho por el padre o la madre, pero también a la procreación o la adopción por parte de una persona que no convive con otra.

También se habla de familia ensamblada, la integrada por el soltero, viudo o divorciado con hijos que contrae un nuevo matrimonio, el cual establece parentesco con afinidad del nuevo cónyuge con aquéllos.

Finalmente, se plantea la cuestión de si puede existir una familia homosexual, especialmente en los países que asignan efectos jurídicos a la unión entre dos personas del mismo sexo, atribuyéndole algunos de los que corresponden al matrimonio o aun equiparándola con éste. Máxime si, como se acepta en algunos y se vislumbra en otros, ese tipo de pareja puede llegar a adoptar o a tener descendencia por medio de técnicas de procreación asistida cuya evolución futura es difícil prever.

§ 4. *NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA.* – Varios son los puntos de vista de los autores que intentaron definir toda esta cuestión.

a) *LA CUESTIÓN DE SI ES O DEBE SER UNA PERSONA JURÍDICA.* Según la referencia de Cicu y de Guastavino, ya en el siglo XIX se sostuvo en Italia la idea de que la familia es una persona jurídica. Pero el desarrollo de tal pensamiento se debe a la exposición hecha en Francia por Savatier, quien sostiene que la familia es una persona moral, concepto equivalente al de persona jurídica de la terminología argentina. Tal personalidad moral estaría dada por la existencia de derechos extrapatrimoniales (nombre patronímico, derechos de potestad, de defender la memoria de los muertos, de ejercer la defensa jurídica de la familia contra sus enemigos) y patrimoniales (propiedad del bien de familia, de los recuerdos de familia, de los sepulcros, reserva hereditaria –legítima en la termino-

logía argentina-, asignaciones y prestaciones familiares, derechos de la familia agraria en la legislación sobre arrendamientos rurales, y patrimonio particular reconocido en algunos regímenes matrimoniales de bienes). Su idea no ha sido aceptada, aunque existen juristas –como los Mazeaud– que sostienen que tal personalidad debe ser consagrada en una futura reforma legislativa.

En nuestro país, sólo Arias y Williams han afirmado la personalidad de la familia. Para Arias no es una persona de existencia necesaria o posible, pero sí un ente al cual la ley atribuye –si bien vaga e imprecisamente– derechos y obligaciones. Williams veía en la familia un ente que puede adquirir derechos y contraer obligaciones, derechos y obligaciones que enunció siguiendo a Savatier; además, estimaba que en ella se da la existencia del bien común, todo lo cual lo llevaba a sostener que es una persona jurídica. Mientras tanto Spota, que primero expuso que la familia no es una persona jurídica sino un organismo social y jurídico y una institución jurídica, sostuvo que el legislador ha comenzado a recorrer la senda que estima a la familia como el embrión de una persona jurídica, y que es cuestión de política legislativa establecer si debe irse más allá, para afirmar por último que moralmente y de un modo metajurídico es una suerte de persona colectiva en tanto la ley no la erija como sujeto de derecho.

Pero esas posiciones no son compartidas por el grueso de la doctrina nacional. Es que no cabe duda de que, en nuestro derecho, la familia no es persona jurídica, pues le falta evidentemente la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30, Cód. Civil), que es la nota distintiva de la personalidad. Los pretendidos derechos extrapatrimoniales de la familia –al nombre, a la patria potestad, a la defensa de la memoria de los muertos– no son sino derechos subjetivos de cada uno de los componentes de la familia en particular. Lo mismo ocurre con los derechos patrimoniales. La legítima y las asignaciones familiares son derechos individuales de sus beneficiarios. En ningún caso la familia es titular de derechos: el propietario del bien de familia, del sepulcro o del bien que constituye el recuerdo de familia es el único que tiene el dominio de tales bienes, sin perjuicio de que sus derechos estén sujetos a limitaciones derivadas de la calidad del bien; y si los miembros de la familia tienen derecho de exigir la observancia de tales limitaciones o de atacar los actos que no las respeten, lo

tienen individualmente y no como órganos o representantes de un ente jurídico familia, que no existe.

b) *LA FAMILIA COMO ORGANISMO JURÍDICO.* La tesis de que la familia es un organismo jurídico ha sido sostenida por el profesor italiano Antonio Cicu. Para éste, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria, que en ese carácter se coloca junto al Estado pero es anterior y superior a él. Si bien reconoce que la familia no es persona jurídica, afirma que se trata de un organismo jurídico; carácter que estaría dado por la circunstancia de que entre los miembros de la familia no habría derechos individuales sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros a quienes se las confiere la ley. Trataríase de una organización de caracteres jurídicos similares a los del Estado: en éste habría relación de interdependencia entre los individuos y sujeción de ellos al Estado; en la familia, las relaciones jurídicas serían análogas, diferenciándose sólo en que la sujeción es al interés familiar. En cierto aspecto es seguido por Lacruz Berdejo, quien expresa que la familia es un organismo, un conjunto orgánico, en el cual se atribuye a cada miembro una situación distinta y especial, y en el cual todos se pertenecen recíprocamente, sin formación de un núcleo jurídico distinto.

En la doctrina nacional, esta opinión no ha tenido seguidores. Explícitamente la rechazó Díaz de Guijarro, quien le objetó que el paralelismo entre el organismo estatal y el organismo familiar conduce a una abstracción de la familia en la cual los poderes se deshumanizan, abstracción inadecuada ante un hecho social tan concreto y tangible como la familia.

c) *LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN.* La mayor parte de la doctrina ve en la familia una institución. Sin embargo, es éste un concepto bastante impreciso, a pesar de que han intentado concretarlo los sostenedores de la “teoría de la institución”, desarrollada preferentemente para explicar la personalidad jurídica pero aplicada también a la familia, a pesar de tratarse de un ente desprovisto de tal personalidad.

Aun cuando el vocablo “institución” había sido utilizado con anterioridad, la teoría fue iniciada en Francia por Maurice Hau-

riou, y desarrollada luego por Georges Renard y Marcel Prélot. En nuestro país fue seguida especialmente por López Olaciregui, Lafiandra, Aftalión y García Olano, y Páez.

Según Hauriou, institución es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados; tales la familia, la propiedad, un Estado en particular, que no pueden ser destruidos ni siquiera por la legislación. La define como “una idea objetiva transformada en una obra social y que sujeta, así, a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas”, o bien como “una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, para cuya realización se organiza un poder que le procura órganos”. A su vez, Prélot dice que institución es “una colectividad humana organizada, en el sentido de la cual las diversas actividades individuales, compenetradas de una idea directora, se hallan sometidas, para la realización de ésta, a una autoridad y a las reglas sociales”. Para Hauriou son elementos de la institución: 1) una idea objetiva descubierta, más que inventada, por una persona o grupo de personas, y que atrae la adhesión de otras; al ser compartida por otras personas y ser objetiva, constituye una idea-fuerza; 2) las adhesiones que recibe la idea-objetiva del fundador, ya que el carácter de idea-fuerza le da un efecto expansivo en el medio social, y 3) la sujeción de voluntades, que tiene lugar en razón de que el funcionamiento de la institución requiere la existencia de poderes organizados que representen esa comunión de adhesiones, presten servicios a la institución y sometan sus voluntades subjetivas a la realización de la idea-objetiva.

Por tal razón se distingue entre la *institución-cosa* y la *institución-persona*. En ambos casos hay una idea compartida por un grupo de personas, pero en la institución-persona la adhesión de los individuos es a una obra o empresa, de modo que para realizarla surge un cuerpo constituido con un poder organizado, convirtiéndose la idea en sujeto. En la institución-cosa, en cambio, lo que se comparte es una idea normativa, aparece una regla de derecho que se impone en la conciencia de los individuos y obtiene su aprobación, sin engendrar un sujeto o corporación.

Más clara y sencilla es la explicación de la institución que da el sociólogo norteamericano Bierstedt. Dice este autor que los hombres realizan muchas actividades, de las cuales algunas están

institucionalizadas y otras no. Toda persona, en algún momento de su vida, tiene ocasión de enseñar alguna cosa, mas no todos ocupan el *status* correspondiente a la enseñanza institucionalizada, no todos son maestros o profesores. La institución sería así una manera 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 la de desarrollar la actividad institucionalizada. Una familia es una unión o asociación de personas, pero la familia es una institución, la institución de que se vale la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad.

En nuestro derecho, Spota y Borda admiten sin hesitaciones que la familia es una institución. Por su parte, Fassi negaba terminantemente que se tratase de una institución jurídica, dando como prueba de ello la imposibilidad de dar una definición de la familia como tal, contrariamente a lo que ocurre con la filiación legítima, la patria potestad, etcétera. Díaz de Guijarro la consideraba una institución social, permanente y natural, pero aclaraba que el carácter institucional de la familia implica el obligado juego del orden normativo establecido. Lafiandra ponía el acento en su carácter natural, en el sentido de que es una entidad exigida por la naturaleza y que la ley no puede desconocer sin grave violación del derecho natural, lo que no ocurre con otras sociedades intermedias que agrupan a los seres por sus relaciones culturales, profesionales, políticas, sindicales, etc., que son de carácter contingente, y no necesario. También D'Antonio considera a la familia como una institución natural; Bidart Campos, como la institución donde la naturaleza ha depositado el fin de la perpetuación de la especie, y León Feit, como una institución natural que surge espontáneamente tan pronto como hay hombres, sin esperar que el Estado dé la señal para aparecer ni que le asigne estatuto jurídico, pero previene contra el peligro de llevar a extremos la doctrina de la institución, dado que ello puede conducir a la desmedida intervención del Estado en la familia.

Por su parte, Mazzinghi participa del criterio de que la familia es institución natural, mas dedica extensas consideraciones para fundar su opinión de que no encuadra en el concepto de institución en el sentido de corporación, de entidad dotada de personalidad jurídica propia, sino en el significado de regla de derecho.

La define así como la institución basada en la naturaleza y entendida como sistema de normas que tienen el fin de asegurar la existencia y desarrollo de la comunidad de personas, vinculadas por el matrimonio y la filiación, en orden a procurar a todos sus miembros el logro de su destino personal, terreno y trascendente.

Por fin, Guastavino aclaraba que la familia es más institución en sentido sociológico que jurídico. Explicaba que instituciones jurídicas son las constelaciones de normas de derecho organizadas sistemáticamente, orientadas por principios propios, y destinadas a establecer derechos y deberes en una determinada esfera de la vida social, con fines perfectamente preestablecidos y consensuados. En cambio, sociológicamente se entiende por institución los modos de pensar, de sentir y de actuar del individuo que se hallan preestablecidos y cuya transmisión se efectúa generalmente por vía de la educación.

§ 5. *ORIGEN DE LA FAMILIA.* – El problema del origen de la familia, abordado especialmente por los sociólogos del siglo XIX, no ha podido ser aclarado y quizá no lo sea nunca, pues las teorías formuladas no han pasado de la categoría de las hipótesis, ya que se ha trabajado sobre la base del estudio de la organización de los pueblos que aun contemporáneamente permanecieron en un estado primitivo de organización, y de precarios datos materiales directos. Fácil es advertir que ambas bases pueden ser equívocas; la primera debido a que no es posible determinar si los pueblos salvajes contemporáneos pasan por un estado de evolución común a toda la humanidad o no –ya sea por haber sido distinta la organización de los diferentes pueblos o por no hallarse en un verdadero estado primitivo, sino en una decadencia posterior a una civilización ya extinguida–, y la segunda por la insuficiencia de los referidos datos y su confusión con los emergentes de períodos ya históricos.

Una primera teoría, la llamada “matriarcal”, afirma que se produjo una evolución a partir de una época primitiva de promiscuidad sexual, en la cual la paternidad era insegura y sólo era notoria la maternidad; la madre, era el centro y origen de la familia, y el parentesco se consideraba únicamente por línea materna (parentesco uterino). Sólo en un período avanzado se habría producido la sustitución de la madre por el padre como cabeza de la organiza-

ción familiar. Los principales sostenedores de esta tesis fueron Bachofen, Morgan, Mac Lennan y Giraud-Teulon.

Para Morgan, de la promiscuidad total se habría pasado a un estado de promiscuidad en agrupaciones más o menos numerosas; de allí a la familia *punalúa*, matrimonio entre un grupo de hermanos y otro de hermanas, de distintas familias; luego a la familia *sindiásmica*, parejas monógamas de relación temporal, y, por último, al matrimonio monogámico estable, como consecuencia del robo y la compraventa de las mujeres, que les dieron calidad de cosa propia de adquisición más o menos difícil. En este punto se hallaría el tránsito de la familia matriarcal a la patriarcal, al estabilizarse la familia, determinarse la paternidad, despertarse en el varón el sentimiento paternal y sustituirse el parentesco uterino por el paterno o *agnaticio*.

Por su parte, Mac Lennan sostenía que la forma primitiva de convivencia humana se hallaba representada por las hordas salvajes, las que vivían en promiscuidad sexual. El primer atisbo de limitación habría estado dado por la prohibición de tener relaciones sexuales con mujeres de la misma horda (*exogamia*), y luego se habría pasado paulatinamente a la monogamia, primero por limitación de las relaciones de la mujer con un grupo de hombres asignado, luego con un grupo de hermanos y por fin con un solo hombre.

También Giraud-Teulon afirmaba que el primer aspecto de las sociedades primitivas era el de comunidades consanguíneas, uniones sin derecho exclusivo ni durable en favor de un individuo. Las primeras familias habrían sido corporaciones de parientes uterinos, en las cuales el padre desempeñaba un papel secundario, y luego los grupos se habrían escindido paralelamente a la transformación de la propiedad común en propiedad privada. La familia patriarcal se habría presentado en la escena antehistórica como un progreso del espíritu humano sobre antiguas y groseras distinciones, y habría seguido luego un lento desarrollo para acercarse cada vez más a los tipos actuales.

La teoría patriarcal, por el contrario, niega la promiscuidad primitiva y sostiene que, desde los tiempos más remotos, el padre fue el centro de la organización familiar. Su principal expositor fue Sumner Maine, para quien el origen de la sociedad se halla en la unión de familias distintas, cuyos miembros se unen bajo la au-

toridad y protección del varón de más edad. Fundaba tal tesis en la identidad sustancial del sistema familiar de los indios, romanos y otros pueblos, y consideraba que el error de la teoría matriarcal proviene de la utilización del método comparativo, de restar valor al derecho romano y poner los hechos concretos al servicio de una conclusión anticipada. Objetaba a tal teoría que la promiscuidad en las relaciones sexuales humanas no es una práctica necesariamente unida al salvajismo, pues ni aun en los animales es uniforme; que supondría ausentes del hombre primitivo el celo sexual y el sentimiento del amor, lo que no sería explicable en una misma especie, cuyas condiciones naturales en lo fisiológico deben reputarse inmutables pese a la evolución; que es violento para la razón admitir que haya sido congénito y de aplicación universal lo que actualmente sería una situación patológica; y que la promiscuidad y el matriarcado son opuestos a la idea de autoridad y superioridad paterna, manifestación religiosa universal de los primeros períodos de civilización histórica de toda la humanidad.

Sin adherirse de lleno a ninguna de las dos teorías reseñadas, Starcke pensaba que el matriarcado había constituido una fase posterior de la evolución familiar, y no el estado primitivo, y que no suponía necesariamente la promiscuidad sexual sino sólo la condición superior de la maternidad sobre la paternidad. Las primeras colectividades humanas serían la familia y el grupo de familias; aparecería luego el clan y sólo en ese momento surgiría el matriarcado, como consecuencia de la injerencia de la familia de la mujer en el matrimonio a fin de asegurarle una situación respetable después de casada.

Además, Westermarck admitía la existencia en algunos pueblos de una promiscuidad sexual casi absoluta, mas a su entender ello no prueba que tal estado haya sido general en el desenvolvimiento de la sociedad humana; más bien consideraba que podría haber sido el resultado de la influencia de pueblos más civilizados. Señalaba que en algunos pueblos salvajes las relaciones sexuales fuera del matrimonio son rarísimas, e igualmente advertía que el predominio de la línea materna en la consideración del parentesco no supone necesariamente la incertidumbre de la paternidad ni la promiscuidad, y que la pasión de los celos —como también alguna forma de unión duradera— existe entre los salvajes y en todas las especies de mamíferos.

§ 6. *EVOLUCIÓN HISTÓRICA.* – Ya en los tiempos históricos, se produjo una paulatina evolución de la familia que va reduciendo poco a poco la extensión del grupo. Esa evolución puede ser concretada, según Borda, en tres fases: el clan, la gran familia y la pequeña familia.

El clan era una vasta familia, o grupo de familias unido bajo la autoridad de un jefe común. Era una agrupación social, política y económica.

La gran familia nace con la aparición del Estado, con la cual deja de pertenecer a la familia el poder político. Su tipo clásico es la familia romana primitiva, sometida a la autoridad del *paterfamilias*, antecesor común de todos sus integrantes, con poderes muy amplios sobre las personas integrantes de la familia, único propietario de los bienes del grupo, magistrado y sacerdote; comprendía no sólo a los descendientes del *pater*, sino también a sus esposas, a clientes y esclavos.

La pequeña familia, última etapa de la evolución, es el tipo actual de núcleo paterno-filial. Su unidad política y económica ha desaparecido, limitándose a su función biológica y espiritual. Su función primordial es la procreación y educación de los hijos, así como la asistencia moral y espiritual entre sus integrantes.

Dentro de esa evolución fue cambiando la importancia de la familia desde el punto de vista político, económico, social y jurídico.

En el aspecto político, su importancia era primordial en la etapa del clan; las tribus y gens en Roma, las fratrías en Grecia y los clanes entre los germanos eran unidades políticas. Aun después de formados los Estados, la importancia política persistió, como lo revelan las funciones de tal tipo desempeñadas por el *paterfamilias*. La última manifestación de la función política de la familia fue el feudalismo, sistema en el cual le correspondía la soberanía sobre el territorio que ocupaba.

En el campo económico fue una unidad hasta en el derecho romano, donde el *paterfamilias* era el único sujeto de derechos patrimoniales hasta tiempos relativamente cercanos. La propiedad feudal fue también una manifestación de la importancia económica de la familia, que persistió hasta los tiempos en que la industria familiar era el principal medio de producción. Desplazada por la evolución industrial producida a partir del siglo XIX, renació el as-

pecto económico en el siglo xx con la institución del bien de familia en numerosas legislaciones, y en el Código italiano de 1942, modificado en 1975, con el fondo patrimonial, que no sólo abarca bienes inmuebles sino también muebles registrables y títulos de crédito indisponibles en resguardo de los intereses de la familia.

En el aspecto social, la familia continúa siendo el núcleo de la organización de la sociedad.

Finalmente, en el aspecto jurídico persiste su importancia como fuente de numerosas relaciones jurídicas, aunque en este aspecto se haya producido una paulatina disminución de la extensión e intensidad de los vínculos, revelada, por ejemplo, en la tendencia a limitar el derecho sucesorio intestado de los colaterales, o los impedimentos matrimoniales, que ya han quedado reducidos al segundo grado en la consanguinidad colateral.

§ 7. *FORMACIÓN DE LA FAMILIA ARGENTINA.* – El origen de la familia argentina se halla en la española, trasplantada a América, bien que modificada notablemente a partir de la organización nacional como consecuencia de la inmigración de otros países europeos.

La familia española en la época de la conquista estaba formada sobre la base de la legislación de las Partidas, pero modificada por las ideas introducidas por la Casa de Austria con la exclusión absoluta de los extranjeros y de quienes no profesasen el culto católico, a punto tal que la legislación española prohibía absolutamente el matrimonio con cristianos no católicos (“herejes”), que el derecho canónico permitía previa dispensa. No había, por otra parte, otra unión reconocida más que la consagrada por la Iglesia Católica.

En el aspecto económico, el ordenamiento estaba caracterizado por la existencia del mayorazgo, con la consiguiente indivisión e intransmisibilidad de los bienes heredados, y por el retracto gentilicio, derecho concedido a los parientes de grado próximo de recuperar dentro de un plazo los bienes vendidos, a fin de no sustraerlos a la comunidad familiar. En el aspecto de los derechos personales, las facultades del padre como jefe del hogar eran muy extendidas.

La familia patria fue formándose sobre la base de la familia colonial, trasplante de la española a América, pero desde poco des-

pués de la Revolución de Mayo se introdujeron modificaciones legislativas que fueron haciendo cambiar poco a poco su fisonomía.

En el período inmediatamente posterior a la Revolución, la tendencia democrática e individualista emanada de la Revolución Francesa inspiró las primeras modificaciones. La Asamblea del año XIII suprimió la servidumbre indígena, decretó la libertad de vientres, concedió derechos políticos a los naturales y abolió los mayorazgos y vinculaciones. Y el Reglamento de Justicia del 13 de octubre de 1814 creó las defensorías de incapaces, iniciándose así la limitación de los derechos absolutos del padre.

Durante la época de Rivadavia comenzó la tendencia hacia la secularización de la familia. La ley del 2 de enero de 1824, que no llegó a tener aplicación práctica frente a la hostilidad ambiente, sometió las causas matrimoniales a la jurisdicción civil, excluyéndolas de la eclesiástica, solución que no alcanzó a adoptar ni aun el Código Civil. La ley del 26 de marzo de 1833 otorgó al Poder Ejecutivo la facultad de dispensar el impedimento matrimonial entre católicos y protestantes, unión que la legislación española prohibía, y creó un registro de disidentes o personas sin religión a fin de autorizar sus matrimonios. El decreto del gobernador Viamonte del 20 de diciembre de 1833 creó un registro de ministros de los distintos cultos, otro de matrimonios, nacimientos y defunciones de personas de diversas creencias religiosas, y un tercero de matrimonios de extranjeros católicos. Formábase así un régimen matrimonial más elástico que el que iba a ser adoptado por el Código Civil.

Después de Caseros, en el Estado de Buenos Aires se dictó la ley del 22 de mayo de 1857, que otorgaba a los cónyuges derecho hereditario en mejor grado que a los colaterales, y la del 28 de octubre del mismo año, que reglamentó la forma de llevar los registros parroquiales. Incorporada la provincia a la Confederación, la ley del 30 de septiembre de 1863 suprimió el retracto gentilicio. Mientras tanto, en la provincia de Santa Fe se sancionaba el 25 de septiembre de 1867 la ley de matrimonio civil, que iba a ser derogada al año siguiente ante la reacción que suscitó.

En vigor desde 1871, el Código Civil redactado por Vélez Sársfield, numerosas leyes complementarias y modificatorias fueron transformando la organización familiar. Especialmente, a par-

tir de 1884, las leyes de organización de los registros civiles; en 1888, ley 2393, de matrimonio civil; en 1917, la ley 10.284, que incorpora en cierta medida los principios del *homestead* o bien de familia; en 1919, la ley 10.903, llamada “de patronato de menores”, que reorganiza las disposiciones referentes a la patria potestad; en 1927, la ley 11.357, denominada “de derechos civiles de la mujer”, que amplía notablemente su capacidad; en 1948, la ley 13.252, de adopción de menores; en 1950, la ley 13.944, que crea el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; en 1954, la ley 14.367, que equipara la situación legal de todos los hijos extramatrimoniales, y la ley 14.394, que establece el régimen penal de los menores e instituye el bien de familia, además de modificar el impedimento matrimonial de edad y permitir las segundas nupcias del cónyuge del ausente con presunción de fallecimiento; en 1963, el decr. ley 8204, que establece normas uniformes sobre registros de estado civil; en 1968, la ley 17.711, que instaura el divorcio limitado o separación de cuerpos por mutuo consentimiento de los esposos y modifica numerosas normas del Código Civil y de la ley de matrimonio civil sobre emancipación, oposición a la celebración del matrimonio, derechos y deberes de los cónyuges, acción de divorcio y efectos de éste, acción de nulidad del matrimonio, capacidad de la mujer casada, régimen de la sociedad conyugal, filiación, tutela y curatela, etc., además de disposiciones relativas al derecho sucesorio; en 1969, la ley 18.248, sobre nombre de las personas; en 1971, la ley 19.134, que instituye la adopción plena y la adopción simple; en 1975, la 21.040, que regula el derecho de visita de los parientes; en 1985, la 23.264, que equipara la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio con los nacidos en éste e iguala al padre y la madre en el ejercicio de la patria potestad; en 1987, la 23.515, que reforma el régimen del matrimonio civil incorporando el divorcio vincular; en 1993, la ley 24.270, que sanciona penalmente el impedimento u obstrucción de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes; en 1995, la ley 24.497, de protección contra la violencia familiar, y, en 1997, la ley 24.779, modificatoria del régimen de la adopción.

Por otra parte, la reforma constitucional de 1957 incluyó en el texto del nuevo art. 14 *bis* ciertos derechos de la familia (ver § 1, b), con lo cual sigue la tendencia manifestada en las constituciones del siglo xx a la introducción en las cartas fundamentales de

los principios básicos relativos a la protección por el Estado de la organización familiar.

Además, nuestro país se ha adherido a convenciones internacionales que sientan también principios fundamentales en esta materia. Son ellas la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, sancionada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, ya mencionada (ver § 1, b); la Convención Interamericana de Concesión de Derechos Civiles a la Mujer, aprobada en Bogotá en 1948 y ratificada por decr. ley 9983/57, por cuyo art. 1º “*los Estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre*”; la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero celebrada en Nueva York en 1956 y ratificada por ley 17.156; la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1962 y ratificada por ley 18.444; la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada por ley 23.054, que obliga a reconocer iguales derechos a hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por ley 23.179.

Finalmente, cabe poner de resalto la incidencia que tuvo la reforma constitucional del año 1994 en el derecho de familia, pues el nuevo texto del art. 75, inc. 22, párr. segundo, asigna jerarquía constitucional a diversos acuerdos internacionales, a los cuales debe adecuarse el derecho positivo interno. Dicha norma dispone: “*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las*

condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Belluscio, Augusto C., *Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia*, LL, 1995-A-936.
- Bidart Campos, Germán J., *La negativa a procrear como causal de divorcio en el derecho argentino*, JA, 1959-III-22.
- Borda, Guillermo A., *La familia, hoy*, en “Derecho de familia”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, p. 11.
- Cicu, Antonio, *El derecho de familia*, tr. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediar, 1947.
- D’Antonio, Daniel H., *Concepto y naturaleza jurídica de la familia*, ED, 31-1106.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *La crisis de la familia*, JA, 1978-IV-706.
- *La familia en las constituciones modernas*, JA, 1952-III, secc. doctr., p. 3.
- Fassi, Santiago C., *La familia*, “Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral”, Santa Fe, 3ª época, año 21, n° 98/99, 1959, p. 77; y *Estudios de derecho de familia*, La Plata, 1962, p. 3.
- Ferrer, Francisco A. M., *Proyecciones políticas de la familia*, JA, 1977-II-770.
- Gaudemet-Tallon, Hélène, *Famille*, en “Encyclopédie Juridique Dalloz”, Répertoire de droit civil, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1997.
- Giraud-Teulon, A., *Los orígenes del matrimonio y de la familia*, tr. de Antonio Ferrer y Robert, Madrid, 1914.
- Grosman, Cecilia P., *Familia ensamblada o reconstituida*, en “Enciclopedia de derecho de familia”, t. II, p. 273.
- Grosman, Cecilia P. - Martínez Alcorta, Irene, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio*, Bs. As., Universidad, 2000.
- Guaglianone, Aquiles H., *Bosquejo histórico de la idea de herencia*, LL, 88-797.
- Guastavino, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, Bs. As., Omeba, 1962.
- Güitrón Fuentevilla, Julián, *Derecho familiar*, México, Cóceres, 1972.
- Hauriou, Maurice, *Théorie de l’institution et de la fondation*, en “La cité moderne et les transformations de droit”, Paris, 1925.
- *Précis de droit administratif*, 11ª ed., Paris, 1927.
- *Aux sources du droit. Le pouvoir, l’ordre et la liberté*, Paris, 1933.
- Hinestrosa, Fernando, *Diversas formas familiares*, en “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”, Santa Fe, 1999, t. I, p. 207.

- Lafiandra, Félix, *La familia y el nuevo artículo de la Constitución nacional*, LL, 89-823.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *El Estado y la protección de la familia*, "Rev. del Colegio de Abogados de La Plata", n° 20, p. 167.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo V. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.
- León Feit, Pedro, *Tendencia al reconocimiento de la familia como sujeto de derechos*, en "Cuadernos de los Institutos", publicación del Instituto de Derecho Civil "Henocho D. Aguiar", Universidad Nacional de Córdoba, 1967, n° 102, p. 73.
- López del Carril, Julio J., *Crisis de la familia y constitucionalismo social*, en "El derecho de familia en la problemática contemporánea", Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1968.
- Méndez Costa, María J., *Sobre la intervención judicial en cuestiones de familia*, LL, 1976-B-215.
- Renard, Georges. *La théorie de l'institution*, Paris, 1930.
- Savatier, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3ª ed., Paris, 1954.
- *Une personne moral méconnue, la famille en tant que sujet de droit*, "Dalloz", 1939, secc. crónica, p. 49.
- Spota, Alberto G., *Familia y parentesco*, JA, 1955-II-161.
- Vidal Taquini, Carlos A., *El concepto y la naturaleza jurídica de la familia*, LL, 1980-B-1009.
- Williams, Jorge N., *La familia en el orden jurídico*, JA, 1957-III-131, secc. doctrina.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE FAMILIA

§ 8. **DEFINICIÓN.** – El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares.

Basta ese simple concepto o definición para caracterizarlo sin abrir juicio acerca de su ubicación entre las ramas del derecho ni limitar su contenido. Sin embargo, existen numerosos intentos de definirlo con mayor exactitud, los cuales –a mi juicio– no logran cabalmente su propósito, porque en su intento de precisar el concepto deben recurrir a nociones controvertidas. Cabe mencionar las más importantes de las enunciadas en la doctrina nacional.

Para Lafaille, el derecho de familia es “el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia”.

Por otra parte, Rébora lo definía como “el conjunto de normas y de principios concernientes al reconocimiento y estructura del agregado natural que recibe el nombre de familia; a las funciones que el mismo agregado llena y debe llenar, del punto de vista de la formación y protección de los individuos que lo integran; a las relaciones de estos individuos entre sí y con el agregado, como a las de éste con la sociedad civil, con la sociedad política y con los sucesivos órganos constitutivos de la una y de la otra, y a las instituciones apropiadas para su preservación y, según las circunstancias, para su restauración o reintegración”.

A su vez, Díaz de Guíjarro afirmaba que es “el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regula el estado de familia, tanto de origen matrimonial como

extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales”. Cabe observar a esta definición: *a)* que no es la ubicación de las normas en determinados cuerpos legales la que define la rama del derecho a la cual corresponden; *b)* que el derecho de familia no regula sólo los actos de emplazamiento en el estado de familia sino igualmente las formas de su desplazamiento, y *c)* que no todos los efectos patrimoniales del estado de familia están regulados por el derecho de familia, ya que el derecho sucesorio intestado es efecto patrimonial de dicho estado y está regulado por otra de las divisiones del derecho civil.

§ 9. *UBICACIÓN ENTRE LAS RAMAS DEL DERECHO.* – Un problema que la doctrina debate desde hace varias décadas es el de la ubicación del derecho de familia entre las ramas del derecho. Tradicionalmente, forma parte del derecho civil. Sin embargo, la circunstancia de que la mayor parte de sus normas sean de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos y en numerosas cuestiones por él reguladas, ha hecho que la doctrina dude acerca de si dicha ubicación es correcta o no lo es.

a) TEORÍA SEGÚN LA CUAL ES PARTE DEL DERECHO PÚBLICO. La tesis de que el derecho de familia es parte del derecho público ha sido sostenida por Jellinek, según la referencia de Guastavino.

En la doctrina nacional, Colmo afirmó incidentalmente que la familia es una institución de derecho público. Según Rébora, la organización de la familia ha tenido un incesante movimiento, del orden doméstico al derecho privado, y de éste al público, y Spota sostiene que forma parte del derecho civil pero que se acentúa de manera innegable su aspecto de derecho público, el cual estaría dado por el interés estatal en el cumplimiento por los particulares de sus poderes-funciones en las relaciones jurídicas del derecho de familia. Para estos autores, al parecer, estaríamos viviendo el tránsito del derecho de familia, del derecho privado al público.

b) TEORÍA SEGÚN LA CUAL ES UNA TERCERA RAMA DEL DERECHO. El mayor esfuerzo doctrinal por separar al derecho de familia del derecho civil, y aun del derecho privado, está constituido por la elaboración de Cicu, quien sostuvo la tesis de la clasificación tripartita del derecho, según la cual el derecho de familia sería un tercer género distinto del derecho privado y del derecho público. Cicu

partía de una distinción entre el derecho público y el derecho privado, según la cual en el primero el individuo se halla en una relación de subordinación con respecto al fin del derecho, en tanto que en el segundo está en una posición de libertad al mismo respecto; de donde extrajo la conclusión de que en la relación jurídica de derecho privado los intereses tutelados son distintos y opuestos, mientras que en la de derecho público no es admisible un interés del individuo contrapuesto al del Estado, sino que sólo hay un interés, el del Estado, exigencia superior que debe ser satisfecha. Con relación al derecho de familia, entendía que tampoco tutela intereses individuales como autónomos, independientes, opuestos, sino que están subordinados a un interés superior a los intereses individuales, el interés familiar.

De ahí que viese en el derecho de familia relaciones jurídicas similares a las del derecho público, pero diferenciadas en que mientras en éste el interés superior que se tiende a salvaguardar es el del Estado, en aquél es el interés familiar. A su vez, veía en la familia un organismo similar al Estado, aunque en escala menor, naturaleza a la cual hicimos alusión (ver § 3). En cuanto a los actos jurídicos del derecho de familia, no serían actos jurídicos privados sino actos de los poderes familiares –como el reconocimiento del hijo natural y el desconocimiento de la paternidad legítima– o bien actos del poder estatal, como el matrimonio. Los derechos subjetivos familiares constituirían o bien un poder de voluntad no vinculado con el interés propio del titular o bien una mera acción judicial tendiente a obtener el cumplimiento de un deber.

La tesis de Cicu fue seguida en Italia por De Ruggiero, Allara, Allorio, Ferri y Vassalli, y en Alemania, sin conocerla o por lo menos sin aludirla, por diversos autores –Dukow, Swodoba, Binder, Schmidt, Hedemann y especialmente Nipperdey–, según la referencia de Beltrán de Heredia y de Díaz de Guijarro. Nipperdey llegó a afirmar que el derecho de familia podría ser derecho social, derecho público o un derecho especial, pero que lo indudable es que no se trata de derecho privado; sostuvo que está integrado por normas de orden público que sólo al Estado cabe determinar, por lo cual deben quedar sustraídas a la voluntad privada, pasar al campo del derecho público y ser establecidas por leyes especiales.

En nuestro país, esta teoría –fuera de la influencia que parece haber tenido sobre las antes reseñadas opiniones de Rébora y de

Spota— ha recibido la repulsa de la doctrina. Adherida ésta al criterio formal fundado en el poder público o en la soberanía política, según el cual sólo hay derecho público cuando en la relación jurídica es parte el Estado en ejercicio de dicho poder o de su soberanía, es obvio que el derecho de familia queda fuera del ámbito del derecho público.

Pero además de la conclusión resultante de ese criterio formal de distinción, la tesis de Cicu ha merecido la acerba crítica de Borda, Díaz de Guijarro y la no tan violenta pero igualmente decisiva de Guastavino y de Zannoni.

En su posición, Borda admite que hay un interés familiar distinto del individual y del estatal, pero no cree que ello pueda ser el fundamento de la creación de una tercera rama del derecho, pues de lo contrario también habría que crear una cuarta en cuanto se refiere a las asociaciones, porque también en éstas hay un interés distinto del de los asociados y el del Estado. Niega la distinción entre el hombre como individuo y como miembro de la familia, y sostiene que desvincular la familia del derecho privado es un contrasentido, pues nada más privado que ella. Por último, expresa que no hay en esto sólo un problema metodológico, sino que quienes propugnan la separación del derecho de familia del privado preparan consciente o inconscientemente el camino a la intervención estatal en la vida íntima de la familia; prueba de ello sería que sólo en los países comunistas se han dictado códigos de la familia separados de los códigos civiles —argumento que ha perdido valor después de la sanción de códigos de familia en varios países latinoamericanos—, y que en la Alemania nazi se reformó el régimen del matrimonio por razones públicas y por ser más de importancia nacional que individual.

Por su parte, Díaz de Guijarro rechazaba el carácter de organismo de la familia, sosteniendo que su naturaleza institucional basta para explicar el funcionamiento obligado del orden normativo establecido y la reducción de la voluntad humana al acto impulsor. Negaba que el acto jurídico familiar sea acto del poder estatal o de los poderes familiares, pues siempre actúa en forma decisiva la voluntad humana, que no puede ser deshumanizada. Entendía que la regulación de la libertad humana y el establecimiento de límites y restricciones a su manifestación no importa la inexistencia de derecho privado, todo el cual está construido so-

bre la regulación limitativa de la autonomía de la voluntad, y en cuyas instituciones interviene el Estado en mayor o menor medida en la formación de las relaciones jurídicas; especialmente en los derechos reales se ve esta similitud, pues no pueden ser creados por la voluntad humana ni es posible alterar sus efectos legales. En cuanto a la intervención de órganos estatales para la constitución de las relaciones jurídicas familiares, afirmaba que siempre la intervención del Estado es consecuencia del requerimiento individual, y que la forma, y aun la solemnidad, se exige frecuentemente en actos de derecho privado, fuera de que en ocasiones el estado de familia puede existir con prescindencia de la intervención del oficial público, como en el caso de la posesión de estado. Finalmente, decía que el número de normas de orden público –que funciona en múltiples aspectos del derecho privado– que contenga una rama del derecho no modifica su naturaleza.

Para Guastavino es falso el criterio del interés como elemento distintivo del derecho público y el privado, pues los intereses públicos y privados se hallan de tal modo ligados que es imposible, o por lo menos difícil y confuso, diferenciar las normas jurídicas según ese criterio. Además, Cicu incurrió en el error de caracterizar al derecho privado como el reinado absoluto de la libertad de los particulares, lo que también es falso, pues existen numerosas normas que limitan esa libertad por razones de interés público. Consideraba que el derecho civil puede ser definido desde un punto de vista negativo, como el derecho privado que resta después de separadas las ramas especiales, o desde uno positivo, como el conjunto de normas que regulan relaciones comunes o situaciones generales. Ambos criterios llevan a ubicar el derecho de familia en el derecho civil. Además, desde un punto de vista metajurídico, la privacidad y la intimidad encuentran su más absoluto reducto en la comunidad familiar; las instituciones que regulan los aspectos patrimoniales de la familia corroboran esa ubicación, así como su regulación, hecha especialmente en el Código Civil y sus leyes complementarias y modificatorias.

Igualmente, Zannoni señala que el derecho civil no puede ser concebido como el reducto de los derechos subjetivos que satisfacen sólo intereses particulares sin consideración a la función social que dichos intereses cumplen y a la orientación finalista que debe presidir el ejercicio de tales derechos subjetivos; que en el derecho

privado, el interés público también se incorpora como categoría que condiciona al interés particular; y que el interés familiar puede ser distinto del interés individual de los integrantes de la comunidad familiar, pero no es independiente de modo tal que haya oposición entre intereses individuales y fines familiares. Concluye, pues, que el derecho de familia integra el derecho civil, aun cuando el contenido de las relaciones jurídicas familiares trascienda el mero interés particular de los individuos para satisfacer, en muchos casos, contenidos de orden público.

Busso y Spota también rechazaron la doctrina que sustentó Cicu.

Pero tras haber ocasionado tan tremendo conflicto doctrinal, en los últimos años de su vida Cicu rectificó su doctrina, en un artículo publicado en 1955 –falleció en 1962–, que estaba destinado a ser la introducción de la parte relativa al derecho de familia del tratado de derecho civil que dirigía juntamente con Messineo. Allí expresó Cicu que la ausencia del concepto clave del derecho público, la soberanía, distingue al derecho de familia del derecho público y lleva a considerarlo más bien como parte autónoma del derecho privado. En su nueva exposición sostuvo que la naturaleza orgánica de las relaciones familiares pone a la persona en situación de dependencia respecto de un fin superior, con lo cual surge un *status* o posición, semejante a la del derecho público, que interesa tanto al Estado como a los individuos particulares y cuyo nacimiento puede depender de un hecho o de un acto jurídico, pero nunca de un contrato.

Así, el derecho de familia no estaría regido por los principios que la doctrina elaboró como característicos del derecho privado, pues obedecería a principios diversos, derivados de una estructura de la relación jurídica análoga a la de las relaciones del derecho público, pero que no lo hace formar parte de éste. En la distinción entre derecho público y privado, al derecho de familia se lo mantendría en la posición sistemática tradicional que lo hace integrar al segundo, mas sin ignorar la posición especial que presenta dentro de él, a causa de la particular estructura que ofrece la relación familiar, ni someterlo a principios propios del derecho privado, que le son extraños.

En el nuevo concepto de Cicu queda desechada, pues, la tesis de la tripartición del derecho –público, de familia y privado–, para volver a la división bipartita, con la sola diferencia, respecto de la

concepción tradicional, de que el derecho de familia quedaría como una nueva rama del derecho privado desprendida del derecho civil. Beltrán de Heredia sostiene que en realidad no hubo una sustancial rectificación, sino simplemente un cambio en la colocación sistemática del derecho; pero Díaz de Guijarro observó, con razón, que el eje y esencia de la teoría de Cicu era la tripartición del derecho, en tanto todo lo demás son sólo argumentos para demostrar ese aserto.

Con todo, la originaria opinión de Cicu continuó siendo sustentada, en México, por Güitrón Fuentesvilla, aunque por fundamentos diferentes, entre ellos la importancia social de la familia y de las instituciones familiares, la necesidad de su protección y de reglas jurídicas propias que la gobiernen.

Una variante es sostenida por el también mejicano Chávez Asencio, para quien el derecho de familia no es autónomo sino diferente, ya que niega la autonomía de las ramas del derecho al sostener la unidad de éste, sin perjuicio de su división en materias especiales. Las instituciones familiares no serían autónomas sino relacionadas con los principios generales del derecho, la teoría general de las obligaciones, etc., en un todo armónico con preceptos diversos pero no distintos. Su estudio requeriría, pues el examen de las normas que se refieren a la familia en las diversas ramas de la legislación.

c) TEORÍA DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE FAMILIA DENTRO DEL DERECHO PRIVADO. La consideración del derecho de familia como una rama del derecho privado distinta del derecho civil fue, pues, la última opinión de Cicu. Parece ser, asimismo, la del derecho islámico, en el cual la fuente del derecho de familia es el Corán mientras que la del derecho civil es la legislación laica; la de Rusia y los países de Europa Oriental, que mantienen la separación legislativa de los códigos civiles y los de familia, siguiendo así la tradición soviética, la cual, sin embargo, había estado determinada más bien por la urgencia legislativa de adecuar la regulación de la familia a nuevas ideas que por motivos de teoría jurídica; y la de los países latinoamericanos que han sancionado códigos de la familia separados de los códigos civiles.

Participa de esta opinión, en México, Rojina Villegas, quien sostiene que las demás ramas del derecho privado tratan de materia

patrimonial, mientras que en el derecho de familia la nota principal está dada por la regulación de vínculos no patrimoniales creados por el parentesco, el matrimonio y la incapacidad de ciertos sujetos, mediante normas de indiscutible interés público y superior.

d) *TEORÍA SEGÚN LA CUAL FORMA PARTE DEL DERECHO SOCIAL.* Una nueva posición acerca de la ubicación sistemática del derecho de familia fue sustentada por el profesor de la Universidad Nacional de Tucumán, Jorge S. Antoni. Al profundizar el esquema esbozado ya por otros autores –Gierke, Gurvitch, Cesarino Junior, Devealli, Pérez Botija, Castán Tobeñas, etc.–, afirmó una nueva división tripartita del derecho: derecho público, derecho privado y derecho social. El derecho público –sostuvo– tiene como sujeto al Estado, y hay en él una relación de subordinación y dependencia e interés de autoridad; hay un sujeto jerárquico y sujetos secundarios. El derecho privado, en cambio, tiene como sujeto a la persona o al Estado como particular, y su fuente normativa es la voluntad, que sólo puede ser afectada por el orden público; no hay sujeto jerárquico, y las obligaciones y derechos nacen de aquella voluntad. Finalmente, en el *derecho social* el sujeto es la sociedad, representada por los distintos entes colectivos con los cuales opera; por la naturaleza de la relación se está frente a una reciprocidad, y cuando se ejerce un derecho se cumple con un deber y es recíproca la exigibilidad.

Dentro de ese esquema, colocó al derecho de familia como rama del derecho social, junto con el derecho del trabajo y el de la seguridad social. Incluso se apoyó para su tesis en el art. 14 *bis* de la Const. nacional, que entre los derechos sociales incluye los familiares. De su posición extrajo como consecuencia la inaplicabilidad al derecho de familia de los principios generales del derecho civil.

e) *TEORÍA QUE ATIENDE A LA UBICACIÓN LEGISLATIVA.* Otra opinión ha sido vertida por el mejicano Barroso Figueroa, quien piensa que el problema no tiene solución unitaria, ya que varía dentro de cada legislación y realidad nacionales. Considera que se ha hecho rama autónoma en algunos países, pero que en el suyo continúa formando parte del derecho civil; su desvinculación de éste sólo se daría si se contase con un código, procedimientos, tribunales y enseñanza especializada.

f) *COINCIDENCIAS DE OPINIONES.* Las opiniones de Díaz de Guisarró, Borda, Guastavino y Zannoni acumulan argumentos suficientes para hacer ver con claridad que el derecho de familia continúa siendo parte integrante del derecho civil. Claro está que tiene particularidades que lo distinguen de sus otras divisiones, pero no es menos cierto que también las demás divisiones las tienen. Por otra parte, las divisiones del derecho son fundamentalmente didácticas, y todas sus ramas se hallan íntimamente interrelacionadas, sin constituir compartimientos estancos.

§ 10. *CONTENIDO.* – El derecho de familia comprende normas reguladoras de las relaciones personales y de las relaciones patrimoniales de orden familiar.

Ha quedado superado actualmente el antiguo esquema –revelado en la sistemática del Código Napoleón, del nuestro y de los de la generalidad del siglo XIX–, que distinguía entre el derecho de familia y el derecho civil patrimonial, y que llevaba a esos códigos a legislar entre los contratos las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Los códigos y proyectos modernos agrupan todas las normas extrapatrimoniales y patrimoniales del derecho de familia; así ocurre en nuestro país en el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954, y los proyectos del Poder Ejecutivo de Unificación del Código Civil y Comercial de 1993 y de Código Civil de 1999.

Desde otro punto de vista, el derecho de familia comprende el derecho matrimonial (promesa, celebración, nulidad, efectos extrapatrimoniales y patrimoniales, disolución del matrimonio y limitación de sus efectos), las relaciones jurídicas paterno-filiales (filialción y adopción) y las relaciones parentales en sentido amplio (derecho del parentesco), situándose bien en este último o bien independientemente las denominadas “relaciones cuasifamiliares”, comprensivas de la tutela y la curatela. También se estudian en el derecho de familia las consecuencias jurídicas de la unión de hecho (concubinato).

Sólo en las últimas décadas del siglo XX comenzó a elaborarse una teoría general del derecho de familia independiente de la parte general del derecho civil. En nuestro país, esa elaboración se debe a los estudios de Díaz de Guisarró, condensados en una serie de artículos y en el tomo primero y único de su lamentablemente inconcluso tratado de derecho de familia.

§ 11. *CARACTERES PECULIARES.* – El derecho de familia revis- te caracteres peculiares que lo diferencian de las otras ramas del derecho civil. Son ellos, en especial:

a) La influencia de las ideas morales y religiosas en la adop- ción de las soluciones legislativas referentes a los problemas que presenta, y la necesidad de que sus normas guarden correlación con la realidad social, todo lo cual hace que su regulación sea un problema de política legislativa.

b) La circunstancia de que los derechos subjetivos emergen- tes de sus normas implican deberes correlativos, lo que ha hecho que se los califique de derechos-deberes, o bien de poderes-fun- ciones (ver § 12).

c) El rango superior de las relaciones familiares puras u orga- nizadoras de la familia por sobre las relaciones jurídicas regulado- ras de los efectos pecuniarios de dicha organización.

d) La mayor restricción de la autonomía de la voluntad que en otras ramas del derecho civil, pues casi todas sus normas son imperativas.

Para Spota, ese carácter corresponde a la totalidad de las normas jurídicas familiares, en tanto que Borda, Guastavino, Díaz de Guija- rro y Méndez Costa se lo asignan a la casi totalidad o a la mayoría.

Si se atiende a que las leyes imperativas son aquellas que es- tablecen soluciones de aplicación inexorable, o bien que prevale- cen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas, parece indudable que en su casi totalidad las normas jurí- dicas familiares queden comprendidas entre ellas, ya que no po- drían los particulares modificar la regulación que el Estado impone por razones de interés social. Sólo en supuestos excepcionalísi- mos nuestro ordenamiento jurídico admite que reglas de este tipo sean supletorias, es decir, que los particulares puedan apartarse convencionalmente de ellas.

Actualmente, puede citarse como norma supletoria el art. 1276, párr. tercero *in fine*, del Cód. Civil (texto según ley 17.711), por el cual cuando se confiere mandato entre los cónyuges el mandatario no tiene obligación de rendir cuentas. Si bien –como se verá al tratar el régimen matrimonial de la ley argentina– existen discre- pancias doctrinales al respecto, considero que esa disposición tiene el carácter indicado y que cabría dar mandato entre cónyuges con

expresa obligación de rendir cuentas. De todas maneras se trata de una situación excepcionalísima.

La imperatividad de las normas jurídicas del derecho de familia está destinada a satisfacer el interés familiar que, según Díaz de Guijarro, consiste en la realización de los fines esenciales del núcleo y en la protección del interés individual dentro del grupo, siempre que armonice con dichos fines esenciales, pues en caso de colisión cede frente a ellos.

e) La participación de órganos estatales en los actos de emplazamiento en el estado de familia o en determinadas autorizaciones vinculadas a la familia o a su patrimonio.

§ 12. *LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.* – De las normas jurídicas que integran el derecho de familia resultan derechos subjetivos, que pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial. Tales derechos se caracterizan especialmente porque pueden no ser puramente tales, sino ir unidos a deberes o ser correlativos de ellos. Tienen una finalidad moral, de manera que en general son otorgados a su titular para cumplir aquellos deberes jurídicos. Tales circunstancias hacen que se los haya clasificado en derechos conferidos en interés propio de su titular, y derechos que se ejercen como facultades o poderes para la protección de intereses ajenos, calificados estos últimos como derechos-deberes, derechos-funciones, o poderes-funciones. Los demás caracteres jurídicos de los derechos subjetivos familiares serán examinados juntamente con los caracteres del estado de familia, dada su íntima vinculación con ese tema.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Antoni, Jorge S., *La ubicación de la familia en el derecho*, "Revista Jurídica", publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, n° 20, 1969, p. 17.
- Barroso Figueroa, José, *La autonomía del derecho de familia*, "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. XVII, n° 68, oct.-dic. 1967, p. 809.
- Beltrán de Heredia, José, *La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del derecho de familia*, "Revista de Derecho Privado", Madrid, t. 49, año 1965, p. 819.

- *Sistema del Código del Pueblo alemán*, “Revista de Derecho Privado”, Madrid, t. 27, año 1943, p. 125.
- Cicu, Antonio, *El derecho de familia*, tr. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediar, 1947.
- *La filiación*, tr. de Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Teijeiro, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *El derecho de familia como parte integrante del derecho civil, ante las tendencias de unificación del derecho privado*, JA, 1952-1-5, secc. doctrina.
- *El interés familiar como fórmula propia del orden público en materia de derecho de familia*, JA, 1952-II-435.
- *Rectificación por Cicu de su doctrina sobre el derecho de familia. Revaloración de conceptos*, JA, doctrina 1969-198.
- Ferreras, Hugo, *El derecho de familia en la sistemática jurídica*, “Bol. del Instituto de Derecho Civil”, Univ. Nac. de Córdoba, año VII, 1942, p. 259.
- Gaudemet-Tallon, Hélène, *Famille*, en “Encyclopédie Juridique Dalloz”, Répertoire de droit civil, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1997.
- Guastavino, Elías P., *Bien de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984.
- Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Derecho familiar*, México, Cóceres, 1972.
- Méndez Costa, María J., *Interpretación y aplicación del derecho positivo de familia*, JA, 24-1974-482.
- Savatier, René, *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, Paris, 1945.

CAPÍTULO III

EL ESTADO DE FAMILIA

§ 13. *CONCEPTO Y DIVISIONES DEL ESTADO.* – El estado de las personas es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirles efectos jurídicos, o bien la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad, dada por tal conjunto de cualidades.

En el derecho romano, el estado revestía mayor importancia que en la actualidad y se encontraba mejor precisado, pues de él dependía la existencia o inexistencia de la personalidad de los individuos frente al derecho. Tres eran los aspectos del estado: *a*) desde el punto de vista de la libertad (*status libertatis*), las personas podían ser libres o esclavas; *b*) como miembros de la ciudad (*status civitatis*), podían ser ciudadanos, latinos o peregrinos, y *c*) como miembros de la familia (*status familiae*), podían ser *sui iuris* y *alieni iuris*. En el derecho romano primitivo, la personalidad legal, esto es, la posibilidad de ser sujeto del derecho, requería la reunión de las tres calidades de libre, ciudadano y jefe de familia (*sui iuris*). Con posterioridad ese rigor se atenuó, al reconocerse limitada capacidad a quienes carecían de alguna de ellas. Actualmente, esas distinciones han perdido significación; sin embargo, el estado reviste importancia por los diversos efectos que produce respecto a la determinación de la capacidad de las personas, ya que no con respecto a su personalidad, que no es negada a ningún ser humano.

El estado de las personas reconoce una primera división, según que se lo contemple con relación al derecho público o al derecho privado. En su aspecto de derecho público, se trata del estado

político, o posición que ocupa el individuo frente al Estado o comunidad políticamente organizada. A este respecto, el individuo puede ser nacional o extranjero; la primera de esas calidades importa la existencia de derechos y obligaciones de carácter político (el de votar y ser elegido o designado para ocupar cargos públicos), que no corresponden a los extranjeros. En el campo del derecho civil, el estado político carece de influencia, pues todos los habitantes de la Nación, argentinos o extranjeros, gozan de los mismos derechos civiles por imperio de una norma constitucional (art. 20, Const. nacional); sin embargo, algunas disposiciones —en pugna con dicha norma— consideran la conveniencia nacional de que los bienes ubicados en las zonas de seguridad pertenezcan a argentinos nativos, y establecen la necesidad de una autorización especial para su adquisición o locación por extranjeros (decrs. 15.385/44, art. 4º, y 32.530/48, art. 1º).

En su aspecto de derecho privado, se trata del estado civil, que puede referirse a la persona considerada en sí misma o con relación a la familia. Los elementos del estado civil de la persona considerada en sí misma (estado individual o estado personal) son la edad y la sanidad mental. Así, puede tratarse de mayor o menor edad, de mentalmente sano, demente o inhabilitado. También era elemento del estado personal, hasta la sanción de la ley 17.711, el sexo; pero ha dejado de serlo al suprimir dicha ley la incapacidad relativa de la mujer casada. Algunos autores añaden a estos elementos la profesión, a la que asignan valor atributivo de estado, especialmente en ciertos casos en que implica el sometimiento del individuo a un régimen jurídico determinado (caso del comerciante y del militar) o le crea algunas incapacidades especiales (profesión religiosa, que incapacita para contratar, art. 1160, Cód. Civil; magistratura, para ejercer el comercio, art. 9º del decr. ley 1285/58).

Finalmente, considerada la persona en su relación con la familia, trátase del estado de familia. En este aspecto, se puede tener el estado de soltero, casado, viudo, separado o divorciado; y con relación a otra persona determinada, el de cónyuge, pariente o extraño. Dentro del parentesco, se distinguen los distintos tipos (por consanguinidad, por afinidad y por adopción; matrimonial o extramatrimonial) y casos (padre, hijo, hermano, tío, sobrino, suegro, yerno o nuera, etcétera).

Otros autores –Orgaz, Llambías, Spota, Boffi Boggero y Aráuz Castex– tenían un concepto del estado civil diferente del precedentemente expuesto. Para ellos, en nuestro derecho positivo se identifica el estado civil con el estado de familia, tanto en las normas que usan la expresión “estado de familia” (arts. 181, inc. 1; 191, inc. 8; 845 y 1001, Cód. Civil), cuanto en las que hablan de “estado” o de “estado civil” (arts. 846, 847 y 4019, inc. 2, Cód. Civil, y art. 138, Cód. Penal); no admitían, pues, una elaboración doctrinal que asigne distinto significado a esas expresiones.

§ 14. *NATURALEZA Y ELEMENTOS DEL ESTADO DE FAMILIA.* – El estado de familia es uno de los atributos de la personalidad de las personas naturales o de existencia visible.

Está dado por los vínculos jurídicos familiares que unen a una persona con otra u otras, o bien por la ausencia de tales vínculos (ausencia de vínculo conyugal, estado de soltero; ausencia de vínculo paterno-filial establecido, estado de hijo de padres desconocidos). Dichos vínculos jurídicos familiares son de dos órdenes: el vínculo conyugal, que une con la persona con quien se ha celebrado matrimonio; y el vínculo parental o parentesco, que une con las personas de las que se desciende (parentesco consanguíneo en línea recta), con las que descienden de un ascendiente común (parentesco consanguíneo en línea colateral), con las que se ha creado un parentesco legal que no coincide con la realidad biológica (parentesco adoptivo) o con los parientes del cónyuge (parentesco por afinidad). En los vínculos parentales consanguíneos queda comprendido el vínculo paterno-filial.

Del estado de familia derivan los derechos subjetivos familiares y los deberes u obligaciones correspondientes (ver § 12), pero también resultan derechos subjetivos no propiamente familiares, como el de heredar ab intestato.

§ 15. *EFFECTOS JURÍDICOS DEL ESTADO DE FAMILIA.* – El estado de familia produce consecuencias jurídicas en diversos campos del derecho, en especial dentro del derecho civil, el penal, el procesal y el de la previsión social.

a) *CIVILES.* Los principales efectos jurídicos del parentesco dentro del derecho civil son los siguientes:

1) Es la base de los impedimentos matrimoniales de consanguinidad (art. 166, incs. 1 y 2, Cód. Civil, texto según ley 23.515), afinidad (inc. 4), ligamen (inc. 6) y adopción (inc. 3).

2) Es fuente de la obligación alimentaria legislada en los arts. 367 a 376 del Cód. Civil para los parientes, en los arts. 265, 267, 268 y 270 a 272 para los padres, y en los arts. 198, 207 a 210, 218, 221, inc. 1, 222, inc. 1, 228 y 231 (textos según ley 23.515), para los cónyuges.

3) Es fuente de la vocación sucesoria ab intestato.

4) Otorga el derecho de oponerse a la celebración del matrimonio (art. 177, incs. 1 a 3, Cód. Civil, textos según ley 23.515).

5) Confiere legitimación activa para la promoción de la acción de nulidad del matrimonio (arts. 219 y 220, incs. 1 y 2, Cód. Civil, textos según ley 23.515).

6) Confiere legitimación activa para la promoción de los procesos de insania (art. 144, incs. 1 y 2, Cód. Civil), interdicción por sordomudez (art. 156, Cód. Civil) e inhabilitación judicial (art. 152 *bis*, párr. primero, inc. 3 *in fine*, y párr. segundo, Cód. Civil).

7) Impone la obligación de denunciar la orfandad o la vacancia de la tutela, bajo sanción de privación del derecho a ésta (art. 378, Cód. Civil).

8) Otorga el derecho a la tutela y a la curatela legítimas (arts. 390 y 476 a 478, Cód. Civil, y art. 19, ley 14.394).

9) Otorga el derecho al beneficio de competencia (art. 800, incs. 1, 2 y 3, Cód. Civil).

10) Inhabilita al oficial público para actuar como tal en los asuntos en que están interesados sus parientes dentro del cuarto grado (art. 985, Cód. Civil).

11) Inhabilita para ser testigos en los instrumentos públicos a los parientes en igual grado del oficial público (art. 990, Cód. Civil).

12) Otorga el derecho de declarar la existencia del embarazo a fin de que se provea a la representación de la persona por nacer (arts. 65 y 66, inc. 1, Cód. Civil).

Fuera de esos efectos directos, en virtud del interés que determina la vocación sucesoria, habilita para pedir la declaración de ausencia y designación de curador (art. 17, ley 14.394), así como la

declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 24, ley 14.394), promover la acción de impugnación de la paternidad (art. 259, Cód. Civil, texto según ley 23.264) y la de contestación del reconocimiento (art. 263, Cód. Civil, texto según ley 23.264), así como todas las acciones tendientes al reconocimiento o la protección del derecho sucesorio.

b) **PENALES.** En el campo del derecho penal, el estado de familia obra de tres maneras diferentes: como agravante de ciertos delitos, como eximente de responsabilidad y como elemento integrante de la figura delictiva.

Es agravante de los delitos de homicidio (art. 80, inc. 1, Cód. Penal), homicidio en estado de emoción violenta y preterintencional (art. 82), lesiones (art. 92), abuso de armas (art. 105), abusos sexuales (arts. 119, inc. b, y 120), corrupción (art. 125, párr. último), prostitución (art. 125 *bis*, párr. último) y privación de la libertad (arts. 142, inc. 2; 142 *bis*, 144, y 144 *bis*, párr. último), así como en la cooperación en los delitos contra la integridad sexual en general (art. 133).

Es eximente de responsabilidad por los hurtos, defraudaciones o daños entre cónyuges, ascendientes, descendientes, afines en línea recta, y entre hermanos y cuñados que viviesen juntos y por el encubrimiento de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 279).

Finalmente, es uno de los elementos del delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar (arts. 1º –modificado por ley 24.286–; 2º, incs. a, b y d, y 2º *bis*, ley 13.944, texto según ley 24.029).

c) **PROCESALES.** En el orden procesal, el estado de familia inhabilita para ser testigo, salvo que fuese al solo efecto de reconocer firmas (art. 427, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, y art. 425, Cód. Proc. Civil y Com. de la Prov. de Bs. Aires).

El Código Procesal de Mendoza extiende la inhabilidad a colaterales en segundo grado, tutores y pupilos, pero la excluye en los procesos de filiación o discusión sobre el estado de familia (art. 224); el de Santa Fe, con igual extensión pero con la excepción de los asuntos que versen sobre el nacimiento, matrimonio, divorcio o defunción de tales personas (art. 217); el de Jujuy permite

al testigo negarse a declarar si su respuesta puede exponer a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad a sufrir daño económico inmediato, deshonor o proceso penal (art. 344).

El Código Procesal Penal de la Nación prohíbe: denunciar al cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado (art. 178); declarar en contra del imputado a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado (art. 242). Además dispone la facultad de abstenerse de testificar en contra del imputado, otorgada a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sus tutores, curadores y pupilos, a menos que el testigo fuere denunciante, querellante o actor civil o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado (art. 243). En cuanto al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, su art. 234 prohíbe declarar a las mismas personas enunciadas en el art. 242 del nacional y el art. 288 contiene una norma similar al art. 178 del Código nacional.

Además, el estado de familia es elemento de algunas de las causales de recusación y excusación de los magistrados, funcionarios judiciales, auxiliares y peritos (art. 17, incs. 1 y 2, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación y de la Prov. de Bs. As.; arts. 55, incs. 2 a 4, 6, 7 y 12; 63, 71 y 256, Cód. Proc. Penal de la Nación, y arts. 47, incs. 3 al 7 y 12; 53 y 54, Cód. Proc. Penal de la Prov. de Bs. Aires).

d) *PREVISIONALES*. Por último, el estado de familia es también el elemento básico para la existencia del derecho a pensión.

§ 16. *CARACTERES DEL ESTADO DE FAMILIA*. – El estado de familia presenta una serie de caracteres peculiares. De ellos, la doctrina ha señalado especialmente la intransmisibilidad entre vivos o *mortis causa*, la irrenunciabilidad, la imprescriptibilidad y la imposibilidad de ejercicio de los derechos que de él derivan por parte de los acreedores. Para algunos autores, todo ello no es sino con-

secuencia del carácter imperativo de las normas jurídicas que a él se refieren, que hace igualmente que su contenido no pueda ser modificado por la voluntad de los individuos.

Pero además, en nuestro país, Díaz de Guijarro se ha ocupado de precisar el alcance de esos caracteres y añadir otros, lo que hace indispensable en esta materia seguir de cerca las pautas señaladas por tan prestigioso jurista.

Sobre la base de su exposición, cabe enunciar los siguientes caracteres: universalidad, unidad, indivisibilidad, correlatividad, reciprocidad, oponibilidad, estabilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e inherencia personal.

a) *UNIVERSALIDAD*. El estado de familia es universal en el sentido de que comprende todas las relaciones jurídicas familiares, es decir, no sólo la relación paterno-filial, sino también todas las de parentesco y además la conyugal.

Dicho criterio importa el rechazo de otras posiciones, según las cuales el estado de familia se reduciría a la filiación o, más aún, a la filiación matrimonial. La identificación del estado de familia con la filiación podría tener sustento en la letra del art. 845 del Cód. Civil, pero la misma disposición excluiría la interpretación más restrictiva, pues alude en forma expresa a la filiación natural.

b) *UNIDAD*. La unidad del estado de familia, según Díaz de Guijarro, “implica que cada individuo es eje de una serie de vínculos, tanto de origen matrimonial como de fuente extramatrimonial y excluye la existencia de clases de familia, dentro de la cual hay vínculos de los tipos preindicados pero convergentes en los mismos titulares”. Queda consagrado este carácter especialmente con la derogación de los arts. 365 y 366 del Cód. Civil, efectuada por la ley 23.264, y con el art. 240 –texto según la misma ley– que otorga los mismos efectos a la filiación matrimonial, la extramatrimonial y la adoptiva.

c) *INDIVISIBILIDAD*. El estado de familia es indivisible, de manera que no es posible ostentar frente a unas personas un estado de familia y frente a otras otro diferente. No se concibe, por ejemplo, que una persona sea considerada soltera frente a algunos y casada frente a otros.

El principio de indivisibilidad tuvo concretas aplicaciones en la ley. Así, hasta la sanción de la ley 14.367, el hijo de una persona casada y otra soltera era adulterino con relación a ambas y no adulterino frente a la primera y natural frente a la segunda; lo mismo ocurría, hasta la ley 23.264, en el matrimonio anulado contraído de buena fe por uno de los cónyuges y de mala fe por el otro: el hijo era matrimonial con relación a ambos (art. 88, ley mat. civil).

Sin embargo, la indivisibilidad del estado de familia reconoce una excepción en el derecho internacional privado, cuando se contraen matrimonios cuya validez o eficacia es reconocida por algunas naciones y no por otras; esa situación determina que se tenga diferente estado de familia en distintos países, y también puede motivar la diferente calidad según los países de los hijos nacidos de la unión.

d) *CORRELATIVIDAD O RECIPROCIDAD*. En general, el estado de familia está integrado por vínculos entre personas que son correlativos o recíprocos; así, al estado de esposo corresponde el de esposa; al de padre, el de hijo; etcétera.

Sin embargo, la ausencia de estado conyugal determina el estado de soltero, que no se correlaciona con el de ninguna otra persona, y la disolución del matrimonio por muerte el de viudo, que tampoco tiene correlación, pues el cónyuge ha dejado de existir y, por lo tanto, de ser sujeto de derecho. En consecuencia, este carácter no es absoluto sino que se da únicamente con relación a la existencia de vínculos parentales y conyugal, mas no a su ausencia. De manera que en realidad la correlatividad o reciprocidad sería un carácter de los vínculos que integran el estado de familia, y no del estado de familia en sí.

e) *OPONIBILIDAD*. El estado de familia es oponible por la persona a quien corresponda contra todos, sea mediante el ejercicio de facultades inherentes a ese estado, sea mediante su invocación ante quienes pretendan desconocerlo o vulnerarlo. Como consecuencia, a los actos jurídicos de emplazamiento en el estado de familia no les es aplicable el efecto relativo de las convenciones (art. 1199, Cód. Civil), sino que producen efectos *erga omnes*.

Inversamente, los terceros pueden oponer al titular del estado de familia dicho estado, tanto por relaciones familiares como a

fin de hacer valer responsabilidades frente a ellos que derivan de tales relaciones familiares, tales como la de los padres por hechos ilícitos de sus hijos o la que en ciertos casos corresponde a un cónyuge por obligaciones contraídas por el otro.

f) *ESTABILIDAD*. El estado de familia es una situación estable o permanente; su regulación por normas de orden público importa la imposibilidad de modificarlo por la libre voluntad de los interesados. Sin embargo, ello no implica que sea inmutable, pues puede ser modificado en determinados casos, ya sea por el acaecimiento de ciertos hechos jurídicos, por el otorgamiento de ciertos actos jurídicos familiares o por el ejercicio de ciertas acciones que, acogidas por los tribunales, tienen tal efecto.

Así, por ejemplo, el soltero se convierte en casado por la celebración del matrimonio (acto jurídico), y el casado en viudo por la muerte de su cónyuge (hecho jurídico), o en divorciado por prosperar la acción de divorcio, o vuelve a tener calidad de soltero por ser anulado el matrimonio (sentencias que admiten acciones de estado).

En suma, se producen modificaciones del estado de familia por hechos jurídicos independientes de la voluntad de los interesados, o por actos jurídicos otorgados por ellos, o por sentencias judiciales que tienen por base también la voluntad de ellos o de terceros, aunque manifestada necesariamente mediante el ejercicio de una acción. En todos los casos, esas modificaciones sólo pueden producirse con arreglo a las disposiciones legales, no por la libre voluntad de los interesados, y en la mayor parte de los casos con intervención de la autoridad pública, administrativa o judicial. Pero siempre llega el momento en que el estado de familia se consolida y queda inmutable, sea porque se han extinguido las acciones destinadas a modificarlo o porque han desaparecido todas las personas que podrían ejercerlas; de ahí que la estabilidad o permanencia del estado de familia termina por transformarse en inmutabilidad.

g) *INALIENABILIDAD*. Uno de los caracteres fundamentales del estado de familia es su inalienabilidad o intransmisibilidad entre vivos; deriva de su regulación por normas de orden público y de su carácter de atributo de la personalidad, lo que implica naturalmente que el estado de familia de una persona no puede ser transferido a otra o, con mayor generalidad, que los particulares care-

cen de poder sobre sus cualidades personales para modificarlas o disponer de ellas por convenciones según su voluntad. Sin embargo, este carácter tiene algunas limitaciones –lo que hizo afirmar a Díaz de Guijarro que se trata de inalienabilidad relativa, y no absoluta–, y además es preciso distinguir la enajenación del estado de familia en sí, de los derechos extrapatrimoniales emergentes del estado y de los derechos patrimoniales que de éste derivan.

1) *INTRANSMISIBILIDAD POR ACTO JURÍDICO*. El estado de familia en sí no puede ser enajenado o transmitido mediante acto jurídico alguno. El principio no está establecido expresamente en la ley, pero surge implícito de varias disposiciones: el art. 21 del Cód. Civil, según el cual “*las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres*”, ya que es obvio que en el estado de familia está interesado el orden público; el art. 953, que sienta el principio de que “*el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio*”, y no lo están los atributos de la personalidad humana, entre los que se encuentra el estado de familia; el art. 845, que veda transigir sobre el estado de familia, y el art. 872, que prohíbe renunciar a los derechos concedidos en mira del orden público. El acto por el cual se enajenase el estado de familia estaría afectado de nulidad absoluta y manifiesta (arts. 18, 1038, 1044 y 1047, Cód. Civil).

2) *PROHIBICIÓN DE TRANSIGIR*. La inalienabilidad del estado de familia en sí importa la inadmisibilidad de la transacción a su respecto. El art. 844 del Cód. Civil, haciendo aplicación del principio más general del art. 833, por el cual “*son aplicables a las transacciones todas las disposiciones sobre los contratos respecto... al objeto ...*”, establece que “*las cosas que están fuera del comercio, y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención, no pueden ser objeto de las transacciones*”. Bastarían esas normas para impedir la transacción sobre el estado de familia, pues se halla fuera del comercio, pero todavía una disposición más especial, la del art. 845, añade que “*no se puede transigir sobre contestaciones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima*”. Bien claro está, pues, que la ley no admite transacción sobre el estado de familia, ni so-

bre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, ni sobre los derechos extrapatrimoniales que emanan de él.

La transacción no es válida, sea que obre en favor o en contra del estado constituido o reclamado, o del derecho que se pretende ejercer o reconocer. Así lo entiende la doctrina nacional, superando la controversia que al respecto se presentó en la francesa, mas no existe igual uniformidad en la jurisprudencia, pues en una oportunidad la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires decidió que la prohibición del art. 845 no comprende el caso en que la transacción es favorable al estado de la persona¹.

La redacción del art. 845 resulta deficiente porque aparece en el centro el principio –la prohibición de transigir sobre el estado de familia– precedido y seguido de meras consecuencias o ejemplos, que deben ser entendidos como tales, y no como limitaciones del alcance de la disposición, la cual –como ya ha quedado expuesto– no es sino aplicación el artículo anterior.

Una excepción a la prohibición de transigir sobre el estado de familia resulta del art. 843, según el cual “*no se puede transigir sobre cuestiones de validez o nulidad de matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor del matrimonio*”. Es una norma que, según expresa el propio codificador en su nota, se aparta de las soluciones de los códigos extranjeros, y parece tener su fuente –no citada por Vélez Sársfield– en Troplong. La mayor parte de la doctrina (Machado, Salvat, Lafaille, Borda, Rezzónico y Boffi Boggero) sostiene que debe entenderse limitada a la nulidad relativa del matrimonio, como lo entendía dicha supuesta fuente, dadas las razones de orden público que fundan la nulidad absoluta.

En verdad, como sostuvo Díaz de Guijarro, no puede considerarse que exista esa limitación, pues no resulta de la ley; pero corresponde señalar que la transacción no extinguiría la acción de nulidad con respecto a las demás personas habilitadas para su ejercicio, entre las que se halla el Ministerio Público, si no concurren todas a su celebración.

Por otra parte, y esto parece explicar que no se conozcan transacciones de esta índole, la transacción supone concesiones recíprocas (art. 832, Cód. Civil), lo que hace que no pueda darse entre

¹ SCBA, 30/9/32, AS, serie 13, t. 8, p. 27.

los cónyuges porque para que se configure requeriría alguna concesión del que sostiene la validez en favor del otro, situación inconcebible en cuanto modificaría el *status* legal del matrimonio; podría sí haber cuando la nulidad es invocada por terceros, pero a pesar de ello no se conoce ningún caso concreto.

La posibilidad está limitada a la discusión acerca de la validez y no de la existencia del matrimonio, pues no podría por este medio darse existencia a un matrimonio no celebrado con los requisitos esenciales de diversidad de sexos, consentimiento y otorgamiento ante el oficial público habilitado para recibirlo, ni crearse la prueba de un matrimonio que no tuvo lugar.

La disposición no es extensivamente aplicable a la separación personal ni al divorcio, ni aun después de admitidos por mutuo consentimiento (arts. 205 y 215, Cód. Civil, textos según ley 23.515), porque como la transacción supone concesiones recíprocas (art. 832, Cód. Civil) y el *status* de los cónyuges separados o divorciados está fijado por la ley, no cabe la posibilidad de realizarla, ya que supondría que una parte concediese el acuerdo para el divorcio contra otra concesión del otro cónyuge y esta última no puede tener lugar.

En cambio, sería admisible la transacción que reconociese la existencia de la reconciliación, pero frente a terceros, y no entre los cónyuges, pues no cabe aceptar que el cónyuge ofendido desista de su derecho al divorcio mediante concesiones del culpable que modifiquen los derechos u obligaciones derivados del matrimonio.

Otra excepción a la prohibición de transigir sobre el estado de familia resulta –según Díaz de Guijarro– de la norma que admite la revocación de la adopción simple por acuerdo de partes manifestado judicialmente después de la mayoría de edad del adoptado (art. 335, inc. *d*, Cód. Civil, texto según ley 24.779). En efecto, de tal norma resulta la posibilidad de que una vez llegado a la mayoría de edad el adoptado se transija en el juicio de revocación de la adopción en favor de la revocación, pues si se la admite de mutuo acuerdo sin condiciones, también cabe por la vía indicada.

3) *INALIENABILIDAD DE DERECHOS NO PATRIMONIALES DERIVADOS DEL ESTADO DE FAMILIA.* También son inalienables los derechos no patrimoniales derivados del estado de familia. No es

concebible que los padres transfieran los derechos sobre la persona del hijo que emanan de la patria potestad, ni que uno de los cónyuges transfiera a un tercero el derecho de obtener la prestación del débito conyugal. El principio no está expresado en la ley, pero resulta de un conjunto de normas, como el art. 1445, que prohíbe ceder las acciones fundadas en derechos inherentes a las personas, el 1443, que lo prohíbe con respecto a los alimentos futuros, el 374, que veda transferir el derecho de alimentos, constituir sobre ellos derecho alguno, o compensar o transigir la respectiva obligación, y el 845, que elimina toda transacción sobre la patria potestad o la autoridad del marido, disposición, ésta, que —como queda dicho— importa una consecuencia del principio general y no una limitación de la prohibición de transigir, sin perjuicio de que la transacción pueda ser admitida para reglamentar el ejercicio de algunos derechos derivados del estado de familia sin lesionar su esencia, en especial en materia de tenencia o derecho de visita sobre los hijos entre padres que no conviven.

4) *ALIENABILIDAD DE DERECHOS PATRIMONIALES DERIVADOS DEL ESTADO DE FAMILIA.* Se afirma, como principio, que son enajenables los derechos patrimoniales que resultan del estado de familia. Trataríase de un principio que tampoco está establecido expresamente en el Código, pero existirían en éste disposiciones particulares que resultarían ser aplicaciones de él, tales como el art. 846, parte primera, que permite la transacción “*sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona*”; el 872, que permite renunciar a los derechos establecidos en interés particular de la persona, y el 251, texto según ley 23.264, que acepta la prescripción de los derechos patrimoniales resultantes de la filiación. Aun cuando los derechos patrimoniales sean una consecuencia del estado, la disposición de ellos no afectaría a éste y sólo comprometería intereses privados; no habría, pues, fundamento para que fuesen inalienables.

Sin embargo, aun admitido ese principio, sería preciso reconocer que la posibilidad de disponer de los derechos patrimoniales derivados del estado de familia tiene su límite cuando la disposición puede afectar al estado en sí o al ejercicio de derechos cuya observancia es esencial para asegurar el interés familiar: es así como no se puede transferir o ceder el derecho a alimentos futuros (arts. 374 y 1453, Cód. Civil) ni los esposos pueden renunciar a

sus derechos sobre los gananciales de la futura sociedad conyugal (art. 1218, Cód. Civil).

De ahí que la regla antes enunciada no pueda ser fijada con carácter terminante. La enajenabilidad sólo comprende los derechos puramente patrimoniales o pecuniarios, mas no aquellos que a pesar de serlo están tan íntimamente unidos al estado de familia que no cabe separarlos de él: así el derecho a alimentos futuros, los derechos patrimoniales derivados de la sociedad conyugal no disuelta, el derecho de administrar los bienes de los hijos menores de edad, el usufructo de los padres sobre tales bienes.

5) *TRANSACCIÓN SOBRE DERECHOS PATRIMONIALES DERIVADOS DEL ESTADO DE FAMILIA.* Con respecto a la transacción, el art. 846 la autoriza “*sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, aunque éste sea contestado, con tal que al mismo tiempo la transacción no verse sobre el estado de ella*”. Pero, “*si la transacción fuese simultánea sobre los intereses pecuniarios y sobre el estado de la persona, será de ningún valor, háyase dado un solo precio, o una sola cosa, o bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado, y por el abandono de los derechos pecuniarios*” (art. 847). Esta disposición ha sido criticada por excesiva, pues si son separables el acto referente al estado y el relativo a los derechos pecuniarios, no existe razón alguna para invalidar ambos; de ahí que su aplicación sea restrictiva y, en caso de que la voluntad de las partes no se preste a dudas en el sentido de separar uno y otro objeto, se acepte la división de los dos actos, considerándose nulo el que versa sobre el estado y válido el que decide sobre los efectos patrimoniales.

Ejemplo clásico de transacción sobre los intereses pecuniarios subordinados al estado es el de quien demanda el reconocimiento de su filiación y petición de herencia, acordándose la exclusión de ésta mediante la entrega de una suma de dinero u otros bienes, sin abrir juicio sobre la filiación.

Aunque pecuniario, no es transigible el derecho a alimentos (art. 374, Cód. Civil), sin perjuicio de la validez de los convenios sobre fijación de la cuota o sobre el modo de suministrarla.

h) *IRRENUNCIABILIDAD.* Otro de los caracteres fundamentales del estado de familia es su irrenunciabilidad, que tampoco está expuesto expresamente en la ley, pero que resulta sin lugar a duda

de dos disposiciones básicas con relación a la renuncia de los derechos: el art. 19 del Cód. Civil, por el cual *“la renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren el interés individual y no esté prohibida su renuncia”*; y el 872, que establece que *“las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia”*. De estas dos normas resulta la invalidez de la renuncia a los derechos establecidos más por razones de orden público que en interés particular de los individuos; y como ese carácter se da en el estado de familia, no cabe duda de que es irrenunciable.

Además, existen dos disposiciones legales que importan otras tantas aplicaciones prácticas de ese principio. Son ellas el art. 251 del Cód. Civil, que no admite la extinción por renuncia expresa ni tácita del *“derecho de reclamar la filiación o de impugnarla”*, y el art. 230, por el cual *“es nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal o el divorcio vincular al juez competente, así como también toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos”*.

Existe, sin embargo, alguna excepción. Tal es la posibilidad que se da, en la adopción simple, de renunciar al estado de hijo adoptivo, si bien la renuncia no puede ser unilateral sino derivada del acuerdo mutuo de adoptante y adoptado (art. 335, inc. *d*, Cód. Civil, texto según ley 24.779); o la renuncia al estado de separados que implica la reconciliación entre los esposos que obtuvieron sentencia de separación personal (art. 234, Cód. Civil).

Por otra parte, la renuncia al estado de familia puede tener lugar por vía de inacción cuando para obtener su reconocimiento o modificación es necesario el ejercicio de una acción judicial y el interesado no lo hace, dejándola caducar, o abandona la instancia motivando su caducidad. En esos casos no hay una renuncia expresa al estado, pero la inacción da lugar al mismo resultado por una vía indirecta, como si se tratase de una renuncia tácita. También puede obrar como renuncia tácita el reconocimiento del esta-

do de otra persona; así, quien reconociese el vínculo matrimonial anterior de otra persona con un tercero, no podría reclamar luego respecto a ella su estado matrimonial sobre la base de la nulidad del primer matrimonio; o quien reconociese que el nacido cuatro meses antes que él es hijo de determinada madre no podría reclamar el reconocimiento de la maternidad por ella misma, pues existiría imposibilidad física de que fuese madre de ambos; o quien reconoce un hijo renuncia al carácter de extraño a su respecto.

A pesar del principio de irrenunciabilidad del estado de familia, es posible la renuncia en las materias en que está permitida la transacción; podría entonces renunciarse a la acción de nulidad de matrimonio, pero —claro está— sin perjuicio de que la acción no se extinga si existen otras personas habilitadas para ejercerla. También en otras materias es admisible la renuncia: por ejemplo, el perdón del cónyuge ofendido importa una renuncia a la acción de divorcio cuya validez nada obsta para que sea admitida; lo mismo ocurre con el reconocimiento de la reconciliación, que también implica renunciar a la acción de divorcio.

El principio de irrenunciabilidad del estado de familia queda, por otra parte, seriamente comprometido por las reglas del art. 317 inc. *a*, y 325, inc. *e*, del Cód. Civil, textos según ley 24.779, por éstos los progenitores del menor pueden prestar su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción y manifestar judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción, respectivamente. Esas manifestaciones habilitan para el otorgamiento de la guarda y de la adopción plena, situación, esta última, que tiene por consecuencia la extinción del parentesco con la familia de sangre (art. 323, Cód. Civil, texto según ley 24.779), lo cual implica, pues, una verdadera renuncia al estado de familia, aun cuando no produzca los efectos de tal sino como consecuencia de la adopción plena del hijo concedida judicialmente con posterioridad.

En cuanto a los derechos extrapatrimoniales emergentes del estado de familia, ellos también son, en principio, irrenunciables, aunque el interesado puede de hecho omitir su ejercicio. Es irrenunciable la patria potestad, porque los derechos que la integran van íntimamente unidos a obligaciones o deberes que no es dable declinar voluntariamente; lo son también el derecho a la tenencia o a las visitas, si bien puede de hecho ser ejercido o no serlo. En

cambio, la tutela y la curatela son renunciables con causa suficiente (arts. 379 y 475, Cód. Civil).

Los derechos patrimoniales son, en principio, renunciables, pues están establecidos más en el interés particular que en razón del orden público. Pero tampoco este principio es absoluto, pues no es admisible la renuncia cuando el derecho en cuestión afecta la organización de la familia; así, no es renunciable el derecho a los bienes gananciales futuros ni a ningún otro derecho derivado de la sociedad conyugal (arts. 1218 y 1231, Cód. Civil), ni el derecho a alimentos (art. 374, Cód. Civil) –entendiéndose, en concordancia con el art. 1453, que se trata de los futuros y pueden renunciarse los ya devengados–, ni el usufructo de los bienes de los hijos menores. En otras palabras, no son renunciables los derechos patrimoniales que no son enajenables.

i) *IMPRESCRIPTIBILIDAD*. El estado de familia es imprescriptible, pues no puede ser adquirido mediante la prescripción adquisitiva o usucapión, ni se pierde por prescripción liberatoria.

En el primero de los aspectos, la posesión de estado, sea filial o matrimonial, no es suficiente por sí sola, por más tiempo que dure, para otorgar la calidad de hijo o de cónyuge, respectivamente. Y en el segundo, la falta de reclamación del estado de familia o de ejercicio de los derechos emergentes de él, por prolongada en el tiempo que sea, no hace perder dicho estado. Estos principios no están expuestos en la ley, pero resultan de que el estado se adquiere únicamente por hechos, actos jurídicos o sentencias que determinan el emplazamiento en él, y se pierde por hechos o actos jurídicos determinados o por prosperar acciones judiciales que motivan el desplazamiento del estado de familia de que se goza.

La imprescriptibilidad del estado de familia en sí es, pues, absoluta, sin perjuicio de que las acciones de estado de familia puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, problema, éste, que será considerado en el capítulo siguiente, referente a dichas acciones.

Igualmente imprescriptibles son los derechos no patrimoniales emergentes del estado de familia. No es posible, por ejemplo, perder el derecho de tener bajo la propia guarda al hijo bajo potestad por el solo hecho de dejarlo de ejercer durante cualquier tiempo, sin perjuicio de que algunos derechos puedan perderse en vir-

tud de sanciones impuestas por la falta de cumplimiento de los deberes correlativos, pero en tales casos la sanción no deriva del transcurso del tiempo por sí solo, sino de tal incumplimiento.

En cambio, son prescriptibles los derechos puramente pecuniarios emergentes del estado de familia. La ley lo expresa con respecto a la filiación en el art. 251 del Cód. Civil, texto según ley 23.264, que dispone que “*los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción*”; existen, además, otras disposiciones especiales con el mismo sentido, como las que fijan plazos de prescripción para acciones hereditarias (arts. 3350, 4020, 4024 y 4028, Cód. Civil) o para las derivadas de la administración de la tutela (art. 4025). Deben excluirse de la prescriptibilidad los derechos pecuniarios irrenunciables, como el derecho a alimentos –sin perjuicio de que puedan prescribir las cuotas ya devengadas– o los derivados de la sociedad conyugal.

j) **INHERENCIA PERSONAL.** El estado de familia, como atributo de la personalidad que es, es inherente a la persona, es decir que está excluido su ejercicio por toda persona que no sea su titular.

Las consecuencias de la inherencia personal previstas expresamente en el texto del Código son la intransmisibilidad *mortis causa* (arts. 498 y 3417, Cód. Civil) y la prohibición del ejercicio por los acreedores de los derechos de este carácter (art. 1196, Cód. Civil). A ellos agrega la doctrina la intransmisibilidad por acto entre vivos. Puesto que esta última consecuencia ha sido considerada precedentemente, me referiré a las dos restantes.

El estado de familia no es transmisible por sucesión *mortis causa*; no es concebible que se herede o se legue el carácter de padre, de hijo o de esposo. Son igualmente intransmisibles por herencia los derechos y obligaciones familiares derivados del estado de familia.

Tampoco es admisible la subrogación de los acreedores en el estado de familia de su deudor o en los derechos familiares derivados de ese estado. No podría, pues, el acreedor, reclamar el reconocimiento del estado de familia de su deudor si no lo hace éste, ni ejercer la acción de alimentos, la de divorcio o la de separación de bienes aunque hubiese causas que autorizasen su ejercicio. En cambio, la subrogación es posible cuando se trata de ejercer dere-

chos puramente pecuniarios, aunque tengan su origen en el estado de familia; cabe, así, la acción oblicua para reclamar la nulidad de la aceptación de la herencia (art. 3339, Cód. Civil), para promover la revocación de la renuncia (art. 3351), para pedir la partición de la herencia (art. 3452), para iniciar el juicio sucesorio (art. 694, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, y art. 729, Cód. Proc. Civil y Com. de la Prov. de Bs. As.), para reclamar la liquidación y partición de la sociedad conyugal ya disuelta, para demandar la nulidad de convenciones matrimoniales o de contratos entre esposos que violen las normas que reglamentan la sociedad conyugal, para cobrar créditos del padre o madre de que éstos sean titulares con motivo del usufructo de los bienes de sus hijos menores, para ejercer la acción de petición de herencia cuando no hay discusión sobre el estado de familia del deudor, para reclamar el pago de alimentos devengados y no percibidos si el crédito es de naturaleza alimentaria, para gestionar el pago de jubilaciones, pensiones, subsidios a la vejez o indemnizaciones por accidentes de trabajo, para exigir rendición de cuentas al tutor y lograr el ingreso de los saldos en el patrimonio del pupilo, o promover la aceptación y aprobación de las cuentas y determinar el crédito del deudor contra el pupilo, para demandar la nulidad de los actos celebrados por el menor o su tutor, etcétera. A este respecto, no cabe una enunciaci3n taxativa, pero puede establecerse como norma que la subrogaci3n no procede si afecta al estado o a los derechos y obligaciones familiares derivados del estado.

§ 17. *TÍTULO DE ESTADO DE FAMILIA.* – Título de estado de familia en sentido material o sustancial es el emplazamiento en determinado estado de familia; en sentido formal, en el derecho argentino, es el instrumento público o el conjunto de instrumentos públicos de los cuales resulta el estado de familia de una persona, y que conforman la prueba legalmente establecida para acreditar ese estado.

Así, es título de estado matrimonial la partida de matrimonio o la sentencia judicial que declara comprobada la celebraci3n del matrimonio; es título de la filiación matrimonial el formado por las partidas de matrimonio de los padres y de nacimiento del hijo; y de la filiación extramatrimonial la partida de nacimiento del hijo –integrada, en su caso, por el instrumento del que resulta el reco-

nocimiento por el padre o madre— o la sentencia que admite la acción de filiación.

El título de estado de familia es la prueba privilegiada de dicho estado, que habilita para ejercer todos los derechos resultantes de él sin otra obligación que la de exhibirlo. Se diferencia, pues, de la simple prueba del estado, en que produce efectos por sí mismo y únicamente puede ser privado de ellos mediante el acto jurídico o el ejercicio de la acción judicial cuyo progreso tenga por consecuencia el desplazamiento del estado de familia; en cambio, la simple prueba requiere el reconocimiento judicial. Por ejemplo, es simple prueba el reconocimiento del hijo efectuado por instrumento privado, que carece de eficacia probatoria en tanto no sea reconocido o declarado auténtico judicialmente (art. 1026, Cód. Civil).

Un concepto más restringido del título de estado sustenta Borda, pues limita tal carácter a las partidas del Registro Civil, agregando que de otra manera la noción se hace imprecisa y confusa. Sin embargo, considero que debe ser ampliado a todos los instrumentos públicos, siempre que sean los que de conformidad con las disposiciones legales son suficientes por sí solos para acreditar el estado de familia, con lo cual el límite del concepto queda igualmente bien definido. No puede negarse que una sentencia que reconoce la existencia de un matrimonio o de una relación filial es un título de estado que produce el efecto *erga omnes* propio de él, aun cuando no esté inscripta todavía en el Registro Civil, y lo mismo ocurre con el reconocimiento de hijo efectuado por instrumento público. No obstante, también afirma Zannoni que el título requiere inscripción registral, previo control de legalidad.

§ 18. **POSESIÓN DE ESTADO DE FAMILIA.** — Quien se halla provisto del título de su estado de familia tiene la propiedad de ese estado. Pero ello es independiente de la situación de hecho que al estado corresponde, que puede existir con título de estado o sin él, del mismo modo que puede existir título de estado sin posesión, como en el caso de los esposos que viven separados de hecho o de los hijos que no están bajo la guarda de los padres.

Posesión de estado es, pues, el goce de hecho de determinado estado de familia, con título o sin él.

Se la ha definido también como el ejercicio prolongado de los derechos y obligaciones propios de una determinada situación familiar, con prescindencia de que quien los ejerza, tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él, o como el disfrute de un determinado estado de familia, con independencia del título sobre el mismo estado.

Los glosadores y los canonistas requerían, para la existencia de la posesión de estado y con referencia al estado filial, la reunión de tres elementos: *nomen*, uso del apellido del padre por el hijo, *tractatus*, trato de hijo recibido del padre, y *fama*, publicidad de ese trato. Prayones consideraba necesario que la posesión de estado se integrase con elementos análogos a la posesión de las cosas, de manera que la posesión debía ser continua, pública, inequívoca y de buena fe. El primero de esos criterios ha sido abandonado por la doctrina moderna, y el segundo no se ha abierto camino. Actualmente se reconoce que el único elemento fundamental de la posesión de estado es el *tractatus*, de manera que hay posesión de estado filial cuando padre e hijo se dan el trato de tales, y hay posesión de estado matrimonial cuando un hombre y una mujer se tratan como cónyuges.

La posesión de estado tiene importancia práctica especialmente en tres situaciones. Una de ellas es el caso de vicios formales en el acta de celebración del matrimonio. Si bien no es admisible la nulidad del matrimonio por vicios formales del acta, tales vicios pueden ser de tal naturaleza que hagan poner en duda la celebración del acto, como ocurriría en caso de faltar las firmas de los contrayentes; en tal supuesto, conforme al art. 197, párr. segundo, parte segunda, del Cód. Civil, texto según ley 23.515, la posesión de estado cubre la falta de solemnidades, y ésta no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio. Pero la posesión de estado por sí sola no es suficiente para acreditar la existencia del matrimonio si no hay acta; en tal caso, es preciso demostrar la celebración del acto.

La segunda es su equivalencia con el reconocimiento expreso de la filiación, mientras no sea desvirtuada por la prueba de no existir nexo biológico (art. 256, Cód. Civil, texto según ley 23.264).

La tercera es la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado, admitida cuando existe posesión de estado y previo

consentimiento de aquéllos (art. 311, inc. 2, Cód. Civil, texto según ley 24.779).

§ 19. **ESTADO APARENTE DE FAMILIA.** – El estado de familia puede ser aparente. Hay estado de familia aparente cuando existe posesión de estado pero no hay título, o cuando éste existe pero es falso o está viciado; en el primer caso, hay estado aparente de hecho, y, en el segundo, estado aparente de derecho. El estado aparente de derecho produce todos los efectos del estado verdadero en tanto no se produzca el desplazamiento de estado por un acto idóneo para tal fin.

El estado matrimonial aparente de hecho tiene lugar en el caso de concubinato, que produce algunos efectos legales que se examinarán oportunamente; el estado filial aparente de hecho es la situación dada por la posesión de estado filial sin título.

El estado matrimonial aparente de derecho tiene lugar en el matrimonio viciado de nulidad, que produce todos sus efectos mientras no sea declarado nulo, y en caso de serlo los produce distintos, según haya habido buena o mala fe por parte de los contrayentes. El estado filial aparente de derecho se da cuando el emplazamiento filial es falso o inexacto, porque se ha reconocido como hijo a quien en realidad no lo es, y cuando está viciado, porque el reconocimiento adolece de vicios que pueden dar lugar a su nulidad. En todos los casos, el estado filial aparente de derecho produce los efectos de la filiación mientras no se produzca el desplazamiento del estado. También el estado filial adoptivo puede ser aparente de derecho, cuando la adopción está viciada de nulidad, e igualmente produce efectos mientras no sea anulada.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Boffi Boggero, Luis M., *Estado civil*, “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. X, p. 876.
Crespi, Jorge E., *Derechos subjetivos familiares*, “Enciclopedia de derecho de familia”, t. I, p. 847.
Dansey, Carlos A., *Estado de familia*, “Enciclopedia de derecho de familia”, t. II, p. 83.

- Díaz de Guijarro, Enrique, *El ejercicio obligatorio de la patria potestad: inadmisibilidad de su renuncia*, JA, 68-685.
- *El estado aparente de familia*, JA, 1953-II-3, secc. doctrina.
 - *El título de estado de familia y sus efectos propios*, JA, 1955-IV-266.
 - *Imprescriptibilidad del estado de familia y caducidad de las acciones de estado*, JA, 1953-III-3, secc. doctrina.
 - *La posesión de estado: carácter irrevocable y valoración cualitativa*, JA, 1948-III-108.
 - *La renuncia a los alimentos y los convenios sobre las modalidades de su prestación*, JA, 1944-III-879.
 - *La unidad del estado de familia*, JA, 1952-I-3, secc. doctrina.
- Fassi, Santiago C., *Autonomía de la acción de estado acumulada a otra acción típica*, LL, 107-90.
- *La familia*, "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 3ª época, año 21, n° 98 y 99, 1959, p. 77.
 - *Las acciones de estado*, en "Estudios de derecho de familia", p. 31.
- Fernández Arancibia de Corva, María A., *Estado aparente de familia*, "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 80.
- Granet-Lambrechts, Frédérique, *Possession d'état*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", 2ª ed., Paris, Dalloz, 1995.
- Hernández, Lidia B., *Posección de estado*, "Enciclopedia de derecho de familia", t. III, p. 273.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo V. (dirs.) - Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.
- López y López, Ángel M., *La posesión de estado familiar*, Sevilla, 1971.
- Méndez Costa, María J., *De los derechos subjetivos de familia y de su recto ejercicio*, en "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", t. XV, homenaje al Dr. Pedro León, 2ª parte, Córdoba, 1976, p. 349.
- Orgaz, Alfredo, *Personas individuales*, 2ª ed., Córdoba, Assandri, 1961.
- Salerno, Marcelo U., *Renuncia*, "Enciclopedia de derecho de familia", t. III, p. 549.
- *Transacción*, "Enciclopedia de derecho de familia", t. III, p. 764.
- Sánchez de Bustamante, Miguel, *Acción oblicua*, Bs. As., Jurisprudencia Argentina, 1945.
- Topor, Lucienne, *État et capacité des personnes*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", Répertoire de droit civil, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1990.
- Vidal Taquini, Carlos H., *El derecho subjetivo familiar*, LL, 1979-B-1001.
- *El vínculo familiar*, LL, 1982-B-800.

CAPÍTULO IV

LAS ACCIONES DE ESTADO DE FAMILIA

§ 20. *CONCEPTO.* – Las acciones de estado de familia son las que se dirigen a obtener pronunciamiento judicial sobre tal estado correspondiente a una persona. Tienen, pues, por finalidad lograr un título de estado de familia del cual se carece (comprobar el estado), aniquilar un título de estado falso o inválido (destruir el estado) o bien crear un estado de familia nuevo o modificar el estado de familia de que se goza. En otras palabras, son todas las acciones que tienden a proteger el estado de familia en forma positiva o negativa, reconociéndolo cuando existe pero es desconocido, excluyéndolo cuando no concuerda con la realidad, o creándolo o modificándolo cuando así cabe hacerlo.

Con frecuencia se identifican las acciones de estado de familia con las relativas a la filiación. Tanto es así que la generalidad de los autores italianos y españoles –no ocurre lo mismo con los franceses– las tratan al considerar la filiación matrimonial, sea que las reduzcan a las que se refieren a ella o que las amplíen al estado conyugal y aun al estado en general, no al de familia en particular. También en nuestra doctrina, Busso y Rébora identificaban las acciones de estado con las de filiación matrimonial y con las de filiación en general, respectivamente.

Sin embargo, puesto que el estado de familia comprende los vínculos conyugal y parental, parece evidente que la denominación de “acciones de estado de familia” debe ser atribuida no sólo a las relativas al estado filial –trátase de filiación matrimonial, extramatrimonial o adoptiva–, sino también a las referentes al estado

de cónyuge. Claro está que no las hay respecto del parentesco en general, ya que éste se establece por una serie de vínculos de filiación o de filiación y matrimonio. Por lo tanto, las acciones sólo pueden versar sobre cada uno de los vínculos conyugal o pater-filial que forman cada eslabón de la cadena que es el parentesco; y resulta excesiva la generalización de Spota, quien afirma que las acciones de estado comprenden todas las referentes a la filiación, el parentesco y el estado conyugal.

La delimitación del concepto de las acciones de estado de familia requiere, además, distinguirlas de las acciones de ejercicio del estado de familia, es decir, las que no tienden a obtener un pronunciamiento judicial relativo al estado de familia sino a lograr el ejercicio de derechos u obtener el cumplimiento de deberes –patrimoniales o no– que de él derivan. Tales acciones no están sujetas a las reglas que gobiernan a las acciones de estado de familia, aun cuando eventualmente algunas de ellas puedan serles aplicadas o participen de alguno de sus caracteres. Son tales, por ejemplo, la acción de alimentos, la tendiente a obtener el reintegro de un cónyuge al hogar, o del hijo menor al de los padres, la de separación de bienes, la de tenencia de hijos, la de fijación de régimen de visitas en favor de los padres o de los parientes, la de privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, etcétera.

Tampoco son acciones de estado de familia las que simplemente tienen por objeto rectificar las actas erróneas del registro del estado civil. No se controvierte en ellas el estado de familia de las personas a las que se refieren, sino que únicamente se busca rectificar errores de los asientos. Por otra parte, la rectificación no siempre requiere el ejercicio de una acción judicial; puede obtenerse también por vía administrativa (art. 72, *decr. ley* 8204/63, y art. 15, *ley* 18.248), lo que de ninguna manera podría ocurrir en las acciones de estado de familia.

§ 21. *CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES DE ESTADO DE FAMILIA.* – Las acciones de estado de familia pueden ser clasificadas conforme a diversos criterios.

Por el vínculo familiar al cual se refieren, se distinguen en acciones de estado matrimonial y acciones de filiación; y dentro de éstas, acciones de filiación matrimonial, de filiación extramatrimonial y de filiación adoptiva.

Por los efectos de la sentencia que las admite, o los que persigue su ejercicio, en acciones constitutivas de estado y declarativas de estado de familia; y a su vez las segundas, en acciones de reclamación de estado y acciones de contestación o impugnación de estado de familia.

Por su vinculación con el título de estado de familia, en acciones de su emplazamiento y acciones de desplazamiento de tal estado.

a) *ACCIONES CONSTITUTIVAS.* Éstas son las que tienden a obtener una sentencia que genere un estado de familia nuevo o extinga o modifique el existente, lo que nunca ocurre en las declarativas. Así la sentencia de adopción simple crea: 1) el estado de hijo y el de padre adoptivo sin afectar la filiación anterior (acción que sólo crea un estado de familia o constitutiva propiamente dicha); 2) las de separación o divorcio crean un estado nuevo, el de separado o de divorciado, modificando el anterior de casado (acción modificativa), y 3) la de revocación de la adopción extingue el estado de hijo y padre adoptivo sin crear otro nuevo (acción supresiva, destructiva o extintiva).

El efecto propio de la sentencia constitutiva frente a la declarativa está dado porque, en principio, carece de retroactividad. La sentencia declarativa siempre produce efecto retroactivo al momento en que comenzó la situación jurídica que ella reconoce o desconoce; así, la sentencia que declara una filiación remonta sus efectos al momento de la concepción, la que la desconoce la extingue también con efecto retroactivo a ese momento, y la que anula un matrimonio o un reconocimiento de hijo lo hace con efecto al día del otorgamiento del acto anulado. La sentencia constitutiva, en cambio, como crea una situación jurídica nueva, no produce efectos sino desde que queda firme; por ejemplo, la sentencia de divorcio emplaza a los cónyuges en el estado de divorciados desde que pasa en autoridad de cosa juzgada. En algunos casos puede tener efecto retroactivo, pero para que lo tenga le debe ser asignado expresamente por la ley, como ocurre en nuestro país, en materia de adopción (art. 322, Cód. Civil, texto según ley 24.779).

1) *DE ESTADO MATRIMONIAL.* En el derecho argentino son de estado matrimonial las siguientes acciones constitutivas:

a) La acción de separación personal, sea que se funde en las causales previstas en la ley (arts. 202 a 204, Cód. Civil, textos se-

gún ley 23.515) o en el acuerdo de los cónyuges sobre la imposibilidad de mantener la vida en común (art. 205, Cód. Civil, texto según ley 23.515), pues en caso de prosperar modifica el estado de familia de los esposos al hacerlos pasar del de casados al de separados.

b) La acción de divorcio vincular, sea por las causales legales (art. 214, Cód. Civil, texto según ley 23.515) o por el acuerdo de los esposos acerca de la imposibilidad de vivir en común (art. 215, Cód. Civil, texto según ley 23.515), que igualmente modifica el estado de familia de los esposos, de casados al de divorciados.

c) La acción de conversión de la separación personal en divorcio vincular (art. 216, Cód. Civil, texto según ley 23.515), que lo modifica al hacerlos pasar del de separados al de divorciados.

2) **DE FILIACIÓN ADOPTIVA.** Con relación a la filiación adoptiva son acciones constitutivas:

a) La acción de adopción, que tiende a la creación de un estado de familia nuevo –el de hijo adoptivo y sus correlativos de padres adoptivos–, sea suprimiendo el anterior, en el caso de adopción plena (art. 323, Cód. Civil, texto según ley 24.779), sea manteniéndolo, en el caso de adopción simple (art. 329).

b) La acción de revocación de la adopción simple, cuyo objeto es suprimir para el futuro el estado de hijo adoptivo y sus correlativos (art. 335, Cód. Civil, texto según ley 24.779).

c) No existen acciones constitutivas referentes a la *filiación de sangre* –matrimonial o extramatrimonial–, pues tanto una como otra sólo pueden derivar de la realidad biológica, y no de decisiones judiciales; por consiguiente, las acciones que a ellas se refieren, únicamente pueden tener por fin hacer concordar los vínculos jurídicos con los biológicos, sólo pueden ser declarativas.

b) **ACCIONES DECLARATIVAS.** Estas acciones de estado de familia son las que tienden a obtener una sentencia que no crea, modifica ni extingue dicho estado sino que se limita a reconocer una situación jurídica anteriormente existente, es decir, a establecer el verdadero estado de una persona cuando no concuerda con el jurídicamente aparente. Su efecto propio es la retroactividad al momento en que quedó constituida la relación o situación jurídica a la cual se refiere. Así ocurre, como quedó expuesto, sea que se vinculen a una relación de filiación o a un acto jurídico familiar.

En este sentido comprenden las de reclamación de estado, que tienen por objeto que se reconozca el estado preexistente, y las de contestación o impugnación de estado, cuya finalidad es excluir el estado, o sea, privar del estado de familia de que goza aquel a quien no le corresponde. Las primeras persiguen la obtención del título de estado de familia de que se carece; las segundas, la impugnación del título existente.

c) *ACCIONES DE RECLAMACIÓN.* En nuestro derecho, las acciones de reclamación de estado son las siguientes:

1) La acción de reclamación de estado matrimonial, que se ejerce para obtener el reconocimiento de la existencia de un matrimonio cuando falta el acta de celebración (art. 197, párr. primero, parte segunda, Cód. Civil, texto según ley 23.515);

2) La acción de reclamación de filiación matrimonial, que se da al hijo del matrimonio cuando su filiación no resulta de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 254, Cód. Civil, texto según ley 23.264);

3) La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, comprensiva de la reclamación de la maternidad y la reclamación de la paternidad, que se confiere al hijo extramatrimonial cuya maternidad no está establecida de igual manera ni ha sido reconocido por su madre, o cuando no ha sido reconocido por su padre (art. 254, párr. segundo, partes segunda y tercera, Cód. Civil, texto según ley 23.264).

No existen, en cambio, acciones de reclamación relativas a la filiación adoptiva, pues como ella se constituye mediante sentencia judicial, no se presenta la posibilidad de que haya un estado adoptivo no reconocido.

d) *ACCIONES DE CONTESTACIÓN O IMPUGNACIÓN.* Estas acciones del estado de familia son las siguientes:

1) *ESTADO MATRIMONIAL.* La acción tendiente a comprobar la inexistencia del matrimonio, cuyo ejercicio es necesario cuando existe acta de celebración del matrimonio inexistente, con el fin de anularla; la acción de nulidad del matrimonio, trátese de nulidad absoluta o relativa, cuya finalidad es obtener la anulación del matrimonio celebrado (arts. 219 y 220, Cód. Civil, textos según ley 23.515), y la acción basada en la reconciliación posterior a la sen-

tencia de separación, que tiene por objeto privar de efectos a tal sentencia cuando la existencia de la reconciliación es negada.

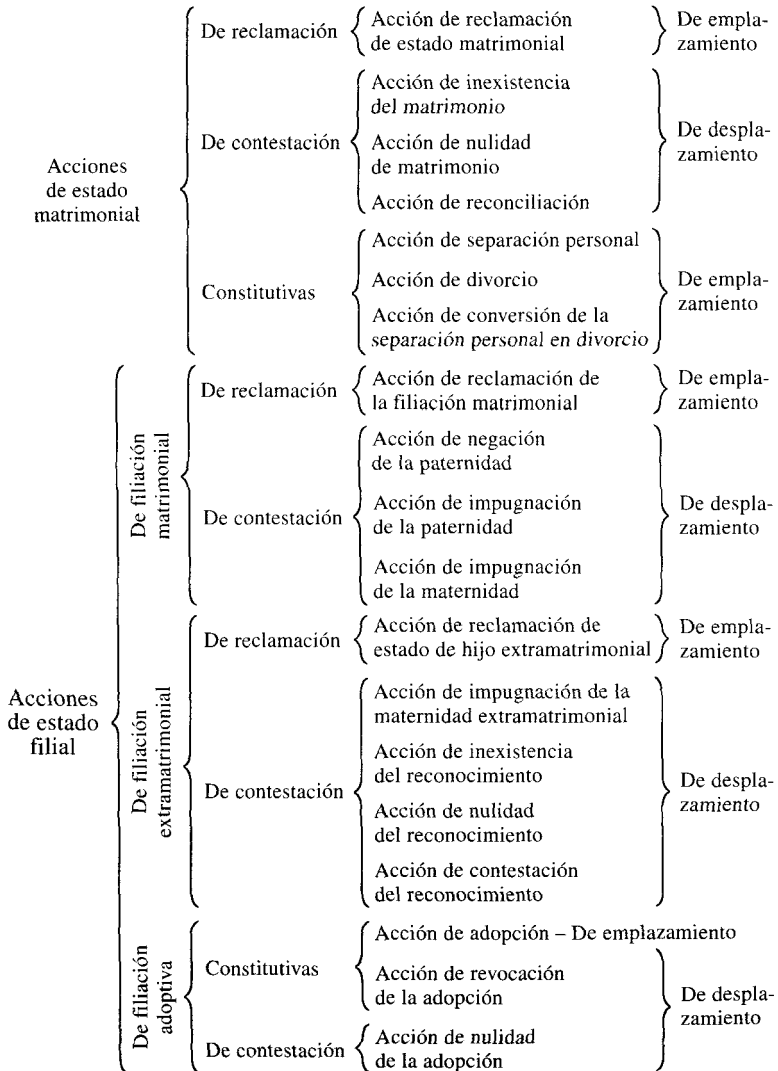
2) *FILIACIÓN MATRIMONIAL.* La acción de *negación de la paternidad matrimonial*, tendiente a destruir la presunción legal de que el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido, y que se da a éste cuando el nacimiento se produce dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración de las nupcias (art. 260, Cód. Civil, texto según ley 23.264); la acción de *impugnación de la paternidad matrimonial*, que tiene el mismo fin respecto de los hijos habidos por la mujer desde la celebración del matrimonio hasta los trescientos días siguientes a su disolución (arts. 258 y 259, Cód. Civil, textos según ley 23.264) y la acción de *impugnación de la maternidad*, cuya finalidad es la de desvirtuar la filiación de quien aparece como hijo de un matrimonio sin serlo (art. 262, Cód. Civil, texto según ley 23.264).

3) *FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.* La acción de impugnación de maternidad establecida mediante la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, similar a la de impugnación de la maternidad matrimonial (art. 262, Cód. Civil, texto según ley 23.264); la acción de inexistencia del reconocimiento del hijo extramatrimonial, por ausencia de consentimiento o de forma; la acción de nulidad del reconocimiento del hijo extramatrimonial, por aplicación de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos, y la acción de impugnación del reconocimiento del hijo extramatrimonial, por sostenerse que no corresponde a la realidad biológica (art. 263, Cód. Civil, texto según ley 23.264).

4) *FILIACIÓN ADOPTIVA.* La acción de nulidad de la adopción, por las causas generales de nulidad de los actos jurídicos o las específicas de la adopción (art. 337, Cód. Civil, texto según ley 24.779).

e) *ACCIONES DE EMPLAZAMIENTO Y DE DESPLAZAMIENTO.* Las acciones de estado de familia pueden dividirse en acciones de *emplazamiento* en el estado de familia y acciones de *desplazamiento* del estado de familia. Acciones de *emplazamiento* son todas aquellas que tienen por objeto emplazar en un estado, es decir, colocar a una persona en un estado de familia determinado, de manera que la sentencia es el título del estado de familia; acciones de *desplazamiento* son, en cambio, las que en lugar de tratar de obtener un título de estado tienden a destruir el título existente.

Esquema de la clasificación de las acciones de estado de familia



En las acciones declarativas, las de reclamación son de emplazamiento y las de contestación o impugnación son de desplazamiento. Las constitutivas son en general de emplazamiento, salvo la de revocación de la adopción simple, que es de desplazamiento. Por otra parte, las constitutivas de estado matrimonial emplazan en un estado, pero a la vez desplazan de otro (p.ej., la de divorcio emplaza en el estado de divorciado, desplazando del de casado).

§ 22. **CARACTERES.** – Los caracteres fundamentales de las acciones de estado de familia están dados por los del estado mismo. De manera que, en general, estas acciones son inalienables (o incesibles), irrenunciables, imprescriptibles e inherentes a las personas.

a) **INALIENABILIDAD.** Puesto que las acciones de estado de familia importan el ejercicio de derechos no patrimoniales derivados de tal estado, y esos derechos son inalienables, también dichas acciones son inalienables, es decir, no pueden ser cedidas. El Código Civil lo establece expresamente en su art. 1445, que dispone que *“las acciones fundadas sobre derechos inherentes a las personas, o que comprendan hechos de igual naturaleza, no pueden ser cedidas”*.

En lo relativo a la transacción, es de aplicación todo lo dicho respecto de la transacción sobre el estado de familia, puesto que tal acto jurídico puede versar sobre derechos meramente dudosos o ya litigiosos, es decir, sobre acciones ya entabladas (art. 832, Cód. Civil).

b) **IRRENUNCIABILIDAD.** Las acciones de estado de familia también son, en principio, irrenunciables, puesto que lo es el estado mismo; sin embargo, este principio sufre varias excepciones.

La renuncia podría ser admitida en aquellos casos en que está permitida la transacción sobre las acciones de estado: cabe, pues, renunciar a la acción de nulidad de matrimonio, aunque –lo mismo que la transacción– esta renuncia no extingue la acción si hay otras personas habilitadas para ejercerla; y también a la acción de revocación de la adopción. Por otra parte, también es posible renunciar a la acción de separación o divorcio cuando ya se han producido los hechos que facultan a ejercerla, pues nada obsta para

que el cónyuge ofendido perdone al ofensor o para que se produzca la reconciliación o se admita la existencia de ella.

Finalmente, tiene el mismo efecto que una renuncia tácita la mera inacción cuando se deja caducar la acción de estado de familia por el transcurso del tiempo o se deja perimir la instancia en el juicio ya promovido; de manera que aunque no quepa la renuncia expresa, en todos los casos en que la acción se extingue por el transcurso del tiempo puede producirse la renuncia tácita.

c) *IMPRESCRIPTIBILIDAD*. En el capítulo anterior se expresó el carácter imprescriptible del estado de familia, dado por la imposibilidad de adquirirlo por usucapión y de perderlo por prescripción extintiva, carácter que se extiende a los derechos extrapatrimoniales derivados del estado de familia. Ahora el problema consiste en determinar si son prescriptibles las acciones de estado de familia o no lo son, y su solución es mucho más dificultosa en razón de la falta de preceptos legales claros.

En el Código argentino, como ocurría en el francés hasta la reforma de 1972, no hay norma que se pronuncie expresamente ni en favor ni en contra de la prescriptibilidad de las acciones de estado de familia: únicamente se establece la imprescriptibilidad de las acciones de reclamación y de impugnación de la filiación (arts. 251 y 4019, inc. 2, Cód. Civil). De ahí que, si se atendiese estrictamente al principio del art. 4019, cuya parte inicial declara prescriptibles todas las acciones con excepción de las enumeradas en él, serían prescriptibles las demás acciones de estado de familia.

Por otra parte, podría invocarse la opinión del propio codificador, quien en su nota al art. 4019, inc. 2, considera prescriptibles “la acción de la reclamación de estado, ejercida por los herederos del hijo, la acción por desconocimiento de la paternidad” y “la demanda de nulidad de matrimonio”. No es así, sin embargo. Sin necesidad de salir de la materia, ese inciso queda contradicho por el art. 251, que no limita la imprescriptibilidad al supuesto de ser entablada la acción por el hijo mismo, y además la extiende a las acciones de impugnación de la filiación. Además, se reconoce unánimemente la no taxatividad de la enunciación del art. 4019; también son imprescriptibles, por ejemplo, la acción reivindicatoria, las de deslinde, construcción de cercos o muros divisorios, o de un acueducto, la de retrocesión, la del ausente con presunción

de fallecimiento que reaparece para reclamar la restitución de sus bienes, la de partición de cualquier indivisión, la de nulidad absoluta de los actos jurídicos, inclusive el matrimonio.

Eliminando el aparente obstáculo, fácil resulta llegar a la conclusión de que las acciones de estado de familia son imprescriptibles. Las razones que fundan esa imprescriptibilidad son, a mi juicio, las siguientes:

1) En primer lugar, porque los caracteres fundamentales del estado de familia se reflejan en iguales o semejantes caracteres de las acciones que a él se refieren; así como la inalienabilidad y la irrenunciabilidad del estado de familia determinan la incesibilidad y la irrenunciabilidad de las acciones, también la imprescriptibilidad del estado de familia debe determinar la imprescriptibilidad de las acciones referentes a él.

2) Desde un punto de vista ajustado a los textos legales, si bien el Código no las declara imprescriptibles, tampoco les fija plazo de prescripción. El art. 4023 del Cód. Civil, que establece el plazo ordinario de prescripción, alude únicamente a las acciones personales por deudas exigibles y a la de nulidad de los actos jurídicos, de manera que se refiere solamente a acciones que versan sobre obligaciones y sus correlativos derechos creditorios, y sobre la validez o invalidez de los actos jurídicos en general. Si bien es cierto que la prescripción extintiva no se limita a los derechos creditorios sino que se extiende a todos los derechos en general, su ampliación encuentra un límite cuando se trata de derechos que se resuelven en facultades puras, *rei merae facultatis*, cuyo ejercicio implica ordinariamente la deducción de acciones de estado de familia.

3) También dentro del campo de la ley, las disposiciones que concretamente declaran imprescriptibles determinadas acciones de estado de familia no tendrían justificación si no se las considerase como aplicación de un principio más general, aunque no esté expresado, el de que lo son todas. Ni la acción de reclamación del estado de hijo ni las de impugnación de la filiación tienen caracteres especiales frente a las demás acciones de estado de familia que justifiquen un tratamiento diferente, de manera que estas soluciones deben derivar de la aplicación del indicado principio general.

4) Entre las finalidades perseguidas por la institución de la prescripción está la de que las relaciones jurídicas tengan certeza

después de transcurrido cierto lapso. Claro está que ese fundamento se da con mayor intensidad en la caducidad, regida en general por plazos breves y sometida a un régimen más riguroso que el de la prescripción. Pero la propia fijación de plazos de caducidad para determinadas acciones de estado de familia revela que cuando el legislador ha creído necesario limitar su ejercicio en el tiempo, lo ha dispuesto expresamente; en los demás casos le ha resultado indiferente la tardanza, de modo que no se da el indicado fundamento de la prescripción.

5) Por último, el resultado de la prescripción sería fundamentalmente distinto en asuntos puramente patrimoniales y en asuntos de familia. En los primeros, su efecto primordial es el de liberar al deudor, ya que su mayor campo de aplicación está en el derecho de las obligaciones; en los segundos, su admisión importaría la consolidación de situaciones que puede no haber interés social en mantener. De manera que parece la solución más juiciosa resolver que cuando no se ha fijado un plazo de caducidad es porque tal interés social no existe. Así, por ejemplo, ocurre en la nulidad del matrimonio por vicios del consentimiento; si la caducidad de la acción no se ha producido porque se ha interrumpido la cohabitación en los plazos fijados por el art. 220, inc. 4, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), sería inicuo que el matrimonio se consolidase a los dos años por virtud de la prescripción del art. 4030, ya que no puede haber interés social en mantener la validez de un matrimonio celebrado con voluntad viciada y sin vigencia en la realidad de los hechos.

Lo mismo ocurriría en la acción de adopción, que si se sometiese a los principios generales en materia de prescripción, prescribiría a los diez años de haberse reunido los requisitos legales para ser otorgada, a pesar de no haber llegado aún a la mayoría de edad el menor que se pretendiese adoptar; se impediría así, sin motivo alguno, la creación del vínculo legal con el guardador.

En conclusión, cabe establecer que las acciones de estado de familia son imprescriptibles, lo que no implica que todas ellas sean inextinguibles, puesto que algunas lo son en tanto que otras están sujetas a extinción por vía de caducidad.

Sin ser acciones de estado, también son imprescriptibles las acciones fundadas en derechos extrapatrimoniales derivados del estado de familia, puesto que tales derechos también lo son. Mas

no las fundadas en derechos puramente patrimoniales derivados de dicho estado, como lo establece el art. 251 del Cód. Civil para la reclamación del estado filial y la impugnación de la filiación; claro está que serían imprescriptibles las que tienden a hacer efectivos derechos patrimoniales inseparables del estado mismo, como el derecho a alimentos –sin perjuicio de que puedan prescribir las cuotas ya devengadas– o los derivados de la sociedad conyugal, que sólo pueden perderse como consecuencia de la usucapión de los bienes integrantes de la indivisión postcomunitaria.

d) *INHERENCIA PERSONAL*. Del mismo modo que el estado de familia en sí es inherente a la persona, también lo son las acciones de estado de familia; pero los efectos de la inherencia personal sufren algunas limitaciones, ya que si bien en principio las acciones de estado de familia no son transmisibles por vía sucesoria, en determinados casos la ley otorga expresa o implícitamente su ejercicio a los herederos (p.ej., en nuestro derecho, casos de los arts. 259 y 262, Cód. Civil).

No toda la doctrina concuerda en la existencia de tales excepciones, sino que parte de ella afirma que en esos casos la acción es otorgada a los herederos a título originario y no por transmisión sucesoria de la acción de su causante. Tal criterio fue sostenido por Cicu, refiriéndose a la acción de reclamación de la filiación legítima. Para este autor, no se justifica la concesión de la acción a los herederos como tales, pues entonces la ley consentiría plantear una cuestión de estado tan delicada que, si viviese el hijo, sólo él podría promoverla, por proteger el interés egoísta de recibir una herencia. Considera que la tesis que impugna no tiene otra explicación que la meramente histórica fundada en la continuación de la personalidad del difunto por el heredero, pero que no se justifica con el nuevo concepto de la herencia.

En nuestro país, el criterio de Cicu ha sido recogido por Busso y por Díaz de Guijarro, quienes afirmaron que los herederos del titular ejercen la acción de estado de familia a título propio y originario, sin más fundamento que la derivación del principio de la inherencia personal de la acción. En cambio, Borda entiende que si la ley reconoce la acción a los herederos, quienes pueden ejercerla únicamente en caso de muerte del titular originario y siempre que éste no hubiera perdido el derecho de hacerlo o no

hubiese sido vencido en juicio, existe una auténtica transmisión *mortis causa* y los herederos proceden como sucesores, no a título propio. Compartimos este último criterio. Nada obsta para que el principio general de intransmisibilidad sucesoria de las acciones de estado de familia tenga excepciones derivadas de los textos legales; y de que se trata de acciones concedidas *iure hereditatis*, y no *iure proprio*, no debe dejar lugar a dudas la simple circunstancia de que en ningún caso tendrían la acción los herederos cuando ella hubiese caducado en vida de su causante, como ocurre en el supuesto de desconocimiento de la paternidad (art. 259, párr. último, Cód. Civil).

En cuanto a la inadmisibilidad de la subrogación, no admite excepciones: ninguna acción de estado de familia puede ser ejercida por los acreedores de su titular. La subrogación no puede tener lugar ni aun cuando la acción de estado sea previa a otra patrimonial que el acreedor tenga interés en ejercer. Así, por ejemplo, puede ocurrir que fallezca el padre de un hijo extramatrimonial no reconocido dejando bienes. Si el hijo no demanda para obtener el reconocimiento de la paternidad, no puede hacerlo su acreedor, subrogándose en su derecho, por más que ese reconocimiento le pueda ser útil para hacer valer sus derechos sobre los bienes que a su deudor le correspondan por herencia; sólo podría ejercer por vía subrogatoria la petición de herencia si el hijo reconocido se abstuviese de hacerlo. La razón de esta solución estriba, en primer término, en que la acción accesorio (la patrimonial) debe seguir la suerte de la principal (la de estado), y, en segundo lugar, en que —como dijo Llambías— “no sería tolerable que acuciados por un interés económico, los acreedores ventilaran asuntos de filiación o de legitimidad del parentesco, que por su índole están reservados al propio sujeto de quien se trata y a sus parientes”.

§ 23. **CADUCIDAD DE LAS ACCIONES DE ESTADO DE FAMILIA.** — Ha quedado expuesto precedentemente que las acciones de estado de familia son todas imprescriptibles, pero que algunas son inextinguibles en tanto que otras están sujetas a extinción por caducidad. Antes de examinar en particular los supuestos de caducidad y de acciones inextinguibles, conviene recordar el concepto de caducidad (*decadenza* en el derecho italiano, *déchéance* en el derecho francés), sus similitudes y diferencias con la prescripción, así como

las particularidades que dicha institución presenta cuando se la aplica a las acciones en estudio.

La prescripción liberatoria o prescripción extintiva es el medio por el cual, en ciertas condiciones, el transcurso del tiempo opera la modificación sustancial de un derecho. ¿En qué consiste esa modificación? En el otorgamiento a quien sería sujeto pasivo de la acción entablada para hacer valer ese derecho de una facultad jurídica, la de obtener el rechazo de la acción tardíamente entablada sin que se entren a considerar las condiciones de fondo requeridas para el progreso de tal acción, o bien de entablar una acción declarativa tendiente a obtener un pronunciamiento judicial que establezca que la mencionada acción ha quedado extinguida.

La caducidad, en cambio, es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo fijado por la ley o por la voluntad de los particulares. Pero frente a la caducidad en general, la de las acciones de estado de familia en particular presenta dos notas que hacen que quede sometida a una regulación especial, y a la vez que sea más difícil distinguirla de la prescripción: la primera, que se trata de caducidad de acciones, y no de derechos en general; la segunda, que en esta materia, regulada por normas en su casi totalidad de orden público, sólo puede provenir de la ley, y no de la voluntad privada. Adaptando la anterior definición puede decirse, pues, que la caducidad de las acciones de estado de familia es un modo de extinción de dichas acciones por el transcurso del tiempo, o bien por el acaecimiento de determinados hechos.

Reducida la caducidad a las acciones de estado de familia, sus diferencias con la prescripción serían las siguientes:

a) La prescripción otorga a aquel contra quien podría ser entablada la acción la facultad de oponerse a su progreso por el solo hecho de su deducción tardía, o, en su caso, de obtener una declaración judicial de que se ha cumplido la prescripción. La caducidad, en cambio, extingue la acción, que debe ser rechazada de oficio –aun cuando el demandado no lo solicite– en razón de su interposición extemporánea.

b) En la caducidad es mucho más acentuado que en la prescripción el interés social por la estabilidad y certeza de las relaciones jurídicas. Por lo tanto, mientras que la prescripción ya gana-

da puede ser renunciada (art. 3965, Cód. Civil), la caducidad de las acciones de estado de familia es irrenunciable.

c) La prescripción está sujeta a interrupción y a suspensión; la caducidad, no. No se le aplican las reglas legales sobre suspensión ni sobre interrupción de la prescripción.

d) Los plazos de prescripción son siempre ciertos. Los de caducidad de las acciones de estado de familia pueden ser ciertos, como en los supuestos de los arts. 259 y 260 del Cód. Civil, o inciertos, cuando la caducidad depende de la muerte de una persona, como en los casos del art. 239 del Cód. Civil (ley 23.515). Pero, además, la caducidad puede producirse también por la circunstancia, no de cumplirse plazos sino de sobrevenir hechos –no siempre dependientes totalmente de la voluntad de los interesados– que hacen que la acción no pueda ya ser entablada; así ocurre en la nulidad del matrimonio por falta de edad legal de alguno de los contrayentes o por locura, en que la acción no es ya viable cuando persiste la cohabitación en determinadas circunstancias o cuando la esposa ha concebido (art. 220, inc. 1, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

§ 24. *ACCIONES CADUCABLES E INEXTINGUIBLES EN EL DERECHO ARGENTINO.* – En el derecho argentino existen los siguientes casos de caducidad de acciones de estado matrimonial.

a) *ACCIÓN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO.* El art. 239 del Cód. Civil, texto según ley 23.515, dispone:

“La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de ambos esposos.

Uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiera la nulidad del anterior, se juzgará previamente esta oposición.

El supérstite de quien contrajo matrimonio mediando impedimento de ligamen puede también demandar la nulidad del matrimonio celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior.

La prohibición del primer párrafo no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez del matrimonio y su nulidad absoluta fuere invocada por descendientes o ascendientes.

La acción de nulidad de matrimonio no puede ser promovida por el Ministerio Público sino en vida de ambos esposos ...”.

En consecuencia, la acción de nulidad de matrimonio caduca, en principio, por la muerte de uno de los cónyuges; y, en caso de bigamia, por la de ambos cónyuges del bigamo. Sin embargo, según el cuarto párrafo del artículo, en los supuestos de nulidad absoluta la acción puede ser igualmente entablada por el descendiente o ascendiente que tenga algún interés concreto que proteger mediante la acción de nulidad; por lo tanto, en tales casos, la acción habría caducado para los demás legitimados, mas no para los ascendientes y descendientes.

Además, existen los siguientes supuestos de caducidad en los casos de nulidad relativa.

1) En el de falta de edad, según la ley de matrimonio civil la acción caducaba por llegar el cónyuge o los cónyuges menores a la edad legal o por haber concebido la esposa (art. 85, inc. 1, párr. tercero); con la modificación que introdujo el art. 14 de ley 14.394, y que la ley 23.515 llevó al art. 220, inc. 1, del Cód. Civil, la caducidad se produce por continuar la cohabitación después de llegar a la edad legal el cónyuge o los cónyuges menores, o por haber concebido la esposa.

2) En el de privación permanente o transitoria de la razón, la caducidad se produce para el privado de razón por continuar la vida marital después de recobrarla, y para el otro cónyuge por hacerlo después de conocer dicha privación (art. 220, inc. 2, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

3) En el de vicios del consentimiento, la acción caduca por continuar la cohabitación después de los treinta días de conocido el error o suprimida la violencia (art. 220, inc. 4, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

Para el caso de impotencia, la ley no establece supuestos de caducidad, pero dadas las razones que fundan la nulidad puede considerarse que la acción caduca si el contrayente impotente al tiempo de la celebración –o ambos, en su caso– recobra o adquiere luego su potencia sexual sin que antes la acción se haya promovido.

b) **ACCIONES DE SEPARACIÓN PERSONAL Y DE DIVORCIO.** Las acciones de separación personal y de divorcio caducan con la muerte de uno de los cónyuges, aunque ya hubieran sido promovidas. El

principio no está establecido en la ley, pero deriva naturalmente de su objeto –la separación de los esposos o la disolución del vínculo– que no tendría finalidad cuando la unión ha sido disuelta por la muerte. Así lo reconocieron la doctrina y la jurisprudencia predominantes con relación al divorcio no disolutivo del vínculo matrimonial, con razones extensivas al divorcio vincular¹; pero ello no implica que no pueda discutirse posteriormente la conducta matrimonial de los cónyuges, es decir, los mismos hechos que daban lugar a la acción de separación personal o de divorcio, cuando fuese necesario establecer la culpa o inocencia de los esposos a fin de reglar determinados derechos derivados del matrimonio, en especial el hereditario (art. 3575, párr. segundo, Cód. Civil).

En cambio, son acciones de estado matrimonial inextinguibles la tendiente a comprobar la inexistencia del matrimonio, la de reclamación de estado matrimonial y la fundada en la reconciliación.

c) *ACCIONES DE ESTADO FILIAL.* En éstas existen los siguientes casos de caducidad.

1) *IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD.* La acción de impugnación de la paternidad caduca, para el marido, al año de la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe no haber tenido conocimiento del parto, caso en el cual el plazo se computa a partir del día en que haya adquirido ese conocimiento (art. 259, párr. primero, parte segunda, Cód. Civil, texto según ley 23.264). Para sus herederos caduca cuando vence el plazo que se inició en vida del marido (art. 259, párr. segundo, parte segunda). No expresa la ley cuándo caduca si el plazo no había comenzado a correr en vida del marido; parece razonable entender que entonces también corre para los herederos desde la inscripción –si ésta es posterior a la muerte del marido– o desde el conocimiento del parto por ellos.

2) *NEGACIÓN DE LA PATERNIDAD.* La acción de negación de la paternidad conferida al marido, caduca al año (art. 260, párr. segundo, Cód. Civil, texto según ley 23.264), que ha de entenderse computable del mismo modo que en la acción de impugnación.

¹ CNCiv, Sala A, 20/4/54, LL, 74-613; íd., íd., 28/8/79, LL, 1979-D-162; íd., Sala B, 19/8/52, LL, 68-1; íd., íd., 7/8/79, LL, 1980-A-265; íd., Sala F, 13/8/82, ED, 106-503; SCBA, 7/12/48, LL, 53-725; íd., 15/9/81, ED, 98-266.

3) **RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN.** Las acciones de reclamación de la filiación (tanto de la matrimonial como de la extramatrimonial) son inextinguibles para el hijo mismo (arts. 254, párr. tercero –texto según ley 23.264–, y 4019, inc. 2, Cód. Civil). Sus herederos pueden continuar la ya entablada o promoverla si el hijo hubiese muerto antes de la mayoría de edad o siendo incapaz; pero si el hijo fallece antes de dos años de la mayoría de edad o de haber logrado la plena capacidad, o de descubrir las pruebas en que haya de fundar la demanda, la acción de los herederos caduca al cumplirse ese plazo de dos años (art. 254, párr. quinto).

4) **IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO.** La acción de impugnación del reconocimiento de hijo extramatrimonial no caduca para el reconocido, pero sí para los demás interesados, para quienes la caducidad se produce a los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento (art. 263, Cód. Civil, texto según ley 23.264).

De las acciones de estado filial son inextinguibles: la de reclamación de la filiación para el hijo, y para los herederos de éste cuando muere antes de la mayoría de edad o siendo incapaz, y la de impugnación de la maternidad.

En lo referente a las acciones de estado adoptivo, la de revocación prevista por el art. 335 del Cód. Civil (texto según ley 24.779), puesto que no se otorga sino a los interesados, caduca por fallecimiento de éstos: en caso de revocación por los motivos expresados en los incs. *a*, *b* y *c*, por muerte del que pueda ejercerla, y en el mutuo acuerdo (inc. *d*) por la de adoptante o adoptado. La acción de nulidad absoluta prevista en el art. 337, inc. 1, del Cód. Civil, es inextinguible; la de nulidad relativa caduca por fallecimiento del habilitado para ejercerla o por desaparecer el motivo que la funda: en el caso de falta de edad mínima del adoptante (inc. 2, *a*), por llegar el adoptante a la edad legal; y en el de vicio del consentimiento (inc. 2, *b*), por renovar el cuyo consentimiento estaba viciado, o por fallecer sin haber ejercido la acción.

Además, cabe señalar que las acciones de estado inextinguibles pueden también caducar por falta de titular, cuando desaparecen todas las personas habilitadas para ejercerlas, inclusive sus herederos o descendientes en caso de ser concedidas también a éstos. En esa forma, la estabilidad del estado de familia se convierte en inmutabilidad.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Argañarás, Manuel J., *La prescripción extintiva*, Bs. As., Tea, 1966.
- Bidart Campos, Germán J., *Prosecución del juicio de divorcio después de la muerte de un cónyuge*, ED, 9-766.
- Blondel, Pierre, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, 1969, Cap. I, secc. III, *Les actions d'état*.
- Castro y Bravo, Federico de, *La prescripción. La caducidad*, en "Temas de derecho civil", Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1972.
- Cicu, Antonio, *La filiación*, tr. de Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Teijeiro, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930.
- Colombo, Leonardo A., *Situación hereditaria del cónyuge que fue parte en un juicio de divorcio no terminado debido a la muerte del otro cónyuge*, LL, 59-1016.
- Crespi, Jorge E., *Acciones de estado de familia*, "Enciclopedia de derecho de familia", t. I, p. 741.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *Las acciones de estado de familia*, JA, 1954-IV-7, secc. doctrina.
- *Las acciones de estado relativas al matrimonio*, JA, 1950-I-13, secc. doctrina.
- Fassi, Santiago C., *Autonomía de la acción de estado acumulada a otra acción típica*, LL, 107-90.
- *Las acciones de estado*, en "Estudios de derecho de familia", La Plata, Platenese, 1962, p. 29.
- Lacruz Berdejo, José L., *Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria*, en "Estudios de derecho civil", Barcelona, 1958.
- Lagamarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo V. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.
- Roujou de Boubée, Gabriel, *Déchéance*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", Répertoire de droit civil, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1971.
- Sánchez de Bustamante, Miguel, *Acción oblicua, indirecta o subrogatoria*, Bs. As., Jurisprudencia Argentina, 1945.
- Sohm-Bourgeois, Anne M., *Prescription civile*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", Répertoire de droit civil, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1985.
- Topor, Lucienne, *État et capacité des personnes*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", Répertoire de droit civil, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1990.

CAPÍTULO V

EL PROCESO DE ESTADO DE FAMILIA

§ 25. *CARACTERÍSTICAS ESPECIALES.* – La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de los demás, aun cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros.

De esas características, cabe considerar las limitaciones al principio de disposición, la sujeción a la vía del proceso de conocimiento, el litisconsorcio pasivo necesario y la intervención del Ministerio Público como parte en el proceso.

§ 26. *LIMITACIONES AL PRINCIPIO DISPOSITIVO.* – Principio positivo o de disposición es aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes, tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez; su vigencia se manifiesta en la iniciativa, la disponibilidad del derecho material, el impulso procesal, la delimitación del *thema decidendum*, la aportación de los hechos y la de la prueba.

Las limitaciones que en este aspecto sufre el principio en los procesos de estado de familia se dan en cuanto a la disponibilidad del derecho material. Como principio, tras la iniciación del proceso el órgano judicial queda vinculado por las declaraciones de

voluntad de las partes relativas a su suerte o tendientes a modificar o extinguir la relación de derecho material en que se fundó la acción o pretensión. Así, el actor está facultado para desistir del proceso o de su derecho, el demandado para allanarse, y ambas partes para transigir, conciliarse o someter el pleito a la decisión de jueces árbitros o de amigables componedores. Pero en los procesos de estado de familia suelen prevalecer los poderes del juez, fundados en el interés social comprometido, por lo que esas facultades de las partes se limitan o suprimen.

a) *DESISTIMIENTO*. El actor puede desistir del proceso, con conformidad del demandado si la demanda ya ha sido notificada (art. 304, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, y de la Prov. de Bs. As., y art. 229, párr. segundo, de la Prov. de Santa Fe), y del derecho (art. 305, cód. de la Nación y de la Prov. de Bs. As.; y art. 229, párr. tercero, Cód. de la Prov. de Santa Fe).

El desistimiento del proceso no ofrece dificultades, pues no impide su nueva deducción, aun cuando puede tener por resultado la caducidad de la acción; mas no ocurre lo mismo con el desistimiento del derecho, que importa lisa y llanamente renuncia de la acción de estado de familia. Por lo tanto, será inválido el desistimiento del derecho cuando se trate de una acción de estado de familia no renunciable, y no impedirá la nueva promoción del proceso. Por otra parte, aun admitido el desistimiento del derecho, si se trata de acciones conferidas a varias personas (acciones de titular plural) no puede afectar la facultad de entablarla de los otros legitimados para hacerlo.

b) *ALLANAMIENTO*. El allanamiento es el acto jurídico procesal del demandado del que resulta su sometimiento a la demanda, conformándose con que el proceso se falle total o parcialmente de acuerdo con ella. Obliga al juez a dictar sentencia conforme a derecho, pero carece de efectos si en la causa está comprometido el orden público; en tal caso, el proceso debe continuar según su estado (art. 307, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, y de la Prov. de Bs. As., y art. 230, de la Prov. de Santa Fe).

En algunos procesos el allanamiento es claramente inadmisibile: es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se ha deducido la acción de nulidad del matrimonio, pues de lo contrario cualquier matrimonio podría ser anulado por la voluntad de los cónyuges, al

allanarse uno a la demanda del otro. En cambio, en otros es no menos claramente aceptable, como sucede en la acción de filiación extramatrimonial, en que el allanamiento importa el reconocimiento perseguido por el demandante.

El criterio distintivo es el siguiente: cuando la acción entablada tiende a obtener una decisión judicial que supla un acto jurídico que habría podido ser voluntaria y eficazmente otorgado por el demandado, el allanamiento es admisible; no así cuando se persigue una sentencia cuyo efecto sólo puede ser alcanzado mediante tal decisión. Pero aun caben situaciones intermedias, en que el acto jurídico que el demandado podría otorgar no tendría eficacia sino como impulsor del proceso, aunque pueda obligar al juez a dictar una sentencia conforme. Es lo que ocurre en la acción de revocación de la adopción simple por las causas previstas en el art. 335 del Cód. Civil, texto según ley 24.779; el allanamiento del demandado importa el acuerdo de partes manifestado judicialmente, que también es causal de revocación (inc. *d*, art. 335), por lo que, si bien carece de efectos por sí mismo (pues es necesaria la declaración judicial de la revocación —último párrafo, del mismo artículo—), obliga al juez a sentenciar conforme a lo requerido por las partes.

c) *CONCILIACIÓN*. La ley procesal admite los acuerdos conciliatorios celebrados entre las partes ante el juez, los que deben ser homologados por éste. La posibilidad de este tipo de acuerdos en los procesos de estado de familia no puede sujetarse a reglas precisas, pero es obvio que no pueden tener eficacia si su contenido representa el progreso de la acción respectiva sin la necesaria sentencia judicial, salvo en los casos excepcionales en que —como en el reconocimiento del hijo extramatrimonial— cabe llegar al resultado buscado sin necesidad de sentencia. En otros casos, en cambio, no es objetable, como por ejemplo si los cónyuges en proceso de divorcio se reconcilian, o si, sin llegar a hacerlo, acuerdan un lapso de espera para intentar el avenimiento.

d) *COMPROMISO ARBITRAL*. Las cuestiones de estado de familia no pueden ser comprometidas en árbitros, ya que no resulta concebible que las decisiones en esta materia sean sustraídas a la jurisdicción judicial, en virtud del interés social que afectan. Las leyes procesales excluyen de la jurisdicción arbitral las cues-

tiones que no pueden ser objeto de transacción (art. 737, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, y art. 775, Cód. de la Prov. de Bs. As.).

e) *MEDIACIÓN*. La ley 24.573 instituye con carácter obligatorio, en el ámbito de la justicia nacional de la Capital Federal, el régimen de mediación previa a todo juicio (arts. 1º y 31), del cual se exceptúan las pretensiones de separación personal, divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad (art. 2º, inc. 2). Dicha exclusión encuentra su fundamento en los arts. 229, 843 y 845 del Cód. Civil. Dentro del mismo inciso se establece que la mediación será de aplicación a las cuestiones patrimoniales derivadas de estas pretensiones, a cuyo fin “el juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador”.

§ 27. *OTRAS CARACTERÍSTICAS*. – Además de las mencionadas es dable destacar las siguientes.

a) *SUJECCIÓN AL PROCESO DE CONOCIMIENTO*. Los procesos de estado de familia son, como principio, procesos de conocimiento y deben tramitarse en la forma que establecen las leyes procesales para ellos.

Una situación particular se presenta en la acción de reclamación de estado matrimonial, pues generalmente se admite la prueba supletoria del matrimonio por vía de información sumaria. Esto ha merecido la crítica de Díaz de Guijarro, quien entendía que debía volverse al principio general de tramitación por juicio ordinario. Su posición tiene serios fundamentos, pues como la sentencia que declara la existencia del matrimonio va a crear un título de estado con efectos *erga omnes*, lo lógico es que se adopten los mayores recaudos para llegar a esa declaración. Sin embargo, resulta difícil determinar quién sería el demandado cuando hay acuerdo entre los contrayentes o sus sucesores para pedir que se tenga por probada la celebración del matrimonio; la única solución podría ser asignar el carácter de parte demandada al Ministerio Público, pero la práctica uniforme es hasta ahora la vía de la información sumaria.

Por otra parte, no parece justificado que se impongan las formas del proceso ordinario cuando existe acuerdo de todos los interesados y la intervención del Ministerio Fiscal resulta garantía sufi-

ciente para que la prueba producida en un proceso voluntario tenga la necesaria solidez y fuerza de convicción para apoyar el fallo.

Tampoco se suele seguir estrictamente los trámites del juicio ordinario en las acciones de adopción, lo que se ajusta a los caracteres de este proceso.

En el Código Procesal nacional y en los que lo tienen por modelo, los procesos de estado de familia se tramitan por el procedimiento ordinario, ya que el sumario es de excepción y ninguno de los casos contemplados responde a tales procesos (arts. 319 y 320, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

En las provincias que tienen códigos procesales de características más modernas, el juicio ordinario se puede tramitar en forma oral o escrita, y se adoptan distintas soluciones con respecto a los procesos de estado de familia. Así, en los de Jujuy y La Rioja, la forma normal es la oral, pero el primero somete al procedimiento escrito los juicios de divorcio y de nulidad de matrimonio (art. 288), y el segundo hace lo mismo con todas las cuestiones de familia y de estado de las personas (art. 360); en cambio, el de Santa Fe instituye excepcionalmente el proceso oral y lo establece para las acciones de divorcio, filiación y alimentos (art. 571).

En la provincia de Buenos Aires, la ley 11.453 creó los tribunales colegiados de instancia única de familia, ante los cuales el procedimiento es oral. Se aplican las normas del proceso plenario abreviado –sumario– con las modificaciones contenidas en el nuevo Libro VIII (arts. 827 a 853) del Código Procesal Civil y Comercial que introdujo la misma ley. Cada tribunal está compuesto por tres jueces y cuenta con consejeros de familia –que actúan en la etapa conciliatoria previa– y con un cuerpo técnico auxiliar integrado por un médico psiquiatra, un psicólogo y tres asistentes sociales.

En la provincia de Córdoba, las leyes 7675 y 7676 crearon –por el momento sólo en la 1ª Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Córdoba– los tribunales de familia, integrados por dos cámaras de familia de tres miembros cada una, cuatro juzgados de familia, una fiscalía de familia y seis asesorías de familia; además, un cuerpo auxiliar técnico multidisciplinario integrado por médicos, psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales y los demás profesionales y técnicos que resultaren necesarios. Salvo en

los casos de venias para casarse y otras autorizaciones, guarda de menores, tutela y autorizaciones para disponer o gravar bienes de menores o para los actos de disposición del art. 1277 del Cód. Civil, el procedimiento es oral y de instancia única. Sin embargo, los jueces de familia actúan como jueces de trámite hasta la recepción de las pruebas escritas. Reunidas éstas, la causa pasa a la cámara, donde se realiza la vista de la causa, durante la cual se recibe la prueba oral –absolución de posiciones, declaración de testigos y explicaciones de los peritos– y se alega sobre el mérito de las producidas.

b) *LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO*. En los procesos de estado de familia suelen darse situaciones de litisconsorcio pasivo necesario, pues hay determinadas acciones –aquellas que afectan directamente a más de una persona– en que la sentencia no puede pronunciarse útilmente sino frente a varias partes (art. 89, códcs. Proc. Civil y Com. de la Nación y de la Prov. de Bs. As.). En algunos casos la ley lo establece así expresamente, como el art. 254, párr. segundo, del Cód. Civil (texto según ley 23.264), para la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que debe entablar-se contra ambos padres. En otros, la solución deriva de razones lógicas. Por ejemplo, en la acción de nulidad de matrimonio entablada por un tercero, que debe dirigirse contra ambos cónyuges, pues no se concibe la posibilidad de que se anule el matrimonio frente a uno solo de ellos; no es posible que el matrimonio sea nulo para un cónyuge y válido para el otro, ni tampoco que se anule para los dos sin la intervención de uno de ellos, pues se violaría la garantía de su defensa en juicio.

c) *INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO*. Puesto que las cuestiones de estado de familia afectan el interés social, las leyes procesales confieren intervención al Ministerio Público en los procesos concernientes a ellas. Así lo establece, en la Capital Federal, el art. 25, inc. 7, de la ley 24.946, orgánica del Ministerio Público, y en la Provincia de Buenos Aires, el art. 78, inc. 2, de la ley 5827.

§ 28. *EFFECTOS DE LA SENTENCIA DICTADA EN UN PROCESO DE ESTADO*. – Un problema que ha dado lugar a una discusión que lleva siglos y que aún no ha tenido punto final es el de determinar el

alcance de los efectos de la sentencia en los procesos en que se debaten cuestiones de estado, es decir, si la sentencia de estado hace cosa juzgada *inter partes* —sólo con relación a las partes intervinientes en el proceso, como es el principio general en esa materia— o *erga omnes*, también para los terceros que no fueron parte en el proceso.

Las principales doctrinas —que dividen a civilistas y procesalistas— son la del legítimo contradictor, la del valor relativo de la cosa juzgada, la de su autoridad absoluta fundada en la indivisibilidad del estado de familia, y la de la autoridad absoluta provisional, o que distingue entre los efectos de la sentencia y su autoridad de cosa juzgada; además existen otras posiciones de menor importancia.

a) *TEORÍA DEL LEGÍTIMO CONTRADICTOR*. Sobre la base de algún texto romano, en la Edad Media se elaboró la teoría del legítimo contradictor, según la cual la sentencia dictada en los procesos de estado produce cosa juzgada *erga omnes* si en ellos ha intervenido el legítimo contradictor, carácter que tendría aquel que hubiese tenido el principal interés en oponerse al progreso de la acción, por ejemplo, el padre en una acción de filiación.

En realidad, el derecho romano no reconoció efectos particulares a las sentencias relativas al estado de las personas. Sólo puede citarse como excepción concreta la relativa a la acción de desconocimiento de la paternidad, como consecuencia de la cual el estado quedaba definitivamente fijado por la sentencia, sin que los juristas hayan dado razón de la decisión.

Sin embargo, los glosadores —en especial Bartolo y Baldosustentaron esta doctrina sobre la base de algunos textos romanos, especialmente uno de Calistrato —del cual se extrae la expresión— y otro de Ulpiano, exigiendo, para reconocer a la sentencia efectos *erga omnes*, que se hubiese dictado contra un contradictor legítimo y que se hubiese obtenido sin fraude. En Francia, en el siglo XVI la recogieron Duaren, quien afirmaba que era aplicable en materia de nobleza, pues la nobleza es un elemento del estado de las personas, Cujas, quien a los dos requisitos exigidos por los glosadores añadió el de que el proceso hubiese sido contradictorio, y no en rebeldía, y Doneau, quien ensayó una definición, recogida luego por Vinnius y Heraldus.

Ya en el siglo xvii, D'Argentré intentó desarrollar y precisar la doctrina. Tras preguntarse qué autoridad tienen las sentencias dictadas sobre la nobleza o el estado plebeyo, y más generalmente sobre el estado de las personas, les reconocía autoridad absoluta siempre que se hubieran reunido las condiciones siguientes: 1) que la cuestión de estado hubiese sido el objeto principal y directo del proceso, y no una cuestión planteada incidentalmente; 2) que la sentencia se hubiese dictado contradictoriamente, y no en rebeldía; 3) que no se hubiera obtenido por fraude; 4) que el procurador del rey hubiese sido oído, y 5) que se hubiera dictado frente a un legítimo contradictor, entendiendo por tal “la persona a quien pertenece el interés primitivo y próximo; por ejemplo, el padre en la acción de reclamación de la filiación”.

Se afirma que esta doctrina era la vigente en el antiguo derecho, aun cuando Pothier no la menciona y Merlin la refuta en una larga exposición. Pero no se ha podido determinar cuál fue la posición frente a ella de los redactores del Código, ya que en los trabajos preparatorios no existe elemento alguno que permita determinarlo, y los textos se redujeron al art. 1351 –según el cual la autoridad de cosa juzgada de la sentencia sólo tiene lugar entre las partes, pero que está comprendido en el título referente a los contratos y las obligaciones convencionales en general– y el texto originario del art. 100, por el que se disponía que la sentencia de rectificación de un asiento del registro del estado civil no podía ser opuesta a las partes interesadas que no la hubieran requerido o que no hubiesen sido citadas al procedimiento de rectificación.

Algunos de los primeros comentaristas del Código consideraron que el silencio de éste implicaba el mantenimiento de la doctrina anteriormente vigente. Después de su sanción la adoptaron Toullier, Duranton, Proudhon y Bonnier.

Pero a partir de la segunda mitad del siglo xix, la doctrina del legítimo contradictor no encontró en Francia nuevos adherentes. Ya la desechó Valette, anotador de Proudhon, quien objetó los argumentos basados en la indivisibilidad del estado y señaló que no tenía sentido excluir del efecto *erga omnes* el caso de colusión y admitir que lo produjese la omisión de la acción de desconocimiento de paternidad o el hecho de dejarla perimir. Luego, la generalidad de la doctrina la criticó –entre otras razones– por la dificultad en determinar la persona del contradictor legítimo cuando el

parentesco se aleja, por la representación acordada a tal personaje con respecto a los demás integrantes de la familia sin texto legal que lo autorice, y por su falta de consagración legislativa, unida al hecho de no ser decisiva la autoridad del antiguo derecho ni seguro su éxito en éste. En la jurisprudencia, sólo la consagró expresamente un fallo de la Corte de Burdeos de 1864, que si bien fue confirmado por la Corte de Casación, lo fue eludiendo la cuestión.

Mejor fortuna cupo a la teoría del legítimo contradictor en Italia, donde –aunque no compartida por Cicu– fue admitida por la generalidad de la doctrina.

b) *TEORÍA DE LA AUTORIDAD RELATIVA.* Frente a la teoría del legítimo contradictor se fue afirmando en la doctrina francesa el criterio de que en principio la autoridad de cosa juzgada de las sentencias de estado es, como la de todas las sentencias, relativa; es decir, que la cosa juzgada sólo tiene lugar entre partes y no frente a terceros, a quienes no puede ser opuesta.

Esta opinión, sustentada primero por Merlin, fue luego compartida por Demolombe, Aubry y Rau, Laurent, Huc, Jossierand, Planiol, Ripert, Boulanger, Mazeaud, y –como criterio interpretativo de las normas vigentes– por Colin, Capitant y Julliot de la Morandière.

Los argumentos esenciales en que se basa la teoría de la autoridad relativa de las sentencias de estado son los siguientes:

1) La falsedad de la teoría del legítimo contradictor, originada en haberse atribuido a los textos romanos un alcance que no tenían. De los fragmentos de Calistrato y Ulpiano –relativos, por otra parte, únicamente al estado de libertad– sólo se desprendería la ineficacia de las sentencias dictadas sin contradictor legítimo, pero no que en caso de intervenir éste sus efectos se extienden a terceros, consecuencia desmentida además por otros textos referentes a la calidad de libre o esclavo. Sólo estaría claramente establecido el efecto absoluto de la acción de desconocimiento de paternidad, pero en ella median razones especiales que no son extensibles a todas las sentencias de estado. Por otra parte, el Código Civil no conservó la figura del legítimo contradictor ni otorgó personalidad jurídica a la familia.

2) La indivisibilidad del estado de familia no puede llevar a reconocer efectos *erga omnes* a las sentencias de estado, pues el estado es indivisible de manera abstracta, y no en lo jurídico; la

misma indivisibilidad se da en todos los hechos y en todas las calidades posibles, y ella no autoriza igual conclusión para todas las sentencias fundadas en ellos. De tal modo, la indivisibilidad del estado se conciliaría con la relatividad de la cosa juzgada, pues si bien una persona no puede tener a la vez dos estados diferentes, el problema consiste en saber respecto de qué personas es posible prevalerse de las consecuencias del estado atribuido por sentencia, o, en otros términos, la indivisibilidad del estado se concilia con la divisibilidad de las pruebas. Por lo demás, la teoría del legítimo contradictor no hace desaparecer los inconvenientes derivados de la divisibilidad del estado porque ésta reaparecería cuando el proceso no se tramita con el contradictor legítimo.

3) El efecto relativo o *inter partes* de la cosa juzgada es un principio básico del derecho, del cual los arts. 100 y 1351 del Cód. Civil no son excepciones sino meras aplicaciones que demuestran que el legislador no quiso apartarse de aquél. Su fundamento está dado por el respeto a los derechos individuales, que implica que nadie puede ser perjudicado por el resultado de un proceso en el que no se ha podido defender.

4) No deben ser exagerados los inconvenientes prácticos derivados del efecto relativo de la sentencia de estado, pues reproducida la cuestión frente a un tercero lo más probable es que la solución judicial sea la misma.

Sin embargo, aunque con mayor o menor extensión, la doctrina que admite la relatividad de la cosa juzgada en materia de estado –e igualmente la jurisprudencia– acepta varias excepciones, como las siguientes:

a) Las sentencias constitutivas de estado. Ya Merlin hizo una distinción entre las sentencias constitutivas y las declarativas de estado, para aceptar la autoridad de cosa juzgada *erga omnes* de las primeras; este criterio fue aceptado unánimemente por la doctrina posterior, basada en que en las sentencias declarativas el juez cumple actos de pura jurisdicción, en tanto que en las constitutivas crea un estado nuevo en ejercicio de un poder especial análogo al *imperium* del pretor romano. La excepción fue aceptada por la jurisprudencia.

b) Las sentencias dictadas en acciones reservadas a personas determinadas, como la de desconocimiento de la paternidad, pues

la cuestión no podría volver a ser reproducida por terceros que no habrían tenido derecho de promoverla originariamente. Pero la opinión no es uniforme, pues algunos autores hacen notar que es necesario que la acción no sólo esté reservada a persona determinada sino también que sólo pueda ser entablada contra persona determinada, y otros ponen el acento más en la segunda circunstancia que en la primera.

c) Los llamados “actos de jurisdicción voluntaria”, o “graciosa”, como la sentencia de adopción.

d) Las sentencias que destruyen el estado, como la que admite la acción de nulidad del matrimonio o de divorcio, o la que revoca la adopción.

Además de esas excepciones compartidas con mayor o menor generalidad, se ha sostenido también que las sentencias de estado hacen cosa juzgada contra los herederos de las partes como tales, es decir, con relación al derecho sucesorio, y que las sentencias de filiación dictadas con intervención de todos los parientes vivos son oponibles a los nacidos después, soluciones que han sido criticadas como supervivencia de la teoría del legítimo contradictor.

Por otra parte, existen actualmente excepciones legales al principio de autoridad relativa de la cosa juzgada.

En primer lugar, el art. 100, reformado por la ordenanza del 23/8/1958, que invierte la solución del texto originario al establecer que “toda rectificación judicial o administrativa de un acto o sentencia relativos al estado civil es oponible a todos”.

Luego, en materia de filiación rigió desde 1955 hasta 1972 el art. 342 *bis* del Cód. Civil (ley del 15/7/55, derogado por la reforma de 1972), que disponía que “cuando una filiación está establecida por un acto o una sentencia, ninguna filiación contraria podrá ser reconocida posteriormente sin que una sentencia establezca, previamente, la inexactitud de la primera”. Desde la mencionada reforma rige el art. 310-11 que, como se verá más adelante, se adscribe a la tesis de la autoridad absoluta provisional.

c) **TEORÍA DE LA AUTORIDAD ABSOLUTA.** La teoría de la autoridad absoluta o efectos *erga omnes* de la sentencia de estado fue enunciada en el derecho francés por Bonnetcase, quien la fundó en la indivisibilidad del estado. Criticó la falta de lógica de los

autores que sostienen la autoridad relativa, quienes al mismo tiempo consideran que producen efecto *erga omnes* las decisiones acerca del nombre, con lo que la sentencia que reconoce una filiación tendría autoridad absoluta en cuanto al apellido que atribuye al hijo, pero no en cuanto a la relación de filiación establecida; negó el alcance general del principio del art. 1351, considerando que su interpretación es avalada por el art. 100, que habría sido inútil de ser tal el alcance de aquél; y, sobre la base de que la indivisibilidad del estado de las personas sólo puede significar que ese estado es único frente a todos, concluyó que en el derecho positivo francés la cosa juzgada tiene autoridad absoluta en materia de estado de las personas.

En nuestro país, la misma posición ha sido sostenida por Jofré, Llambías y Díaz de Guijarro. Jofré pensaba que era la solución del derecho romano y de la antigua legislación española, especialmente de las Partidas, y que continuaba siendo aplicable en nuestro país por no haber perdido fuerza legal esas leyes.

En este sentido, Llambías compartía la posición de Bonnecase, sin perjuicio de reconocer que ofrece algunos riesgos por la posibilidad de colusión entre las partes para constituir un estado oponible a todos; pero afirmaba que esos riesgos pueden reducirse a una mínima parte mediante una técnica legislativa que obligue a dar intervención en los procesos de estado a todos aquellos que puedan tener interés en contradecir al accionante, y por una actuación celosa y diligente del Ministerio Público, además del ejercicio de la función judicial con un más afinado sentido de la impulsión procesal, en procura de la verdad.

A su vez, Díaz de Guijarro se valió de varios argumentos para sostener la misma tesis. Invocó las Partidas, que consideró aplicables ante el silencio del Código Civil en la materia, según las cuales el principio básico es el de que la sentencia sólo hace cosa juzgada entre las partes y sus herederos (Partida III, tít. 22, ley 19), pero con numerosas excepciones (Partida III, tít. 22, ley 20), entre las cuales se hallan las acciones de estado. Juzgó que el pensamiento de Vélez Sársfield lleva a la misma conclusión, y lo encontró expresado en la nota a los arts. 1102 y 1103, en que al hacer referencia al escándalo jurídico lo consideró contrario a la razón y a la verdad, y en el art. 146 del Cód. Civil, que veda promover un nuevo juicio de insania cuando otro fue rechazado si

no se funda en hechos sobrevinientes a la sentencia anterior. Afirmó también que en todos los casos en que la ley atribuye el ejercicio de la acción de estado a personas determinadas está al mismo tiempo imposibilitando el desconocimiento posterior de la cosa juzgada, con lo que veda toda nueva controversia y establece el sistema de la eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada en materia de estado.

d) *TEORÍA DE LA AUTORIDAD ABSOLUTA PROVISIONAL*. Una teoría relativamente nueva, pero que se va abriendo camino resueltamente en la moderna doctrina francesa y que concluyó por ser consagrada por la ley en materia de filiación, es la que considera que la sentencia de estado tiene autoridad absoluta provisional, es decir, que produce efectos *erga omnes* en tanto no sea destruida por otra sentencia posterior dictada en acción entablada por el legitimado para hacerlo; o, en otros términos, distingue entre los efectos de la sentencia –que se producen con relación a todos los terceros– y su autoridad de cosa juzgada, que sólo tiene lugar entre partes y puede ser desconocida por aquéllos.

Esta teoría fue sostenida *de lege ferenda* por Colin y Capitant, con el ulterior apoyo de su continuador Julliot de la Morandière. Aunque entendían que en el derecho positivo francés la regla era la autoridad relativa, proponían como solución transaccional a adoptar en una reforma legislativa el reconocimiento de un efecto provisional a las sentencias de estado, por el cual –lo mismo que las actas del registro civil– fuesen oponibles a todos, sin perjuicio del derecho de los terceros de hacerlas caer mediante la prueba en contrario por la vía de la *tierce opposition*¹. Consideraban que era el sistema vigente en materia de reconocimiento del derecho de propiedad y podría ser igualmente aplicable a las cuestiones de estado civil.

Por su parte, Savatier, cuya opinión se cita comúnmente como favorable a la autoridad absoluta, era, en realidad, partidario de este mismo sistema. Admitía el principio de la indivisibilidad del estado, al sostener que tal principio no puede llevar a conside-

¹ *Tierce opposition*: acción deducida por un tercero ajeno al proceso para dejar sin efecto a su respecto la sentencia que afecta sus derechos, pero que en materias divisibles, como el estado, aniquila la sentencia anterior con relación a todas las partes intervinientes.

rar a la sentencia de efectos definitivos aun contra terceros, sino solamente a impedir la coexistencia de dos sentencias inconciliables, de modo que los terceros pueden obtener una nueva decisión, pero sólo haciendo caer la precedente. Para ello consideraba que no es necesario acudir a ningún principio, sino que basta la *terce opposition* para que los terceros hagan caer, aun entre las partes, las sentencias dictadas sin su presencia. Compartía, pues, el criterio de Colin y Capitant de que las sentencias de estado tenían igual valor que los otros instrumentos probatorios de la filiación admitidos por la ley, pero se apartaba de ellos en tanto consideraba que los terceros no pueden hacer caer las sentencias de estado dictadas sin su presencia sólo con respecto a sí mismos, sino destruyendo el efecto que tenían con relación a las propias partes entre las cuales fueron dictadas, como consecuencia de la indivisibilidad del estado.

Con posterioridad, la doctrina de la autoridad absoluta provisional ha sido aceptada por la generalidad de la doctrina (Carbonnier, Marty y Raynaud, Cornu, Malaurie, Benabent, entre otros) y consagrada por el art. 311-10 (texto según ley del 3/1/1972), que prescribe que “las sentencias dictadas en materia de filiación son oponibles aun a las personas que no han sido partes; pero éstas tienen el derecho de promover *terce opposition*”. La doctrina considera que este principio es extensible a todas las sentencias de estado, no sólo a las que versan sobre filiación.

Con ese criterio, se distingue actualmente entre la oponibilidad absoluta de la sentencia de estado y su autoridad relativa. Puesto que la sentencia de estado de familia modifica el ordenamiento jurídico, esa modificación debe ser reconocida por todos. Se unifica así el régimen de los actos jurídicos familiares con el de las sentencias de estado de familia. En cuanto a los primeros, no podría discutirse, por ejemplo, la oponibilidad *erga omnes* del matrimonio; asimismo, los textos actualmente vigentes consagran la del reconocimiento de la filiación: por el art. 328 los cónyuges pueden reclamar la filiación de un hijo, pero si éste ya tiene otra filiación establecida, deben previamente demostrar su inexactitud, siempre que se trate de un caso en que la ley autoriza esa demostración; y por el art. 338 el reconocimiento, mientras no sea contestado judicialmente, hace inadmisibile el establecimiento de otra filiación natural que lo contradiga.

Pero la oponibilidad absoluta de la sentencia no altera la autoridad relativa de la cosa juzgada, de manera que los terceros pueden atacarla si demuestran un interés legítimo en hacerlo.

Esa distinción se aplicó primero a las sentencias declarativas, pero luego fue extendido a las constitutivas sobre la base de que el art. 585 del nuevo Código de Procedimiento Civil dispone que "si la ley no dispone lo contrario toda sentencia es susceptible de *terce opposition*". Además, el art. 353-2 del Cód. Civil la admite expresamente contra la sentencia de adopción, aunque solamente en caso de dolo o fraude imputables a los adoptantes; y la jurisprudencia de la Corte de Casación la ha aceptado contra la sentencia de divorcio por petición conjunta.

Una distinción similar a la de la moderna doctrina francesa ha sido hecha en Italia por Cicu, quien afirmó la eficacia relativa de las sentencias de estado, pero el efecto *erga omnes* del título que ellas modifican o constituyen; de tal modo, la creación o modificación del título de estado por sentencia, a pesar de la oponibilidad de dicho título a terceros, no impide el ejercicio de la ulterior acción de impugnación por cualquier interesado.

En nuestro país, Busso, Rébora, Fassi, Zannoni y Mazzinghi sustentan también opiniones que, si bien difieren en detalles, llevan a conclusiones similares.

Para Busso debe distinguirse entre los efectos de la sentencia en tanto hace cosa juzgada, y los que puede surtir como constitutiva de título, pues una cosa es que aquélla declare *erga omnes* el estado controvertido, y otra que el estado pueda ser impugnado por otros interesados. Creía que la sentencia dictada en un juicio entre interesados crea un título de estado que tiene valor *erga omnes*, que puede ser opuesto a toda persona; sin embargo, respecto de quienes no intervinieron en el juicio, no hace cosa juzgada, por lo que pueden impugnar el título mediante otra acción. Aceptaba, sin embargo, que por excepción hacen cosa juzgada la sentencia constitutiva de estado y la dictada en acción reservada a ciertas personas.

En tanto, Rébora pareció inclinarse —aunque no con mucha claridad— por la misma solución, al afirmar que la sentencia judicial —igual que el acta de nacimiento, el reconocimiento o la posesión— no podría revestir frente a terceros autoridad de cosa juzgada en

el sentido de que el antecedente permitiera imponer silencio a quienes quisiesen controvertirlo, pero haría fe provisionalmente de modo que quien la hubiera obtenido pudiese utilizarla a fines diferentes sin necesidad de promover nuevas acciones.

En este sentido, Fassi consideraba que la autoridad de la cosa juzgada relativa al estado ha sido mal planteada, pues no es que la sentencia de estado extienda esa autoridad a terceros sino que emplaza o desplaza del título de estado. Si emplaza, todos deben respetar el título que crea, salvo que triunfen en un nuevo proceso destinado a aniquilar ese título; si desplaza, no se gozará más del estado de familia mientras no se restablezca el emplazamiento creando un nuevo título de familia. En posterior exposición redujo esa distinción a las sentencias declarativas de estado, pues con relación a las constitutivas admitió que producen efectos *erga omnes*, salvo que rechacen la acción, caso en el cual sólo lo tienen entre partes.

Por su parte, Zannoni participa de la opinión que distingue entre los efectos relativos de la cosa juzgada y la oponibilidad *erga omnes* del título que la sentencia constituye o modifica, que puede ser impugnado por quienes no intervinieron en el proceso.

Finalmente, Mazzinghi comparte la posición de Colin y Capi-tant, Cicu y Busso, distinguiendo entre la sentencia y el título que ella comporta, de modo que la primera hace cosa juzgada sólo entre partes, y el segundo produce efectos universales, pero no amparados por la autoridad de la cosa juzgada. Le parece atinada también la aclaración que formulé en una obra anterior y sobre la que volveré en el ap. f, según la cual debe distinguirse entre la sentencia que rechaza la acción de estado y la que la acoge favorablemente.

e) *OTRAS POSICIONES.* Fuera de las enunciadas, se han sostenido también otras posiciones respecto de este problema. En el derecho francés, de Loynes, seguido por Chéneaux y por Baudry-Lacantinerie, sostuvo que al no ser aplicable el art. 1351 del Cód. Civil en materia de estado y capacidad de las personas, no hay regla general aplicable en la materia, y debe ser decidida en cada caso según las reglas legales y los principios consagrados. Del mismo parecer es, en nuestro derecho, Borda, para quien en principio no se puede prescindir de la regla general de que las sen-

tencias sólo tienen efectos entre partes, pero en ciertos casos –que en razón de la diversidad de naturaleza de las acciones de estado deben ser resueltos con criterio eminentemente circunstancial– debe aceptarse la existencia de excepciones en las que ha de reconocerse la eficacia *erga omnes*.

En nuestro país, Alsina entendía que la sentencia que admite la demanda produce cosa juzgada *erga omnes*, porque afecta el orden público, representado en el proceso por el Ministerio Fiscal; en cambio, la que rechaza la demanda sólo tiene efectos entre partes porque no lo afecta, ya que no modifica ninguna situación anterior.

f) *CONCLUSIONES*. En coincidencia, en este aspecto, con la opinión de Fassi, consideró que en todo este problema se ha producido una confusión de la generalidad de la doctrina, que tiene por base un falso planteo ya casi milenario: el de la eficacia *inter partes* o *erga omnes* de la sentencia de estado, cuestión más bien de índole procesal que en esta materia no es útil para resolver problema alguno, ya que de lo que se trata es de un problema de fondo, el de la oponibilidad del estado de familia o del título que lo acredita.

La teoría del legítimo contradictor, que no tiene un origen genuinamente romano sino que es una creación de los glosadores, ni tiene base en los textos en que se la pretende fundar ni conduce a resultados valiosos. Los textos romanos –fuera de aludir al estado de libertad, que ya no es un elemento del estado de las personas– se limitaban a reconocer la autoridad de la cosa juzgada en las sentencias que a él aludían y a establecer como requisito de eficacia de esas sentencias que el proceso haya sido tramitado con contradictor legítimo, sin referirse para nada a la pretendida eficacia *erga omnes* de la sentencia. Por otra parte, algunos de los autores que la aceptaron posteriormente la vincularon con la indivisibilidad del estado de familia; pero tal teoría se halla en pugna con la indivisibilidad, pues al admitir el efecto *inter partes* de la sentencia dictada sin contradictor legítimo lleva a la posibilidad de que el estado sea uno para las partes del juicio en que se discutió y otro para los terceros; inclusive alcanzó al absurdo de aceptar que un hijo lo sea legítimo de su madre y adulterino de su padre.

Respecto del sistema de la autoridad relativa, si bien se ajusta a un principio exacto, carece de fundamentos que expliquen las

excepciones que reconoce. Respecto de las sentencias constitutivas, parece atrayente el criterio de que por crear un estado nuevo producen efecto *erga omnes*, pero su falsedad queda demostrada por la circunstancia de que no siempre lo crean (también lo modifican, como la sentencia de divorcio, o lo extinguen, como la de revocación de la adopción) y de que, aun cuando lo creen, no impiden una posible acción ulterior tendiente a desconocer sus efectos, como ocurre en la adopción, que puede ser destruida por una acción de nulidad (art. 337, Cód. Civil, texto según ley 24.779), o en la de separación personal, cuyos efectos podría hacer cesar el tercero interesado que obrase fundado en la reconciliación de los separados, que deja sin efecto la sentencia (art. 234, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

En lo referente a las dictadas en acciones reservadas a personas determinadas, las vacilaciones doctrinales ponen de manifiesto su endeblez. En realidad, no era más que una forzada explicación de la eficacia universal del desconocimiento de paternidad, que tenía otro fundamento: si la sentencia rechazaba la demanda, la acción no podía volver a ser entablada si no había otro legitimado para hacerlo, ya que los sucesores del marido sólo podían promoverla si éste hubiera fallecido antes de que caducase sin ejercitarla; si admitía la demanda, el hijo quedaba definitivamente desplazado de su calidad de legítimo porque no se concibe que el título destruido pueda ser nuevamente creado. En el derecho argentino ya no se trata de acción reservada a un único legitimado, pues el art. 259 (texto según ley 23.264) admite también que la acción la promueva el hijo.

En cuanto a las sentencias que destruyen el estado, su eficacia universal es evidente, pero por la razón expresada, suficiente para desvirtuar el pretendido principio. Con relación a los supuestos discutidos, la eficacia frente a los sucesores de las partes no es, desde el punto de vista procesal, una excepción al principio de autoridad relativa; y la oponibilidad a los parientes nacidos después de la sentencia dictada con intervención de todos los parientes vivos no constituye sino una manera de resucitar para aquéllos la teoría del contradictor legítimo.

El sistema de la autoridad absoluta de la sentencia, aparentemente acorde con el principio de indivisibilidad del estado de fa-

milia, también conduce, si se lo aplica ciegamente, a resultados absurdos. Tal cosa puede apreciarse en los casos en que una acción se otorga a varias personas y la demanda es rechazada. Si se aceptase este sistema, la sentencia haría cosa juzgada respecto de los demás legitimados. Así, por ejemplo, en un matrimonio afectado por un impedimento dirimente en que alguno de los habilitados para el ejercicio de la acción la promoviera y no pudiese acreditar la existencia del impedimento; si la sentencia tuviera efectos *erga omnes*, la colusión entre las partes para no aportar la prueba necesaria o el simple fracaso de la prueba intentada consolidarían el matrimonio.

De tal modo, los bigamos podrían consolidar su matrimonio viado por este simple medio, y el rechazo de la acción de nulidad entablada por el segundo cónyuge del bigamo que no ha podido obtener la prueba del primer matrimonio privaría al cónyuge del primer matrimonio —que tiene la partida en su poder— de reclamar la nulidad.

La deficiencia de este sistema se aprecia también en los casos en que la sentencia suple o integra el acto voluntario de emplazamiento en el estado de familia; si se aceptase que tal sentencia tiene efecto *erga omnes*, el reconocimiento judicial de filiación extramatrimonial basado en la posesión de estado o en el allanamiento del demandado no podría luego ser contestado, a diferencia del reconocimiento voluntario, lo que proporcionaría medios muy simples de hacer aceptar una filiación en desacuerdo con la realidad biológica cerrando el camino a discusiones ulteriores.

Las disposiciones que parte de la doctrina y de la jurisprudencia invocan para apoyar el criterio impugnado, o no son aplicables o no tienen el sentido que se pretende. La aplicación de las Partidas podía aceptarse cuando regía el art. 814 del Cód. de Procedimiento Civil de la Capital Federal —derogado por el art. 95 de la ley 14.237—, que mantenía la vigencia de las anteriores leyes de enjuiciamiento en tanto no se opusiesen a aquel Código, mas no luego, pues toda la legislación española de fondo y de forma ha quedado sustituida por la nacional, cuyos claros deben ser llenados con arreglo a lo dispuesto en el art. 16 del Cód. Civil, y no acudiendo al derecho anterior. La nota de Vélez Sársfield a los arts. 1102 y 1103 tampoco apoya este criterio, pues además de referirse al problema de las relaciones entre la acción penal y la civil, no deriva escándalo jurídico de sentencias sucesivas dictadas entre

distintas partes, pero que no establecen situaciones contradictorias vigentes simultáneamente. Y el art. 146 del Cód. Civil regula una cuestión de capacidad, y no de estado, con fundamentos obvios que no son extensibles a otras situaciones: la necesidad de evitar que una persona sea molestada con denuncias de insania sucesivas cuando, mediante el auxilio del informe de peritos médicos, los tribunales han establecido que no estaba demente.

Por otra parte, no puede darse por comprobado que el pensamiento del codificador fuese favorable a la teoría de la autoridad absoluta cuando desechó todas las normas que la establecían —con el requisito de la intervención del contradictor legítimo— del Proyecto de Freitas, una de sus fuentes fundamentales. En lo relativo a la atribución legal del ejercicio de ciertas acciones a determinadas personas, es una cuestión circunstancial, pues otras se atribuyen a todo interesado; además, la distinción entre aquéllas y éstas no sería un criterio útil pues hay algunas, como por ejemplo la de reclamación de filiación extramatrimonial, aun reservadas a una persona —en ese caso el hijo, por lo menos mientras viva—, en las que no se halla razón suficiente para impedir el posterior desconocimiento por quienes pueden también desconocer el reconocimiento voluntario.

Con mayor razón debe ser desechado el criterio empírico que niega la posibilidad de elaborar una teoría unitaria de las acciones de estado y deja la solución librada a cada caso, pues no se trata de la apreciación de hechos sino de un problema jurídico en el cual las decisiones judiciales pueden ser orientadas por una doctrina que aun a falta de pautas legales puede perfectamente ser construida.

En la correcta dilucidación del problema deben distinguirse tres supuestos: el de rechazo de la demanda, el de sentencia que emplaza en el estado de familia y el de sentencia que desplaza del estado de familia.

Si la sentencia rechaza la demanda, ella sólo puede tener efectos entre las partes y sus sucesores, pues si su desafortunado ejercicio privase a los demás legitimados del derecho de entablarla nuevamente se afectaría groseramente la garantía de la defensa en juicio de los últimos (art. 18, Const. nacional), quienes no podrían hacer valer sus derechos a pesar de no haber quedado extinguidos por ninguna causa legal. Claro está que ordinaria-

mente en las acciones de reclamación de filiación la cuestión tendría punto final porque faltará quien pueda volver a ejercer la acción, pero confundir esa situación con la cosa juzgada *erga omnes* es un desenfoque del asunto, ya que lo que ocurre es que falta acción en quienes no son sus dueños, sea absoluto o relativo el efecto de la cosa juzgada.

Cuando la sentencia emplaza en el estado de familia, no es ella en sí la que tiene efecto *erga omnes*, sino el título de estado que configura. Pero ese título puede ser impugnado por las personas a las que la ley habilita para hacerlo, lo mismo que el título de estado que no ha sido creado por sentencia judicial. Juega aquí el principio de oponibilidad del estado de familia, que hace que su título produzca efectos activa y pasivamente, es decir, que pueda ser opuesto por quien lo ostenta a todos los terceros y que también pueda ser opuesto por éstos a aquél; pero que no impide que el título pueda ser privado de sus efectos mediante la pertinente acción de desplazamiento del estado de familia.

Finalmente, la sentencia que desplaza del estado de familia tiene efectos *erga omnes* porque destruye un título de estado, y no es posible concebir que ese título continúe valiendo para quienes no fueron parte en el juicio. Aquí es decisivo el carácter indivisible del estado de familia, que impide que así pueda suceder, pues no es posible que se continúe teniendo un estado frente a quienes no actuaron en el proceso y se lo pierda frente a los que fueron parte en él.

Pero debe aclararse que, sea que la sentencia emplace en el estado de familia o desplace de él, es requisito de su validez que haya sido dirigida contra todas las personas que por disposición legal o por la naturaleza de las cosas debieron ser demandadas. Así, la sentencia de filiación legítima dictada en juicio seguido contra uno solo de los padres, contraviniendo el art. 254 del Cód. Civil, es ineficaz aun con relación a quien fue demandado; contrariaría el principio de indivisibilidad que se fuese hijo legítimo de uno de los cónyuges y extraño con relación al otro. Lo mismo ocurriría si se anulase un matrimonio en acción entablada contra uno solo de los cónyuges; en virtud de igual principio y de una lógica elemental no podría considerarse al que no intervino en el juicio como casado y a quien fue demandado como soltero. En términos generales, se trata de situaciones de litisconsorcio

pasivo necesario porque la sentencia no puede ser dictada útilmente más que con relación a varias partes (art. 89, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Alsina, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Bs., As., Ediar, 1961.
- Cicu, Antonio, *La filiación*, tr. de Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Teijeiro, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930.
- Crespi, Jorge E., *Cosa juzgada en los procesos de estado de familia*, "Enciclopedia de derecho de familia, t. I, p. 741.
- *La cosa juzgada en el derecho de familia*, Bs. As., Depalma, 1980.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *La cosa juzgada en materia de estado: su efecto erga omnes*, JA, 1942-II-612.
- *La determinación procesal del estado de familia: necesidad de juicio ordinario*, JA, 1953-I-194.
- *Las acciones de estado de familia*, JA, 1954-IV-7, secc. doctrina.
- *Las acciones de estado relativas al matrimonio*, JA, 1950-I-13, secc. doctrina.
- *Replanteamiento y reiteración del efecto erga omnes de la cosa juzgada en materia de estado*, JA, 1949-IV-475.
- Fanzolato, Eduardo I., *La mediación familiar*, en "Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield", Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, p. 261.
- Fassi, Santiago C., *Autonomía de la acción de estado acumulada a otra acción típica*, LL, 107-90.
- *Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, t. I, Bs. As., Astrea, 1971.
- Karila de Van, Juliana, *Chose jugée*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", Répertoire de droit civil, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1996.
- Kielmanovich, Jorge L., *Procesos de familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo V. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.
- Topor, Lucienne, *État et capacité des personnes*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", Répertoire de droit civil, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1990.
- Torres-Rivero, Arturo L., *Derecho de familia. Parte general*, t. II, Procesos de estado de familia, Caracas, 1970.

CAPÍTULO VI

EL ACTO JURÍDICO FAMILIAR

§ 29. *CONCEPTO.* – La definición del art. 944 del Cód. Civil dice: “*Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos*”.

Para que se configure el acto jurídico es necesaria, pues, la reunión de los siguientes elementos: *a)* que se trate de un acto, es decir, de un hecho humano, en el sentido de que consiste en una acción del hombre y por oposición a los hechos naturales, exteriores o externos, que ocurren con prescindencia de esa acción; *b)* que sea un acto voluntario, considerado como tal el ejecutado con discernimiento, intención y libertad (art. 897, Cód. Civil), o, con más precisión y claridad, el imputable a su autor, en el sentido de que éste haya actuado como persona, y no como un agente puramente material; *c)* que sea un acto lícito, esto es, no prohibido por la ley (art. 898, Cód. Civil), o, más bien, conforme al derecho objetivo, ya que la ilicitud civil deriva, en general, de que el acto ocasione un daño a un tercero (art. 1109, Cód. Civil), y no de una prohibición legal expresa, y *d)* que tenga un fin específicamente jurídico, el de establecer una relación jurídica entre las personas, o el de crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos subjetivos.

A esos cuatro elementos resultantes de la definición legal cabe añadir un quinto, la consagración legal de ese fin jurídico, consagración que por lo menos debe ser la genérica contenida en el art. 1197 del Cód. Civil. En efecto, no bastaría para la caracte-

rización del acto jurídico la calidad de acto voluntario lícito cumplido con una finalidad jurídica si esa finalidad no estuviese autorizada o por lo menos no prohibida por la ley, ya que sin necesidad de que el acto sea ilícito puede la ley privarlo de efectos. Situaciones tales suelen darse en derecho de familia. Por ejemplo, el acuerdo de voluntades de un hombre y una mujer hábiles para contraer matrimonio entre sí por el cual se comprometen a hacerlo dentro de cierto plazo bajo sanción del pago de una multa es un acto voluntario lícito otorgado con un fin específicamente jurídico, mas no es acto jurídico porque la ley lo priva de efectos como tal (art. 165, Cód. Civil, texto según ley 23.515); lo mismo ocurre con la donación hecha por la novia al novio en la convención prenupcial (arts. 1217, inc. 3, y 1218, Cód. Civil).

La relación jurídica que el acto jurídico tiende a establecer puede ser una relación jurídica de derecho de familia; o el derecho subjetivo cuya creación, modificación, transferencia, conservación o extinción persigue, puede ser un derecho subjetivo familiar. En tales casos cabe la denominación de "acto jurídico familiar". Por lo tanto, acto jurídico familiar es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas familiares, o crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos subjetivos familiares, en tanto la obtención de ese fin por la voluntad de los particulares esté admitida por la ley.

La terminología alemana, italiana y española difiere de la argentina en esta materia, ya que califica de acto jurídico al acto voluntario lícito en general, reservando la denominación de "negocio jurídico" para nuestro acto jurídico. En la doctrina de esos países es, pues, negocio jurídico la manifestación de voluntad dirigida a la consecución de un fin amparado por el derecho. De ahí que en lugar de acto jurídico familiar se hable de "negocio jurídico familiar" o "negocio jurídico del derecho de familia". La doctrina francesa utiliza, en cambio, la misma expresión que el derecho argentino, acto jurídico (*acte juridique*). Pero las distintas denominaciones no implican diferencias conceptuales, por lo que aun en nuestro derecho algunos autores utilizan la expresión negocio jurídico como equivalente de acto jurídico.

Fuera del campo de los actos jurídicos (o negocios jurídicos) queda el resto de los actos voluntarios lícitos que no constituyen actos jurídicos por faltarles el fin específicamente jurídico (actos

jurídicos de la doctrina alemana, italiana y española), sin denominación específica en nuestro derecho, actos simplemente lícitos, simples actos lícitos o actos meramente lícitos, a que alude el art. 899 del Cód. Civil.

Tales actos comprenden –según la doctrina alemana, italiana y española recogida por algunos autores argentinos– dos grupos: los simples actos lícitos que se asemejan a los actos jurídicos (actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos, en la mencionada doctrina extranjera), actos cuyos efectos jurídicos dependen exclusivamente de la ley y que pueden ser ejecutados con la voluntad de producir un resultado de derecho o sin ella, y los actos reales, o actos lícitos que no procuran un resultado jurídico sino un resultado material o de hecho (p.ej., el hallazgo de un tesoro, la especificación, la tradición, los actos posesorios, la elaboración de una obra intelectual o inmaterial, etcétera).

A su vez, en los actos lícitos semejantes a los actos jurídicos se comprenden los siguientes tipos fundamentales: *a*) las exteriorizaciones de voluntad, actos voluntarios lícitos que sin estar dirigidos como fin inmediato a alcanzar efectos jurídicos, los producen porque la ley los atribuye a una exteriorización de la voluntad (p.ej., intimaciones, autorización o aprobación de un acto jurídico, oposición a un acto jurídico); *b*) exteriorizaciones de conocimiento, o de ciencia (v.gr., reconocimiento de un derecho), y *c*) exteriorizaciones de sentimientos (perdón del cónyuge culpable por el ofendido, del eventual indigno o del que puede ser desheredado). La diferenciación entre los actos jurídicos y los simples actos lícitos es con frecuencia imprecisa, pero esa imprecisión no da lugar a dificultades prácticas, porque en los casos dudosos se justifica más la aplicación analógica de las normas legales relativas a los actos jurídicos.

Como ejemplos de actos reales en el derecho de familia, pueden citarse la reconciliación de los cónyuges separados, la percepción por los padres de frutos de los bienes de sus hijos bajo potestad, o la de frutos de los bienes de un cónyuge por el otro en virtud de mandato expreso o tácito de administración (art. 1276, Cód. Civil, texto según ley 17.711). En cuanto a los actos lícitos semejantes a los actos jurídicos, serían exteriorizaciones de voluntad la venia para contraer matrimonio (art. 168, Cód. Civil, texto según ley 23.515), el asentimiento para los actos de disposición

del cónyuge (art. 1277, Cód. Civil, texto según ley 17.711) o la oposición a la celebración del matrimonio (art. 176 y ss., Cód. Civil, textos según ley 23.515); exteriorización de conocimiento, el acto del marido de reconocer o dar su apellido en la partida de nacimiento al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio (art. 260, Cód. Civil, texto según ley 23.264); y exteriorización de sentimientos, el perdón por el cónyuge ofendido del que ha incurrido en causales legales de separación personal o divorcio.

§ 30. *NATURALEZA.* – El acto jurídico familiar no constituye una categoría distinta del acto jurídico en general sino una especie de este género, caracterizada por la parte del derecho civil a la cual corresponden las relaciones jurídicas o los derechos subjetivos sobre los cuales versa.

No hay, pues, diferencia sustancial o estructural entre acto jurídico y acto jurídico familiar. En otras palabras, puede decirse –con Díaz de Guijarro– que existe unidad sustancial entre uno y otro; puesto que el derecho de familia integra el derecho civil, la teoría general de los actos jurídicos comprende al acto jurídico familiar y es aplicable a éste a falta de reglas legales especiales. La distinción no radica en la sustancia sino en el objeto, en la especificidad de su fin inmediato, que es un fin relacionado con el derecho de familia.

Sin embargo, el carácter imperativo de la inmensa mayoría de las normas del derecho de familia influye decisivamente sobre el acto jurídico familiar, haciendo que en muchos casos –pero especialmente en los actos de emplazamiento en el estado de familia– sus efectos o consecuencias estén exclusivamente reglados por la ley, y que el juego de la voluntad humana se limite al otorgamiento o no otorgamiento del acto. De ahí la existencia de corrientes doctrinales negativas del acto jurídico familiar.

Siempre que el acto tenga la finalidad específica de establecer una relación jurídica familiar o de crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos subjetivos familiares, y la obtención de esa finalidad esté admitida por el ordenamiento jurídico, es un acto jurídico familiar. No excluye su carácter de tal la circunstancia de que en ciertos casos sus efectos no puedan ser modificados por los otorgantes del acto, lo mismo que no deja de ser

acto jurídico el que tiene por objeto crear o transferir un derecho real, porque el contenido de éste se halle exclusivamente determinado por la ley; en este aspecto, todo depende del carácter imperativo o supletorio de las normas legales, cualquiera que sea la parte del derecho civil al cual correspondan.

Por otra parte, en las meras exteriorizaciones de voluntad, o bien aquel fin específico falta, o bien las consecuencias jurídicas se producen independientemente de su existencia. Así, la intimación al pago de lo adeudado persigue normalmente, como fin específico, el cumplimiento de la obligación; sin embargo, sus consecuencias son la constitución en mora del deudor (art. 509, Cód. Civil, antiguo texto) o la suspensión de la prescripción (art. 3982, párr. segundo, Cód. Civil, texto según ley 17.711). La oposición a la celebración del matrimonio persigue como fin específico impedir el establecimiento de la relación jurídica matrimonial y no establecer relaciones jurídicas ni crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos subjetivos. En cambio, el matrimonio celebrado en la forma dispuesta por la ley persigue como fin específico la creación del vínculo conyugal, esto es, establecer una relación jurídica de derecho de familia, y tiene esa consecuencia por ser el acto previsto por la ley para producirla.

§ 31. *EL ACTO JURÍDICO FAMILIAR EN LA DOCTRINA.* — En general, pocas son las referencias que se encuentran en la doctrina europea al acto (o negocio) jurídico familiar. Predominan los autores que en la clasificación de los actos jurídicos contraponen los patrimoniales y los familiares, cayendo en el error de no advertir que se trata de conceptos no necesariamente antitéticos, pues responden a criterios clasificativos diferentes. Por un lado, el acto jurídico puede ser patrimonial o extrapatrimonial, según que su objeto sean relaciones jurídicas o derechos subjetivos sujetos a apreciación pecuniaria o no; por otro, puede ser de derecho de obligaciones, de derechos reales, de derecho de familia o de derecho sucesorio, según la parte del derecho civil en el cual las relaciones jurídicas o derechos subjetivos contemplados en el acto jurídico estén legisladas. Por lo tanto, resulta perfectamente posible la existencia de actos jurídicos que sean a la vez familiares y patrimoniales (p.ej., la convención prenupcial o el convenio sobre fijación de la cuota de alimentos).

En cuanto a la doctrina argentina, aun cuando no la integre, no puede dejar de señalarse que el antecedente más remoto vinculado con ella, aunque limitado a la enunciación de los distintos tipos de actos jurídicos con relación a su objeto, se halla en el *Esboço* de Freitas. Dice, en efecto, la nota a su art. 437: “En referencia a la legislación actual, he aquí una descripción sumaria de los actos jurídicos: En los derechos personales de las relaciones de familia: Esponsales y pactos nupciales. Matrimonio. Emancipación. Reconocimiento de hijos naturales. Adopciones. Aceptación y exoneración de tutelas y curatelas”. Y continúa enunciando los actos jurídicos “en los derechos personales de las relaciones civiles”, “en los derechos reales”, “en los derechos de sucesión hereditaria” y “en los derechos del procedimiento”.

El primer autor que utilizó en nuestro país la denominación “acto jurídico familiar” fue Lafaille, quien advirtió que aunque en mucho menor medida que en los derechos patrimoniales, se encuentran dentro de los derechos de familia actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato producir alguno de los efectos que menciona el art. 944 del Cód. Civil, actos que pueden ser bilaterales o unilaterales y que pueden engendrar consecuencias en el orden de la familia en la medida en que las permite el legislador. Entre sus características señaló que una vez celebrado el acuerdo en los bilaterales o exteriorizada la intención en los unilaterales, ya sus efectos derivan sólo de la ley y no pueden ser restringidos por la voluntad de los particulares, lo que lo llevó a compararlos con los contratos de adhesión por el mero asentimiento a un estatuto prefijado; que el carácter restringido de la voluntad individual en esta rama del derecho imposibilita atribuirles eficacia fuera de casos muy especiales; que no es posible sujetarlos a condiciones o modalidades; y que su carácter personalísimo ha inducido a muchas legislaciones –no a la nuestra– a excluir la representación.

En su momento, Orgaz y López Olaciregui se limitaron a reiterar la equívoca clasificación de los actos jurídicos en familiares y patrimoniales, según que sus efectos se ubiquen en el derecho de familia o en el patrimonial, o según tengan por objeto, respectivamente, constituir y reglar –dentro de los estrechos límites en que la ley lo permite– situaciones o intereses vinculados con el estado de las personas en la esfera de la familia, o bien que tengan un contenido económico.

Por su parte, Molinario expresó incidentalmente que hay actos jurídicos constitutivos de estado –como el matrimonio y el reconocimiento de hijos– y otros que no lo son. Guastavino definió a los actos jurídicos familiares como “los actos humanos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato crear, modificar, ejercer, conservar o extinguir relaciones jurídicas de familia”, señalando que cada rama del derecho suscita un tipo específico de acto jurídico, sin perjuicio de su concepto unitivo y genérico. Distinguió entre actos de emplazamiento en el estado de familia o constitutivos de estado y actos de mero ejercicio del estado, personales y patrimoniales, unilaterales y bilaterales. Se refirió también a sus formalidades, sus elementos esenciales –sujeto, objeto y forma–, sus modalidades y la posibilidad de representación.

A su vez, Spota utilizaba la expresión “negocio jurídico familiar” o “negocio del derecho de familia”, pero no examinó su concepto ni sistematizó su estudio.

Asimismo, Méndez Costa se refiere incidentalmente a los actos jurídicos de familia o negocios jurídicos de familia al estudiar, como acto jurídico, la emancipación por habilitación de edad. Precisamente, lo encuadra entre aquéllos al tomar como criterio distintivo, no el efecto familiar a producir –que, en el caso, estima secundario e indirecto– sino el ejercicio de un derecho subjetivo de familia.

Pero el mayor desarrollo de la teoría general del acto jurídico familiar en la doctrina nacional proviene de Díaz de Guijarro, quien en dos oportunidades se refirió al estado de la doctrina nacional y extranjera a su respecto e hizo el estudio de los actos que pueden considerarse de tal carácter. Díaz de Guijarro trató de precisar la definición del acto jurídico familiar, partiendo de la del acto jurídico contenida en el art. 944 del Cód. Civil. Dijo así que “son actos jurídicos familiares los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares”.

Esta definición se explica porque este autor consideraba que los indicados son los únicos fines que pueden tener los actos jurídicos familiares, así que del mismo modo que el art. 944 enuncia los posibles objetos del acto jurídico en general, su definición indica los del acto jurídico familiar. Entendía que los actos jurídi-

cos familiares crean derechos y los modifican –lo mismo que los actos jurídicos en general–, pero no los transfieren, ni los conservan ni los aniquilan; no los pueden transferir ni conservar porque los derechos de familia son intransmisibles y se conservan con independencia de la voluntad de las partes, ni los pueden extinguir porque la voluntad humana es inocua para lograr esa finalidad por sí misma.

* § 32. **CLASIFICACIÓN.** – Los actos jurídicos familiares pueden ser clasificados según distintos criterios, algunos de los cuales son aplicación de las clasificaciones de los actos jurídicos en general, y otros son propios de este tipo de actos. Se distinguen así:

a) **ACTOS JURÍDICOS FAMILIARES PERSONALES Y PATRIMONIALES.** Son personales y patrimoniales según versen sobre relaciones jurídicas o derechos subjetivos sin contenido económico o con él, respectivamente. Por ejemplo, sería personal el convenio entre padres separados sobre la guarda de los hijos, y patrimonial la convención prenupcial o la reconstitución de la sociedad conyugal disuelta. Sin embargo, existen casos en que a la vez el acto se refiere a relaciones personales y patrimoniales, o por lo menos tiene consecuencias patrimoniales, sin que por eso deje de ser primordialmente personal. El propio matrimonio, además de establecer el vínculo conyugal, da nacimiento al régimen matrimonial.

b) **ACTOS JURÍDICOS FAMILIARES UNILATERALES Y BILATERALES.** Se aplica el criterio clasificativo de los actos jurídicos en general, según los términos del Código Civil, es decir, que para su formación se requiere la voluntad de una sola persona o la concordante de dos o más (art. 946, Cód. Civil). Con mayor precisión, según que se formen con sólo la voluntad de una parte –integrada por una o varias personas, pero que actúan siempre en una misma dirección y por un mismo interés–, o la concordante de dos o más partes que se mueven autónomamente y por interés distinto, por lo que se los ha denominado también “uniparciales” y “pluriparciales”. Se dan como ejemplos de acto jurídico familiar unilateral el reconocimiento de hijo extramatrimonial, y de acto jurídico familiar bilateral, el matrimonio.

c) **ACTOS JURÍDICOS FAMILIARES SOLEMNES Y NO SOLEMNES.** Esta clasificación surge de la forma establecida por la ley sea una con-

dición de existencia del acto (como en el matrimonio) o sólo un requisito de prueba de su otorgamiento (como el reconocimiento de hijo extramatrimonial).

d) *ACTOS DE EMPLAZAMIENTO EN EL ESTADO DE FAMILIA Y DE EJERCICIO DEL ESTADO O QUE REGULAN FACULTADES EMERGENTES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.* Fundamental relevancia asumen, entre los actos jurídicos familiares, los que emplazan en el estado de familia, esto es, aquellos que constituyen el título del estado de familia. De ahí que se los considere particularmente, oponiéndoles bien los actos de mero ejercicio del estado o bien los que regulan facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares.

Al acto jurídico de emplazamiento en el estado de familia lo definió Díaz de Guíjarro como “el acto formal que tiene por fin fundar una familia o establecer la posición de las personas dentro de la misma”. Consideraba que requiere tres elementos: presupuesto biológico, voluntad humana e intervención del funcionario público. El presupuesto biológico estaría dado en el matrimonio por la aptitud nupcial, en la filiación por la procreación y en la adopción por la carencia de hijos.

La voluntad humana es esencial, pues sin ella no hay acto jurídico. En ciertos casos lo es también la intervención del funcionario público, ya que no hay matrimonio sin actuación del oficial público encargado del Registro Civil ni hay adopción sin sentencia judicial que la decrete. Mas no siempre ocurre así, pues hay actos jurídicos familiares que pueden ser otorgados sin intervención de funcionario público alguno: tal el reconocimiento de hijo extramatrimonial, que puede hacerse por instrumento privado o por testamento ológrafo (art. 248, incs. 2 y 3, Cód. Civil, texto según ley 23.264).

En modo alguno puedo compartir que siempre exista un presupuesto biológico en el acto de emplazamiento en el estado de familia. Podría considerarse presupuesto biológico del matrimonio la diferencia de sexos, mas no la aptitud nupcial, que está integrada por elementos tan alejados de la biología como la inexistencia de un vínculo matrimonial anterior subsistente. Tampoco es presupuesto biológico de la adopción la carencia de hijos, requisito que es exigido por algunas legislaciones y no por otras, y que en nuestro derecho suprimió el art. 4° de la ley 19.134, cri-

terio mantenido por la ley 24.779. Luego, únicamente forzando los razonamientos puede considerarse al presupuesto biológico como elemento de este tipo de actos; sólo existe claramente en el reconocimiento de hijo extramatrimonial, que supone un vínculo de sangre anterior.

Tampoco me parece exacto contraponer a los actos de emplazamiento los de ejercicio del estado, ni los que regulan facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares. En cuanto al primer criterio, baste señalar que hay actos jurídicos familiares que no son de emplazamiento ni de ejercicio del estado. Por ejemplo, la convención prenupcial no emplaza en estado de familia alguno, y en las legislaciones que sólo permiten celebrarla antes del matrimonio (así en el art. 1217, Cód. Civil) no importa el ejercicio del estado matrimonial, que aún no ha sido constituido, ni de ningún otro.

Por lo que respecta al segundo criterio, tiene por base la idea de que el acto jurídico familiar no es apto para transferir, conservar ni aniquilar derechos (ver § 29). A mi juicio, no es así. Es cierto que los derechos subjetivos familiares no pueden ser transferidos porque son inalienables, pero del acto jurídico familiar puede derivar la transmisión de derechos subjetivos extrafamiliares; así, la convención prenupcial puede contener donaciones del esposo a la esposa (art. 1217, inc. 3, Cód. Civil), de manera que una de sus finalidades puede ser la transferencia del derecho de dominio. Del mismo acto puede derivar la conservación de derechos: ello ocurre en las legislaciones que permiten la opción por diversos regímenes matrimoniales o reservas de administración de bienes, donde cabe, por ejemplo, la conservación del derecho exclusivo sobre los frutos de los bienes de los cónyuges mediante la opción por el régimen de separación de bienes, o la del derecho de administrar ciertos bienes; inclusive así ocurría en el texto originario de nuestro Código Civil, que permitía a la mujer reservarse la administración de un inmueble propio o de los donados por el esposo (arts. 1217, inc. 2, texto originario, y 1226 *in fine*), lo que implicaba la conservación del derecho de administrar, excluyendo así parcialmente la administración legal del marido (art. 1276, Cód. Civil, texto originario).

Finalmente, el acto jurídico familiar puede tener por fin inmediato la extinción de derechos subjetivos familiares: así, el requeri-

miento de separación personal o divorcio de común acuerdo por los esposos (arts. 205 y 215, Cód. Civil, textos según ley 23.515) importa la finalidad de obtener la extinción de buena parte de los derechos emergentes del matrimonio o de todos ellos, respectivamente, y el pedido de revocación de la adopción simple por mutuo acuerdo de adoptante y adoptado (art. 335, inc. *d*, Cód. Civil, texto según ley 24.779), la de aniquilar los derechos derivados de la adopción. Es que en esta materia deben ser distinguidos cuidadosamente los principios absolutos de los generales, que se dan en la mayor parte de los casos pero que admiten excepciones.

e) *ACTOS CONSTITUTIVOS Y DECLARATIVOS*. Los actos jurídicos de emplazamiento en el estado de familia pueden ser constitutivos o declarativos, según que creen un nuevo estado de familia (el matrimonio y la adopción), o que simplemente admitan la existencia de un estado anterior (el reconocimiento de hijo extramatrimonial). En el primer caso, tienen efectos para el futuro; en el segundo, los tienen retroactivos (al día de la concepción, en el caso citado).

Los demás actos jurídicos familiares son, en general, constitutivos, pero no puede desecharse la posibilidad de que los haya también declarativos. Lo sería, por ejemplo, la fijación convencional de una cuota de alimentos, especialmente cuando tiene vigencia a partir del momento anterior desde el cual los alimentos se adeudan, pero también si tiene efectos sólo para el futuro, pues se limita a establecer el monto de una obligación ya existente. En términos más generales, son actos declarativos los que aportan al derecho singular un *plus* existencial, pero no un cambio en sentido propio (p.ej., convenios sobre alimentos o sobre cuidado de los hijos), y constitutivos los que producen tal cambio propiamente dicho, que pueden a su vez ser positivos o negativos (v.gr., la designación de tutor por el padre y la renuncia a la tutela, respectivamente).

§ 33. *CUESTIONES REFERENTES AL SUJETO*. – Estas cuestiones se refieren a la capacidad, la representación y la voluntad del sujeto.

a) *CAPACIDAD*. La capacidad para el otorgamiento de actos jurídicos familiares se aparta en varios casos de las reglas generales del Código Civil acerca de la capacidad de obrar.

Así, el matrimonio puede ser celebrado por incapaces –los varones de más de dieciocho años y las mujeres de más de dieciséis, o los que sin haber alcanzado esas edades obtengan dispensa judicial (art. 167, Cód. Civil, texto según ley 23.515)– sin que se establezca un límite mínimo para la celebración con dispensa. Y el reconocimiento de hijos extramatrimoniales puede ser hecho por los menores adultos (art. 286, Cód. Civil).

b) **REPRESENTACIÓN.** En algunos ordenamientos jurídicos extranjeros está excluida la posibilidad de otorgar actos jurídicos familiares por medio de representantes o mandatarios. No ocurre lo mismo en el nuestro, donde si bien no se concibe la actuación de representantes legales, está prevista expresamente la posibilidad de otorgar actos jurídicos familiares por mandatario: así ocurre con el reconocimiento de hijos extramatrimoniales (art. 1881, inc. 6, Cód. Civil).

Sin embargo, se señala que se trata de un supuesto de representación impropia, donde se transmite la voluntad personal por medio de un portador de la voluntad o nuncio –que tal sería el mandatario habilitado para el otorgamiento de actos jurídicos familiares–, y no de representación propia, pues ésta involucra la sustitución de la voluntad de una persona por otra.

c) **VOLUNTAD.** En nuestro derecho no pueden señalarse peculiaridades especiales de la teoría de los vicios de la voluntad que sean aplicables a los actos jurídicos familiares en general; sólo las hay respecto de uno de tales actos, el matrimonio, donde se limitan los supuestos invocables de error (art. 175, Cód. Civil, texto según ley 23.515), pero no se trata de criterios extensibles a otros actos. Frente a otros derechos positivos se ha sostenido la exclusión del dolo como vicio consensual en el derecho de familia sobre la base de su exclusión legal respecto del matrimonio.

§ 34. **CUESTIONES REFERENTES AL OBJETO.** – Con respecto al objeto de los actos jurídicos familiares, se señala que debe ser lícito. Por lo tanto, cabe la investigación sobre la licitud o ilicitud de la causa u objeto –y la consiguiente nulidad en el segundo caso–, salvo para los actos personales respecto de los cuales la reglamentación legal disponga otra cosa.

En cuanto a los límites de los efectos de la autonomía de la voluntad en los actos jurídicos familiares, se ha sostenido la imposibilidad de otorgar actos innominados o atípicos, y la de modificar los efectos legales del acto.

Negaron la posibilidad de actos innominados o atípicos, es decir, no previstos en forma explícita en la ley, Messineo, Cariota Ferrara, Díez-Picazo y Ponce de León, y Lacruz Berdejo. Pero la falta de enunciación de los actos jurídicos familiares en la ley —enunciación que, por otra parte, no parece posible ni deseable, dada la gran variedad de objetos que pueden tener— y la circunstancia de que la teoría del acto jurídico familiar esté en plena formación, impiden aceptar totalmente este criterio. Ciertamente es que la voluntad humana no puede crear cualquier acto jurídico en el campo del derecho de familia, mas no por ello debe desecharse la posibilidad de otorgar actos a los cuales la ley no aluda pero que sean admisibles dentro de sus principios; así, se ha señalado como ejemplo de acto jurídico familiar el convenio de fijación de la cuota de alimentos, que sería un acto atípico, ya que no hay disposición legal alguna que se refiera a él.

En este sentido, Lafaille limitaba en general el alcance de la autonomía de la voluntad a la celebración del acto, señalando que sus efectos legales no pueden ser alterados; por su parte, Díaz de Guijarro aplicaba ese criterio a los actos de emplazamiento en el estado de familia. A su vez, el primero los consideró semejantes a los contratos de adhesión, en tanto el segundo negó esa semejanza, por pertenecer a zonas jurídicas separadas y por la diversidad de objetos, señalando también que la semejanza no debe establecerse por los efectos sino por la finalidad; de cualquier manera, no es lo mismo la adhesión de una parte a las cláusulas impuestas por la otra, que la de ambas a un estatuto legal forzoso.

En concreto, lo que cabe afirmar es que en el acto de emplazamiento en el estado de familia el margen de eficacia de la autonomía de la voluntad se limita al otorgamiento pero no puede alterar su contenido. Fuera de ello, tal autonomía queda restringida en otros casos por la prohibición de ciertos actos, por la mayor amplitud de los límites impuestos por la moral y buenas costumbres, y por la imperatividad de las normas jurídicas del derecho de familia, pero esa restricción debe ser determinada en cada caso sin que puedan establecerse criterios generales, y no autoriza a negar

la existencia de la autonomía privada en los actos jurídicos familiares; es un problema cuantitativo (frecuencia de normas imperativas), y no cualitativo (imposición de un estatuto jurídico sin hecho voluntario idóneo para generarlo).

§ 35. *CUESTIONES REFERENTES A LA FORMA.* – En los actos jurídicos familiares se acentúa el formalismo en razón de la trascendencia que dichos actos tienen para la sociedad, a punto tal que puede hablarse de un principio de solemnidad frente al de libertad de forma que impera en el resto del derecho privado.

También en algunos casos se complementan las formalidades con un sistema especial de publicidad, como el de los registros civiles, donde se inscriben los actos de emplazamiento en el estado de familia, la inscripción en el registro inmobiliario de la afectación al régimen del bien de familia y, en otros países, la inscripción de las convenciones matrimoniales o de las modificaciones del régimen matrimonial.

§ 36. *MODALIDADES.* – Suele afirmarse que los actos jurídicos familiares no pueden estar sujetos a modalidades (condición, plazo o cargo). Sin embargo, si ello es exacto para los actos de emplazamiento en el estado de familia y en determinados ordenamientos jurídicos positivos, no ocurre lo mismo en los demás actos.

La legislación argentina admite explícitamente la designación condicional de tutor (art. 384, Cód. Civil) y considera a la convención prenupcial y a las donaciones nupciales hechas bajo la condición implícita de que se celebre matrimonio válido (arts. 1238, 1240 y 1248, Cód. Civil). Luego, fuera de los actos de emplazamiento en el estado de familia (matrimonio, art. 193, Cód. Civil, texto según ley 23.515; reconocimiento de hijo extramatrimonial, art. 249, Cód. Civil, texto según ley 23.264; adopción, por extensión lógica), no puede afirmarse ni siquiera como principio general que las modalidades no estén admitidas.

§ 37. *PRINCIPALES ACTOS JURÍDICOS FAMILIARES.* – Sin que se pretenda una enumeración exhaustiva, pueden mencionarse como principales actos jurídicos familiares los siguientes:

a) *ESPONSALES*. La promesa bilateral de matrimonio (esponsales o esponsales de futuro) es un acto jurídico familiar en los países cuya legislación le asigna efectos jurídicos.

b) *MATRIMONIO*. El matrimonio es el más típico de los actos jurídicos familiares de carácter bilateral, ya que importa el fin inmediato de constituir la relación jurídica conyugal. Es, pues, acto de emplazamiento en el estado de familia y constitutivo.

c) *DIVORCIO Y SEPARACIÓN PERSONAL*. El divorcio y la separación personal provienen de sentencia judicial que los decreta, como consecuencia del ejercicio de la acción correspondiente por uno de los cónyuges o por ambos de común acuerdo. Sin embargo, no es inconcebible el divorcio por el mero acuerdo de los esposos, sin intervención judicial. En este caso, su carácter de acto jurídico familiar bilateral sería indudable. Lo mismo ocurre en los excepcionales regímenes jurídicos que admiten la disolución del matrimonio en virtud del repudio unilateral del marido, como en el derecho musulmán; en tal supuesto, habría un acto jurídico familiar unilateral.

Mas no es eso lo que ocurre en la generalidad de las legislaciones modernas. Aun cuando parte de ellas aceptan el divorcio absoluto o la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, y además la República Oriental del Uruguay el divorcio por la sola voluntad de la mujer, lo normal es que ni aquel acuerdo ni esta voluntad unilateral produzcan efectos por sí solos, sino que sea preciso obtener una decisión judicial tras el cumplimiento de determinados trámites. En esos casos, la presentación de uno o ambos cónyuges por la que se requiere el divorcio, importa –indudablemente– la promoción de una acción de estado de familia, la acción de divorcio o de separación de cuerpos. Sin embargo, a mi juicio también constituye un acto jurídico familiar, ya que persigue –como fin inmediato– la extinción de la relación jurídica conyugal y consiguientemente la de todos los derechos y deberes emergentes del matrimonio (en el divorcio absoluto), o bien la de algunos de esos derechos y deberes (en la separación de cuerpos).

Tales presentaciones judiciales o demandas son actos procesales –o, más precisamente, actos jurídicos procesales–, pero cuando su finalidad es la constitución, modificación, reconocimiento o extinción de un estado de familia, son también actos jurídicos fami-

liares. Existe, pues, una subespecie de actos jurídicos familiares, los actos jurídicos familiares-procesales, que se distinguen de los demás en que en lugar de producir sus efectos por sí mismos, sólo los producen cuando una sentencia judicial acoge la petición que implica cada uno de ellos. Por lo general son actos unilaterales, pero nada impide que sean bilaterales, como ocurre en la petición de separación o divorcio de común acuerdo y en el pedido de revocación de la adopción simple por mutuo acuerdo de adoptante y adoptado, manifestado judicialmente.

En nuestro derecho, sería un acto jurídico familiar-procesal bilateral la presentación conjunta de los cónyuges ante el juez por la cual se requiere que se decrete la separación personal o el divorcio (arts. 205 y 215, Cód. Civil, textos según ley 23.515), ya que tienen por fin inmediato –respectivamente– la extinción de parte sustancial de los derechos y deberes emergentes del matrimonio o su disolución, sin perjuicio de que lo sea unilateral la promoción de la separación o del divorcio contenciosos.

d) *CONVENCIÓN MATRIMONIAL*. La convención matrimonial, por la cual, en ciertas legislaciones, los futuros esposos acuerdan el régimen matrimonial o los cónyuges lo modifican, es un acto jurídico familiar bilateral de carácter patrimonial, como también lo son las donaciones nupciales o la constitución de dote, que pueden formar parte de aquella convención.

En el derecho argentino lo es, dentro del limitado campo que le reconoce el art. 1217 del Cód. Civil. También su modificación o revocación, otorgadas antes de la celebración del matrimonio (art. 1219, Cód. Civil).

e) *RECONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL*. Igualmente reviste el carácter de acto jurídico familiar de carácter bilateral y patrimonial el acto por el cual los esposos separados de bienes deciden reconstituir la sociedad conyugal (art. 1304, Cód. Civil).

f) *CONSTITUCIÓN DEL BIEN DE FAMILIA*. Es un acto jurídico familiar patrimonial la constitución del bien de familia (art. 34 y ss., ley 14.394), como también lo es su desafectación (art. 49, ley 14.394).

g) *RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL*. El reconocimiento de hijo extramatrimonial es un acto jurídico familiar unila-

teral (art. 249, Cód. Civil, texto según ley 23.264), ya que tiende al establecimiento de la relación jurídica paterno-filial.

h) **ADOPCIÓN.** La adopción es un indudable acto jurídico familiar bilateral en aquellos regímenes jurídicos donde requiere el consentimiento del adoptado o de sus representantes. En nuestro derecho, es un acto jurídico familiar-procesal unilateral, pues si bien tiene por fin inmediato la constitución de un vínculo jurídico entre adoptante y adoptado, no tiene efectos sino por medio de la sentencia judicial que la conceda. Sólo es bilateral en el supuesto de la adopción de un menor emancipado o mayor de edad, ya que para su otorgamiento requiere el consentimiento de éstos (art. 311, Cód. Civil, texto según ley 24.779).

La demanda de revocación de la adopción sería también un acto jurídico familiar-procesal, unilateral si es a pedido de adoptante o de adoptado, fundados en las causales legales (art. 335, incs. a, b y c, Cód. Civil, texto según ley 24.779), y bilateral si es por acuerdo de adoptante y adoptado (inc. d).

i) **CONVENIO SOBRE EL CUIDADO DE LOS HIJOS.** El convenio celebrado entre padres separados, por el cual se atribuye la guarda de los hijos o se fija el régimen de visitas para el que no ejerce la guarda, es un acto jurídico familiar bilateral.

j) **CONVENIO DE ALIMENTOS.** Igual carácter de acto jurídico bilateral, pero patrimonial, reviste el convenio entre alimentante y alimentado por el cual se fija la cuota de alimentos o se establecen reglas para su pago, acto cuyos efectos jurídicos son reconocidos en tanto no viole las prohibiciones de compensar la obligación alimentaria con otra, transigir sobre ella, renunciar o transferir el derecho a alimentos (arts. 374 y 1453, Cód. Civil).

k) **DESIGNACIÓN DE TUTOR O CURADOR.** Es acto jurídico familiar unilateral la designación, por el padre o madre, de tutor o curador para su hijo menor de edad o mayor incapaz, que en determinadas circunstancias puede ser hecha por testamento o por escritura pública, para tener efectos después de la muerte del padre o madre (arts. 383 y 479, Cód. Civil).

l) **RENUNCIA A LA TUTELA O LA CURATELA.** Igualmente es acto jurídico familiar unilateral la renuncia a la tutela y a la curatela, aun cuando no puedan tener efectos sino en caso de haber justa

causa y ser aceptadas por el juez (arts. 379; 455, inc. 1, y 475, parte segunda, Cód. Civil).

m) *EMANCIPACIÓN*. No es un acto jurídico la emancipación por matrimonio, sino una consecuencia de su celebración (art. 131, párr. primero, Cód. Civil). Pero ha sido caracterizada como acto jurídico familiar la emancipación por habilitación de edad.

n) *OTROS ACTOS JURÍDICOS FAMILIARES PROCESALES*. Fuera de la promoción de los procesos de divorcio y de adopción —ya mencionados— también constituyen actos jurídicos familiares la promoción de las demás acciones de estado de familia, como actos que tienen por objeto la constitución del estado, su reconocimiento —que en ciertos casos implica su conservación— o su extinción.

En cambio, no son —en mi concepto— actos jurídicos familiares otros considerados como tales por parte de la doctrina. Uno de ellos es el reconocimiento de hijo matrimonial. En nuestro derecho no existe tal reconocimiento, pues para que la filiación matrimonial exista basta con que el hijo haya nacido de la mujer casada dentro de los plazos legales (arts. 242, 243, 246 y concs., Cód. Civil); no es reconocimiento la inscripción del nacimiento en el registro del estado civil, que puede y debe ser hecha aun por extraños (art. 30, decr. ley 8204/63). Otro es la reconciliación de los cónyuges, que extingue la acción de separación personal o de divorcio o los efectos de la separación ya decretada (art. 234, Cód. Civil, texto según ley 23.515); considero que se trata de un acto real, lo mismo que la separación de hecho de los cónyuges, dado que en uno y otro caso se procura un resultado material o de hecho, y no un resultado jurídico.

§ 38. *LOS LLAMADOS “CONTRATOS DE DERECHO DE FAMILIA”*. — Parte de la doctrina alemana e italiana denomina “contrato de derecho de familia” al acto jurídico familiar bilateral. En nuestro país utilizaron la expresión Spota y Lagomarsino, quienes consideran que contrato de derecho de familia es el acto jurídico bilateral de contenido fundamentalmente familiar y encuadra en ese concepto a los esponsales, el matrimonio, la reconciliación, y el acuerdo de adoptante y adoptado para dejar sin efecto la adopción.

Existen varias posiciones acerca del concepto de contrato. Para la más restringida, se denomina “convención” al acto jurídico

bilateral, y “contrato” a la convención por la cual se crean obligaciones correlativas de derechos creditorios. Para un segundo criterio, el contrato sería la convención por la cual se crean, modifican, transmiten o extinguen obligaciones o derechos creditorios, pero quedarían excluidas las referentes a los derechos reales, pues en nuestro ordenamiento jurídico serían insuficientes, por sí solas, para producir su adquisición o constitución. Una posición algo más amplia comprende no sólo los actos jurídicos bilaterales referentes a derechos creditorios sino también los relativos a derechos patrimoniales en general, incluidos los derechos reales y aun los intelectuales. Por último, el criterio más extenso es el que trasunta la definición del art. 1137 del Cód. Civil (“*Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*”), tomado de Savigny, quien precisamente equiparaba el concepto de contrato al de convención, incluyendo aun actos de carácter extrapatrimonial, como el matrimonio, la emancipación y la adopción.

La doctrina nacional se ha plegado a alguna de esas posiciones, con la sola excepción de la última, que fue repelida por considerársela claramente desvirtuada por otras disposiciones del mismo Código; de manera que la extensión del concepto a lo extrapatrimonial, y en particular al matrimonio, es rechazada. Admitir la expresión “contrato de derecho de familia” implicaría, precisamente, aceptar el criterio unánimemente desechado de extender el concepto de contrato a lo extrapatrimonial, ya que da idea de especie del género contrato, y no de categoría diferente. En mi concepto, no es prudente llevar el vocablo más allá de las relaciones jurídicas de orden puramente económico. O bien la expresión impugnada se usa como un concepto distinto del contrato –lo que no concuerda con su origen y significado–, caso en el cual resulta innecesaria y contradictoria, porque los actos que en ella estarían comprendidos quedan mejor configurados como actos jurídicos familiares bilaterales; o bien envuelve una pretensión –aun inconsciente– de equiparar estos últimos con los puramente patrimoniales, lo que es inadmisibles en razón del contenido ético de las relaciones jurídicas familiares, que las separa netamente de las sólo económicas. Puede comprenderse que la noción de contrato se extienda al derecho de familia en países cuyos pueblos tienen sensibilidad muy

distinta de la nuestra, pero es indudable que esa extensión carece prácticamente de cultores en aquellos cuyo origen y evolución se nos aproxima más. No creo que la terminología jurídica pueda adoptar el uso de vocablos que resulten tan chocantes, además de imprecisos.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Aguiar, Henoch D., *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., Tea, 1950.
- Albaladejo, Manuel, *El hecho jurídico*, Oviedo, s/f.
- *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958.
- Allende, Guillermo L., *El acto jurídico real (con anotaciones sobre el acto jurídico familiar y las nulidades)*, LL, 110-1062.
- Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, tr. y concordancias de A. Martín Pérez, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.
- Brenner, Claude, *Acte*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", 2ª ed., Paris, Dalloz, 1999.
- Cariota Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico*, tr. y notas de Manuel Albaladejo, Madrid, Aguilar, 1956.
- Castro y Bravo, Federico de, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1967.
- Cicu, Antonio, *El derecho de familia*, tr. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediar, 1947.
- *La filiación*, tr. de Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Teijeiro, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930.
- Cifuentes, Santos, *Negocio jurídico*, Bs. As., Astrea, 1986.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *Carácter personalísimo de la voluntad humana creadora del acto jurídico matrimonial*, JA, 1967-IV-394, secc. doctrina.
- *Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar*, JA, 1966-VI-17, secc. doctrina.
- *El acto jurídico de emplazamiento en el estado de familia*, JA, 1955-IV-12, secc. doctrina.
- *Introducción al estudio del acto jurídico familiar*, JA, 1956-IV-108, secc. doctrina.
- *Naturaleza de la voluntad en el acto jurídico familiar*, en "Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille", Bs. As., 1968, p. 257.
- *Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar*, en "Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán", vol. VI, Pamplona, 1968, p. 191.
- *Voluntad en el acto jurídico familiar*, "Enciclopedia Jurídica Ormeba", t. XXVI, p. 748.

- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *El negocio jurídico del derecho de familia*, separata de la "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1962.
- *El negocio jurídico de derecho de familia*, en "Estudios de derecho privado", Madrid, Tecnos, 1980.
- *La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia*, en "Familia y Derecho", Madrid, 1984.
- Espinar Lafuente, Francisco, *El negocio jurídico*, separata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1963.
- Fernández Arancibia de Corba, María A., *Modalidades de los actos jurídicos familiares*, "Enciclopedia de derecho de familia", t. III, p. 91.
- Ferrer, Francisco A. M., *Acto jurídico familiar*. "Enciclopedia de derecho de familia", t. I, p. 79.
- Guastavino, Elías P., *Bien de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Algunas consideraciones sobre la reconciliación matrimonial*, LL, 111-616.
- *La promesa de matrimonio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1962.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo V. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.
- López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, Bs. As., Zavalía, 1971.
- Méndez Costa, María J., *La emancipación por matrimonio y por habilitación de edad como acto jurídico*, JA, doctrina 1972-486.
- Molinario, Alberto D., *Ensayo sobre definición del matrimonio, como acto jurídico, en el derecho civil argentino*, "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral", n° 52 y 53, Santa Fe, 1947.
- Mosset Iturraspe, Jorge, *Teoría general del contrato*, Santa Fe, 1970.
- Olivera de Brioux, María A., *Observaciones sobre la teoría del acto jurídico familiar*, JA, 1966-II-75, secc. doctrina.
- Orgaz, Alfredo, *Actos jurídicos*, "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. I, p. 381.
- *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Bs. As., Zavalía, 1963.
- Solari, Néstor E., *Acto jurídico familiar*, LL, 1998-D-146.
- Spota, Alberto G., *Contratos en el derecho civil*, t. I, Bs. As., Depalma, 1964.
- *Concepto del contrato*, JA, 1960-VI-7, secc. doctrina.
- Stolfi, Giuseppe, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.
- Videla Escalada, Federico N., *Visión general del contrato*, en Cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico N. Videla Escalada, Bs. As., Zavalía, 1971.
- Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Bs. As., Astrea, 1986.

SECCIÓN SEGUNDA
CUESTIONES JURÍDICAS
PREMATRIMONIALES

CAPÍTULO VII

ESPONSALES

§ 39. *CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.* – Recibe la denominación de “esponsales” –o “esponsales de futuro”, por oposición a los sponsales de presente, que en el derecho canónico histórico equivalían al matrimonio– la promesa bilateral mutuamente aceptada que dos personas de distinto sexo se hacen de contraer matrimonio más adelante.

Una mera promesa unilateral de matrimonio no es, pues, constitutiva de sponsales. A pesar de ello, el vigente derecho canónico alude tanto a la promesa unilateral como a la bilateral o sponsalicia (canon 1062). Pero la promesa unilateral supone la aceptación de la otra parte, que no se ve con claridad cómo pueda darse si no es prometiendo el matrimonio a la vez, con lo que la bilateralidad se configuraría en todos los casos.

En la doctrina de los países que asignan efectos jurídicos a la promesa de matrimonio son muy variadas las opiniones acerca de su naturaleza jurídica. Fundamentalmente, las posiciones contrapuestas son la que ve en los sponsales un contrato y la que los considera una simple situación de hecho; la segunda debe acudir a diversos fundamentos para justificar tales efectos, como el de que la ruptura constituye un hecho ilícito, que existe una obligación *ex lege* de reparar los perjuicios derivados de ella, o que tal obligación resulta de la culpa *in contrahendo* o responsabilidad precontractual. Como opiniones intermedias o derivaciones de la tesis contractual pueden estimarse las que los califican de antecontrato, de negocio jurídico (acto jurídico), de acto jurídico no negocial

(simple acto lícito en la terminología argentina) o de negocio social o privado.

En nuestro país, Díaz de Guijarro participaba de la posición según la cual se trataría de un acto jurídico familiar bilateral.

En el derecho argentino —como consecuencia de la disposición del art. 166 del Cód. Civil, reproducida en el art. 8° de la ley de matrimonio civil— no cabía, hasta la sanción de la ley 23.515, que la reformó, discusión acerca de la naturaleza jurídica de los esponsales. Se sostuvo que, de celebrárselos, configuraban un simple hecho social que no alcanzaba siquiera la categoría de hecho jurídico por su carencia de consecuencias en el plano del derecho. No eran ni un hecho ilícito, ni un acto jurídico, ni un simple acto lícito; se los calificó de una “nada jurídica” o una entidad negativa en el derecho matrimonial. La reforma introducida por la ley 23.515 mantiene el desconocimiento de los esponsales, pero suprime la prohibición de reclamar daños y perjuicios por su incumplimiento, lo que abre la posibilidad de aplicar las reglas de la responsabilidad extracontractual para obtener reparación civil en caso de ruptura dolosa o culpable (ver § 48). Cabe, pues, continuar afirmando que los esponsales no son un acto jurídico, pero agregar que la ruptura arbitraria de la promesa de matrimonio constituye un hecho ilícito que genera responsabilidad.

§ 40. *ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.* — El origen histórico de los esponsales parece situarse en la época en que el matrimonio por compra sustituyó al matrimonio por rapto. En esta etapa, la unión era precedida de un contrato bilateral entre los padres de la novia —o quienes tuviesen la potestad sobre ella— y el novio, por el cual se contraía el compromiso de celebrar el matrimonio. Más adelante, cuando el matrimonio por compra fue a su vez sustituido por el basado en el consentimiento de los contrayentes, la promesa debe haber comenzado a celebrarse entre los novios mismos.

En Roma, el matrimonio era precedido general pero no necesariamente por una convención entre los futuros esposos —primero representados por sus *paterfamilias* y luego por sí mismos— por la cual se comprometían a unirse en matrimonio. Dicha convención era denominada *sponsalia* y, a diferencia del derecho oriental, no tenía el carácter de contrato real sino de contrato consensual. Su

forma era la de la estipulación o contrato verbal (*stipulatio, sponsio*), de donde derivan las denominaciones *sponsalia* para la promesa, *sponsus* para el novio y *sponsa* para la novia. La formalidad antigua de la *sponsio* desapareció en el derecho clásico, en el cual bastaba el simple acuerdo acerca del futuro matrimonio.

En los tiempos primitivos los esponsales se celebraban entre los *paterfamilias* de los novios, pero en el derecho histórico ya se requería el consentimiento de los propios prometidos, aun cuando respecto de la novia se consideraba suficiente su falta de oposición expresa, y aun se le vedaba oponerse si no era por ser el novio persona indigna por sus costumbres o torpe. Finalmente, fueron celebrados entre los mismos novios, aunque —como el matrimonio mismo— requerían el consentimiento de los padres.

Producían diversos efectos jurídicos, algunos de los cuales colocaban a los prometidos en situación similar a la que tendrían en caso de casarse, como la existencia de un impedimento matrimonial dirimente entre uno de los prometidos y los padres del otro, de un impedimento impediendo con relación a terceros, de la obligación de fidelidad de la novia, la consideración del homicidio del futuro suegro o suegra como parricidio, la acción del novio contra el tercero que injuriase a la novia, y la exención de la obligación de uno de los prometidos de declarar en juicio contra los padres del otro y recíprocamente. En la época del derecho romano-helénico se introdujo la costumbre de las arras esponsalicias, que funcionaban de modo parecido a las contractuales; también se introdujeron los regalos y donaciones entre los prometidos, que constituciones imperiales configuraron como hechas bajo la tácita condición de celebrarse el matrimonio. Finalmente, Justiniano, en la Novela 74, cap. 5, admitió que la promesa solemne —ante la Iglesia, en un oratorio privado, o poniendo la mano sobre los Evangelios— seguida de la vida marital, equivaliese al matrimonio.

A diferencia de lo que ocurría en el derecho romano, en el germánico los esponsales daban nacimiento a la obligación de celebrar el matrimonio, de modo que la novia podía ser constreñida a casarse en virtud de la potestad a que estaba sujeta, y el novio tenía acción contra el padre promitente que sin justa causa no cumplía la promesa de entregarla en el plazo de dos años.

El derecho canónico recibió la institución de los esponsales del derecho romano y del derecho germánico. Parece ser, sin em-

bargo, que desde los primeros tiempos reforzó su validez y santidad con la bendición sacerdotal.

Más tarde surgió la distinción entre los esponsales de presente (*sponsalia per verba de præsenti*) y esponsales de futuro (*sponsalia per verba de futuro*), que se estableció netamente en el siglo XII. Los primeros consistían en la expresión por palabras o signos equivalentes del consentimiento actual de las partes de tomarse por marido y mujer; si bien se aconsejaba a los fieles otorgar el consentimiento públicamente y ante la Iglesia (*in facie Ecclesiae*) y hacer bendecir la unión, el incumplimiento de tal prescripción no invalidaba la unión, de modo que sólo presentaba un problema de prueba. Los segundos eran la promesa de matrimonio, que producía la obligación jurídica de contraerlo y se convertía en matrimonio si posteriormente había relaciones sexuales entre los novios.

El Concilio de Trento consagró la forma pública de celebración del matrimonio, ante el párroco y testigos, lo que implicó por un parte que ya no pudiera constituirse mediante los esponsales de futuro seguidos de la cópula carnal, y por la otra la definitiva confusión de los esponsales de presente con el matrimonio. La legislación canónica sobre los esponsales fue modificada por el decreto *Ne temere*, promulgado por Pío X en 1907, que constituyó la base de las normas introducidas en el Código de Derecho Canónico de 1917; sus principales innovaciones son el establecimiento de la forma escrita para la celebración de los esponsales y la supresión de los impedimentos matrimoniales derivados de ellos. En el Código de 1983, el canon 1062 se remite al derecho particular establecido por la Conferencia Episcopal, teniendo en cuenta las costumbres y las leyes civiles, si las hay; rechaza la acción para pedir la celebración del matrimonio pero acepta la de resarcimiento de daños.

Las antiguas leyes españolas reconocieron generalmente el efecto obligatorio de la promesa de matrimonio. Aluden a ella disposiciones del Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas y una de las leyes de Toro.

A partir de fines del siglo XVIII, y con motivo de la aparición y difusión de corrientes de pensamiento que exaltaban la libertad personal, surgió una tendencia contraria al reconocimiento de los efectos jurídicos de los esponsales de futuro. Esta tendencia, consecuencia de los abusos del poder paterno en la concertación de

los matrimonios, se manifestó primero en el plano literario, en obras que no sólo muestran la realidad social sino que inclusive constituyen alegatos en favor de la libertad en la elección del cónyuge, y luego en el plano jurídico, donde se sustentó la idea de que el matrimonio es un acto al cual debe llegarse con entera libertad, y que esa libertad quedaría menoscabada en el caso de plantearse la alternativa entre el cumplimiento de la promesa o el pago de daños y perjuicios derivados de la ruptura.

Influido por esas corrientes, el Código de Napoleón —con el evidente propósito de suprimir su carácter de institución jurídica— guardó total silencio a su respecto.

Más allá fue el proyecto español de 1851, cuyo art. 47 expresaba: “La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal civil o eclesiástico admitirá demanda sobre ellos”. Se reflejan en esta norma las ideas de García Goyena, quien consideraba que eran “tan funestos a la moral, como contrarios a la santidad del matrimonio, y a la libertad con que debe ser contraído. En manos de un seductor hábil, eran un arma para combatir la virtud de una joven apasionada o de inferiores circunstancias; en las de una mujer artera e hipócrita de pudor eran un lazo para enredar a un hombre locamente enamorado; más de una vez, los padres y tutores los empleaban para asegurar sus combinaciones de interés, de ambición o vanidad, comprometiendo anticipadamente a sus hijos o menores. Eran también opuestos a la plena libertad de los matrimonios. Contra el desposado renuente no podían, según derecho canónico, emplearse más que amonestaciones, y al fin las censuras”.

Y añadía, citando a Elizondo: “Pero como éstas sean el último auxilio de que deba valerse la jurisdicción espiritual, fue indispensable el establecimiento de la cárcel; la que, llegando a ser de excesiva duración, influirá en el ánimo y vendrá a obligar al que sufra la carcelería (por redimirla) a fingir un casamiento, que sólo puede preservarle de ella. La grave dificultad debe fijarse en el tiempo que ha de durar la prisión. En ciertas curias había una cadena llamada de los novios, que debían sufrir hasta ejecutarse la causa por tres sentencias conformes; y lo que es más, después de vencido, ínterin no se prestase al casamiento, sacándole, cuando accedía a ello, al patio o a las puertas de la cárcel, sin grillos, para que se dijera que contraía en plena libertad, celebrándose allí los matrimonios. De esta ridícula libertad han derivado

en acto continuo las separaciones, o a corto tiempo los divorcios, los uxoricidios, el abandono de los mismos esposos, el odio entre éstos y sus familias, y la mala educación de los hijos”.

En la misma corriente se enroló Freitas, que después de guardar silencio sobre la institución, en el art. 1248 del *Esboço* dispuso que los contratos de matrimonio no podían presentarse en juicio “a título de esponsales o de promesas en cualquier sentido, ni para exigir cualquier pena o indemnización perdidas e intereses”. Sin embargo, en el art. 3646 extendía la indemnización de una suma para dotar a la ofendida según su condición, si no contrajese matrimonio con el delincuente —que establecía para los casos de estupro o rapto—, al caso de seducción de mujer honesta menor de diecisiete años.

Estas ideas se vieron reflejadas en varios códigos del siglo XIX, especialmente los latinoamericanos, que rechazan los efectos jurídicos de los esponsales. Así, por ejemplo, el chileno consideró a los esponsales como “un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil” (art. 98, párr. primero). Prohíbe alegar la promesa “ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios” (art. 98, párr. segundo); como también pedir “la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido” (art. 99, párr. primero), aunque pagada la multa no puede pedirse su devolución (art. 99, párr. segundo). Sin embargo, acepta “que se demande la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado” (art. 100), así como “la prueba del contrato de esponsales como circunstancia agravante del crimen de seducción” (art. 101). Soluciones similares fueron recogidas por los códigos de Ecuador, Colombia, Uruguay y Costa Rica.

Sin embargo, la solución negativa nunca fue uniformemente aceptada. Códigos de otros países latinos, germánicos y escandinavos dictados en los siglos XVIII y XIX mantuvieron la reglamentación de los efectos de los esponsales. Tales fueron, entre otros, el Código matrimonial sueco de 1734, los códigos alemanes —el prusiano y el bávaro—, el austríaco, el holandés, los italianos anteriores al nacional de 1865, éste mismo, el español, el portugués, la ley de matrimonio polaca de 1836 y los códigos civiles vene-

zolanos. En Bolivia, las normas del Código Civil que reconocían la acción de daños y perjuicios fueron derogadas en 1887.

§ 41. *DERECHO COMPARADO.* – Como conclusión de los precedentes antes señalados, cabe hacer un repaso de las tendencias actuales.

a) *DERECHO FRANCÉS.* En Francia, el silencio del Código Napoleón acerca de los esponsales fue interpretado de manera diversa por la doctrina francesa. Según parte de ella, la institución subsistiría con los caracteres del antiguo derecho; para otra parte, los esponsales habrían desaparecido como acto, sin perjuicio de que la ruptura de la promesa de matrimonio pueda producir algunos efectos jurídicos.

La jurisprudencia, tras algunas vacilaciones, sentó el criterio de que la promesa de matrimonio es nula porque atenta contra la libertad ilimitada que debe existir en el momento de la celebración del matrimonio; pero que, sin embargo, su ruptura puede generar la obligación de indemnizar cuando va acompañada de circunstancias que constituyen culpa delictual o cuasidelictual, por aplicación de las normas generales de la responsabilidad extracontractual. Se ha considerado constitutiva de tal culpa, por ejemplo, la ruptura intempestivamente anunciada a último momento, o –más generalmente– la que deriva de capricho, ligereza o deslealtad. La consecuencia de este sistema es que no baste para la admisión de la acción la prueba del incumplimiento de la promesa sino que se requiera la del hecho ilícito del incumplidor; por otra parte, debidamente aplicado, daría lugar a que no se requiriese un acto formal de promesa sino que bastase una serie de hechos encajinados inequívocamente a la celebración del matrimonio.

En cuanto al perjuicio reparable, no es sólo el material –derivado especialmente de los gastos hechos en vista al futuro matrimonio–, sino también el moral, que puede resultar de exponer a la novia abandonada a la malignidad pública haciendo más difícil un matrimonio ulterior, de colocar al otro prometido en situación ridícula, o simplemente de afectar su sensibilidad o reputación.

b) *CÓDIGO ALEMÁN.* Según el Código alemán, la promesa de matrimonio no produce la obligación de contraerlo, y es nula la estipulación de una sanción para el caso de no celebrárselo (§ 1297).

Sin embargo, el prometido que desiste sin una razón sustancial debe indemnizar al otro y a los padres de éste, así como a terceros que hayan actuado como tales, por los gastos hechos y las obligaciones contraídas por causa del matrimonio prometido. Además debe indemnizar al otro prometido por los gastos en que haya incurrido a causa de las medidas que hubiera tomado respecto de su patrimonio o de su situación profesional como consecuencia de las expectativas del futuro matrimonio. Todo en la medida en que los gastos realizados y las obligaciones contraídas y demás medidas tomadas sean proporcionales a las circunstancias de cada caso (§ 1298).

La misma indemnización corresponde al que desiste de la promesa por culpa del otro, si tal culpa constituye una razón significativa para el desistimiento (§ 1299). La reparación equitativa del daño moral sólo era otorgada a la prometida de reputación irreprochable que hubiera permitido al novio la cohabitación (§ 1300, derogado en 1998). Si el matrimonio no se celebra, cada prometido puede pedir al otro la devolución de lo regalado o entregado en señal de los esponsales, conforme a las normas relativas a la restitución por enriquecimiento injusto (§ 1301). Las acciones de reparación de daños y de restitución de donaciones prescriben a los dos años de la disolución de los esponsales (§ 1302).

c) *CÓDIGO SUIZO.* El Código Civil suizo de 1907, modificado en 1998, legisla esta materia en forma similar al alemán. Los esponsales son un contrato no formal del cual deriva una obligación imperfecta de casarse que no da lugar a acción para su cumplimiento ni para cobrar la cláusula penal estipulada (arts. 90 y 91). En caso de ruptura, cada uno de los prometidos puede reclamar al otro la devolución de los regalos que le hubiera realizado (art. 94). Además, el prometido inocente puede demandar al culpable de la ruptura la indemnización de los gastos hechos de buena fe en vista del matrimonio (art. 92), y aquel a quien la ruptura hubiera causado sufrimientos que excediesen de la medida habitual también tiene derecho a la reparación del daño moral (art. 93). Por otra parte, la jurisprudencia admite la indemnización de los daños causados a la futura esposa por la muerte del novio, tanto por daño material como por daño moral.

d) *OTROS PAÍSES EUROPEOS.* El Código español, reformado en 1981, establece que la promesa de matrimonio no produce obliga-

ción de contraerlo ni de cumplir lo estipulado para el supuesto de no celebración (art. 42), pero en caso de incumplimiento de la promesa hecha por persona mayor de edad o menor emancipado, admite el resarcimiento de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido (art. 43).

El italiano de 1942 desecha la obligación de cumplir la promesa o de pagar la pena estipulada (art. 79), pero acepta la restitución de las donaciones hechas con motivo de aquélla (art. 80) y, de mediar promesa escrita –por instrumento público o privado– o el pedido de publicaciones previas a la celebración del matrimonio, obliga a quien sin justo motivo se niega a cumplir la promesa, o a quien da justo motivo a la ruptura por el otro, a resarcir el daño causado por los gastos hechos y las obligaciones contraídas con motivo de la promesa, en los límites en que los gastos y las obligaciones correspondan a la condición de las partes (art. 81).

El Código portugués acepta la restitución de los regalos hechos por uno de los novios o por un tercero en virtud de la promesa y con vista al matrimonio, así como la restitución de cartas y retratos personales. La ruptura sin justo motivo o la culpa que justifica la retractación del otro prometido permiten ejercer la acción de daños y perjuicios, limitada a los gastos hechos y obligaciones contraídas en previsión del casamiento (arts. 1591 a 1595).

e) *PAÍSES AMERICANOS*. En América latina admiten algunos efectos jurídicos de los esponsales los códigos de México de 1928, de Guatemala de 1963, de Venezuela de 1982 y del Perú de 1984, pero no los códigos de familia de Bolivia, Costa Rica, Panamá y El Salvador.

En los Estados Unidos de América, los abusos a que dio lugar el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de la ruptura –admitida por el *common law* y acogida por los tribunales, en ocasiones, por sumas fabulosas, con lo que se favorecía el chantaje– motivaron que muchos Estados prohibiesen tales acciones. En cambio, se admite generalmente la restitución de las donaciones.

§ 42. *RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL*. – Vélez Sársfield incluyó en el Código la disposición del art. 166 textualmente transcripta en el art. 8º de la ley de matrimonio

civil, según la cual: “La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demandas sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado”. Quedaba excluida así terminantemente toda acción derivada de los esponsales, inclusive la de daños y perjuicios derivados de su ruptura.

La nota cita como fuente el art. 47 del proyecto español de 1851, pero a tal norma proyectada agregó el codificador la expresa exclusión de la acción de daños y perjuicios, inspirándose evidentemente en el art. 98 del Código chileno y en el art. 1248 del *Esboço* de Freitas.

§ 43. **DOCTRINA NACIONAL.** – La doctrina nacional difirió en la apreciación crítica de la norma legal; parte de ella la aprobó decididamente, otra parte la consideraba inconveniente, e incluso algunos llegaron a afirmar la posibilidad de que se indemnizaran los daños derivados de la ruptura a pesar del texto de la disposición.

La defendían ardorosamente Prayones y Borda. Para el primero, los esponsales de futuro constituyen una limitación a la libertad individual en acto de tanta trascendencia como el matrimonio. Consideraba que ellos se prestaban a las combinaciones familiares, en las cuales padres y tutores disponían de la voluntad de los contrayentes, quienes, una vez comprometidos, por respeto a la autoridad paterna o por consideración a sus parientes o tutores, se veían constreñidos a realizar una unión que muchas veces no era de su agrado. Entendía que el resarcimiento de gastos no encuadra en nuestras costumbres, pues el temperamento nacional separa los sentimientos de los intereses pecuniarios, y que el carácter ético del matrimonio no admite como equivalente jurídico la sanción pecuniaria, la cual se explica en las relaciones contractuales patrimoniales pero no en las de orden familiar. Concluía, pues, que la ley no podía ser criticada, ya que los esponsales de futuro no obedecen a ningún fin jurídico ni social ni pueden ser materia de coerción para el derecho.

Por su parte, Borda reconoció que los esponsales plantean un problema muy delicado desde el punto de vista jurídico y desde el moral, pues por un lado está la necesidad evidente de que nada pueda afectar la absoluta libertad de los contrayentes para celebrar el matrimonio, y por el otro la realidad de que la ruptura de la promesa puede ocasionar graves perjuicios tanto materiales como

morales. Consideró, sin embargo, que la acción de daños y perjuicios derivada de ese hecho abre el camino al chantaje y a que mujeres desaprensivas se presenten ante los tribunales, levantando escándalo por pretendidas seducciones, en tanto las honestas guardan silencio por una razón de pudor. Invocó la experiencia de los Estados Unidos de América, cuya legislación tiende a la prohibición de esta acción. Pero a esa opinión, vertida en la primera edición de su obra sobre derecho de familia, ha añadido en ediciones sucesivas la justicia de reconocer el derecho de reclamar la restitución de las donaciones hechas durante el noviazgo y la reparación de los gastos hechos en vista al matrimonio, siempre que la promesa se pruebe de modo fehaciente.

Mas no fue la opinión aprobatoria la que prevaleció en la doctrina nacional. El resto de los autores, en mayor o menor medida, se inclinó por la modificación de la norma legal para dar cabida a la acción resarcitoria.

Así, Machado entendía que, si bien la disposición cerraba la puerta a los abusos, también limitaba la libertad de contratar en una forma que no juzgaba justificada si no se consideraba a la promesa como un acto ilícito e inmoral, que está muy lejos de ser. Sólo la encontraba razonable con respecto a los esponsales entre menores y estimaba que el artículo debía corregirse para armonizarlo con el art. 1109, admitiendo la reparación de daños y perjuicios, la cláusula penal, la no repetición de lo dado voluntariamente y la restitución de las donaciones.

Para Lafaille, el legislador argentino se había colocado fuera de la orientación generalmente aceptada. Consideraba explicable que la promesa no produjese la necesidad jurídica de celebrar el matrimonio, pero en cambio sostenía que debería concederse el resarcimiento que siempre reconocieron los cánones y aceptan casi todos los códigos modernos.

Por su parte, Spota entendía que debía derogarse el art. 8° de la ley de matrimonio civil, acogiendo el instituto de los esponsales, sea según las soluciones amplias de los códigos alemán y suizo o de la jurisprudencia francesa, o la más restringida del Código italiano.

A su vez, Lagomarsino hizo especial desarrollo de sus ideas, entendiendo que los argumentos que fundaban la posición contraria

eran los mismos de quienes se oponen al resarcimiento del daño moral, cuestión ésta que ya está superada en el derecho actual. Hacía mérito de la protección jurídica que deben merecer los noviazgos forzosamente prolongados en razón de los problemas de la vivienda y de la carestía de la vida, y entendía que los peligros señalados por los adversarios de la institución podrían ser evitados mediante una correcta reglamentación y una juiciosa aplicación por los tribunales de las normas respectivas.

Cabe señalar que Mazzinghi consideraba excesivo el texto legal, ya que los esponsales son un hecho social que no tiene en sí nada de reprobable y nada obsta para que se analice la legitimidad de la ruptura, ya que si ella sólo es fruto de la veleidad resulta moralmente negativa y puede dar lugar a sanción. Entendía, pues, que debe desecharse la posibilidad de obligar al promitente a celebrar el matrimonio prometido, pero admitirse que quien se aparte de la promesa quede obligado a reparar los daños y perjuicios que origine su conducta. Rechaza el otorgamiento de tal reparación al novio, pero la acepta para la novia engañada, en tanto comprenda el daño material —no el moral— directamente derivado del incumplimiento o de la culpa del novio que justifique la ruptura.

Más allá iban Rébora, Busso y Spota, quienes creían posible la acción resarcitoria derivada de la ruptura arbitraria a pesar de la disposición legal.

§ 44. *PROYECTOS DE REFORMA.* — El Anteproyecto de Bibiloni no innovaba en esta materia, pues proponía reproducir el art. 8° de la ley de matrimonio civil.

En cambio, el Proyecto de 1936 lo reemplazaba por esta disposición: “No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio” (art. 338). Implicaba, por tanto, dejar regidas las consecuencias de los esponsales por el derecho común, con lo que cabría la acción resarcitoria fundada en la ruptura dolosa o culpable sobre la base de las normas relativas a los hechos ilícitos.

El Anteproyecto de 1954 la amplió de la siguiente manera: “No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio, pero el incumplimiento doloso conforme a las circunstancias del caso que apreciarán prudentemente los jueces dará lugar a la reparación del daño moral y material sufrido por el novio o novia inocente.

Se 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).

§ 45. **RÉGIMEN DE LA LEY 23.515.** – La ley 23.515 adoptó el siguiente texto como art. 165 del Cód. Civil: “*Este Código no reconoce esponsales de futuro. No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio*”. De tal modo, se ha mantenido sólo la parte primera de la disposición originaria, a la cual se añadió el art. 338 del Proyecto de 1936.

Por tanto, es posible entender que se ha consagrado el propósito de los redactores del mencionado proyecto, esto es, el de librar las cuestiones a que dé lugar la ruptura de la promesa a la aplicación de las normas que rigen cada situación en particular, especialmente las de responsabilidad civil extracontractual.

§ 46. **CONSECUENCIAS DE LA NORMA: NULIDAD DE LOS ESPONSALES.** – Como consecuencia de la negativa a reconocer los esponsales de futuro, éstos serían nulos como acto jurídico (arts. 18, 953 y 1044, Cód. Civil), su nulidad sería absoluta, declarable de oficio en cuanto resultase manifiesta del acto, o a pedido del Ministerio Público en el interés de la ley (art. 1047, Cód. Civil).

Por otra parte, si se los encubriese bajo la forma de otro acto de objeto no prohibido, cabría la acción de simulación tendiente a acreditar la verdadera naturaleza del acto.

Como consecuencia de la nulidad de la obligación de casarse, también serían nulas la cláusula penal pactada entre los prometidos, la constituida por un tercero para asegurar la obligación de contraer el matrimonio, y la donación de tercero en favor de uno de los prometidos sometida a la condición suspensiva de que se produzca la ruptura de los esponsales por causa del otro prometido.

§ 47. **ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.** – Aun durante la vigencia de la disposición sustituida por la ley 23.515, parte de la doctrina admitía la viabilidad de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura, en ciertos casos.

Así, Rébora sostenía que la exclusión de los esponsales de futuro no importaba negar la costumbre del noviazgo ni la del "compromiso", es decir, la existencia de un estado prematrimonial, con ocasión del cual pueden darse figuras de dolo o de culpa de las cuales derive perjuicio moral que deba ser reparado, en especial cuando el prometido se rehúsa torpemente a dar cumplimiento a su promesa, lesionando la reputación de la mujer, o cuando hubiere tenido por fin facilitar la seducción de la prometida.

Por su parte, Busso entendía que en virtud de la norma legal no podía derivar de los esponsales responsabilidad contractual, pero que detrás de la promesa podía esconderse la conducta dolosa o maliciosa de uno de los novios, especialmente en caso de seducción de la novia; en tales supuestos, el rompimiento habría sido un acto ilícito que vendría a consumir lo que hubiese sido una maniobra de engaño, de manera que la responsabilidad no era contractual sino derivada de un acto ilícito. Por lo tanto, cuando se podía imputar dolo o culpa a quien provocase la ruptura y hubiera daño moral o material en quien la sufre, procedía el derecho de indemnización.

Finalmente, Spota pensaba que el art. 8º de la ley de matrimonio civil sólo excluía el resarcimiento de los daños que tuviesen por causa el incumplimiento, aun doloso o culposo, de la promesa matrimonial, mas no los que se produjeran cuando los esponsales hubiesen constituido la ocasión para cometer un acto ilícito, tal como la injuria o difamación (art. 1089, Cód. Civil), o bien la seducción de mujer honesta menor de dieciocho años (art. 1088, Cód. Civil), seducción que entendía que no se concebía si no mediaba promesa de matrimonio. Pero ampliaba su idea a casos tales como la renuncia a la relación laboral, a derechos hereditarios, o la no aceptación de una donación, impuestos por el novio a la novia como condición de la celebración de los esponsales, ya que entendía que en esos casos la causa del perjuicio no habría sido el incumplimiento de la promesa sino la imprudente imposición que caería en el art. 1109 del Cód. Civil, aun cuando la promesa se rompiera por causas justificadas, con tal de que no fuesen imputables a la damnificada. Concluía, pues, que el art. 8º no prohibía las acciones indemnizatorias fundadas en el dolo o la culpa extracontractual, aunque el perjuicio se hubiese inferido con motivo o en ocasión de la promesa de matrimonio.

Las opiniones reseñadas no concordaban con el art. 8° de la ley de matrimonio civil. Habrían tenido asidero en un ordenamiento legal como el francés, que guarda silencio acerca de los espousales, ignorándolos como fuente de las obligaciones, pero que no excluye en forma expresa la posibilidad de aplicar a la ruptura las normas que regulan la responsabilidad extracontractual; en cambio, no tenían cabida frente a una disposición que tan claramente vedaba la acción de daños y perjuicios.

A menos que hubiese existido un hecho ilícito penal o civil claramente caracterizado (como la injuria, o la “*seducción de mujer honesta, menor de dieciocho años*” –art. 1088, Cód. Civil–) la pretensión de resarcimiento caía, a mi juicio, en la prohibición del art. 8°.

Nuestros tribunales tuvieron ocasión de pronunciarse en un fallo resuelto en 1951 por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. La actora había entrado a trabajar en el año 1945 en una empresa, cuyo contador comenzó a cortejarla al año siguiente y a fines de 1946 pidió su mano a sus padres; después de dos años de noviazgo se fijó como fecha para el casamiento el 17 de febrero de 1949, para lo cual concurrieron a la iglesia con los testigos a fin de levantar el acta previa a las amonestaciones. Entretanto, el demandado obtuvo, en abril de 1948, que la novia dejara su empleo –en el cual percibía un haber mensual de m\$N 225–, porque decía que sus ideas no le permitían que su esposa trabajara. El día antes del fijado para la boda, la actora recibió una carta del demandado en la que se expresaba en forma confusa y le decía que no podía casarse; tiempo después conoció la razón de ello: el novio era casado y padre de tres hijos. Reclamaba que se le indemnizase la pérdida del empleo y los gastos relacionados con el proyectado matrimonio, fundando la acción en el art. 1893 del Cód. Civil, según el cual la incitación o consejo dados de mala fe imponen la obligación de satisfacer los daños y perjuicios ocasionados. El tribunal, por el voto del doctor Chute, que contó con la adhesión de los doctores Coronas y Antonio Alsina, decidió rechazar la demanda por considerar que el art. 8° de la ley de matrimonio importaba un obstáculo a su admisión que no podía ser salvado por la vía indirecta de la disposición invocada; sin perjuicio de ello, señaló la injusticia de la solución impuesta por la ley y la necesidad de una modificación que la armonizase

con el principio del art. 1109 de que todo el que ocasiona un daño debe repararlo¹.

Pero la supresión de la prohibición por la ley 23.515, cambia radicalmente el panorama, dando plena cabida a las soluciones de la jurisprudencia francesa y de los autores cuyas opiniones se han reseñado. Ahora sí cabe afirmar que el incumplimiento de la promesa no es la violación de una obligación contractual que haga enfrentar la alternativa de la indemnización, pero que si ese incumplimiento implica dolo o culpa aquiliana, deben indemnizarse los daños materiales y morales ocasionados, por aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual.

En tal sentido se expidió un fallo de la Cámara Civil y Comercial de San Juan, que consideró que el arrepentimiento de la promesa matrimonial no es una conducta ilícita sino un derecho personalísimo de los comprometidos, pero que si implica dolo o culpa debe indemnizarse el daño material y moral por aplicación de las normas de responsabilidad contractual. Precisó asimismo que para que prospere la acción de daños debe probarse la conducta dolosa o culposa del demandado, la existencia del daño y el nexo causal entre aquélla y éste. En el caso, la actora había mantenido una relación de noviazgo por más de diez años con el demandado, quien, pocos meses después de la ruptura, contrajo matrimonio con otra mujer. El tribunal dudó acerca de la existencia de promesa de matrimonio en razón de que no se había fijado fecha para la ceremonia, pero además juzgó no demostrados el dolo ni la culpa². La Corte de Justicia provincial rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra dicha sentencia, la que había sido tachada de arbitrariedad por la recurrente³.

En otro caso más reciente, la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata admitió como principio que el actual texto del art. 165 del Cód. Civil habilita la acción resarcitoria por incumplimiento intempestivo e injustificado de la promesa matrimonial. Sin embargo, negó su procedencia en el caso por haberse demostrado la existencia de una relación sentimental entre las partes mas no

¹ CNCiv, Sala C, 22/11/51, LL, 65-199.

² CCivCom San Juan, Sala I, 29/9/92, LL, 1993-E-237, y ED, 153-350.

³ CS San Juan, Sala Iª, 4/11/93, JA, 1994-III-433.

los indicados caracteres de la ruptura. Tanto era así que la actora había contraído inmediatamente matrimonio con otro hombre⁴.

§ 48. *LA SUPUESTA OBLIGACIÓN NATURAL DE REPARAR LOS PERJUICIOS.* – Con el texto legal anterior, se planteó el problema de si de la ruptura de la promesa matrimonial resultaba una obligación natural, de modo que fuese irrepetible lo pagado voluntariamente para satisfacer los perjuicios ocasionados.

Predominaba ampliamente en la doctrina nacional la respuesta afirmativa, dada sobre la base de considerar o bien que se trata de un supuesto comprendido en el art. 515, inc. 5, del Cód. Civil, o bien que la enumeración de dicho artículo es enunciativa y el caso cae dentro del enunciado general de su primera parte. Así lo entendían Segovia, Machado, J. M., Guastavino, Colmo, Lafaille, Galli, Busso, Borda, Rezzónico, Cazeaux y Trigo Represas, y Lagomarsino.

La opinión de Llerena, era excepcional pues consideraba que el codificador había tenido a la vista la disposición del art. 99 del Cód. de Chile y no la había reproducido, de modo que, según el espíritu de la ley entonces vigente, no habría habido ni siquiera obligación natural y habría podido pedirse la devolución de lo dado voluntariamente.

En cambio, Spota afirmaba que los esponsales constituían un hecho social del cual derivaba un deber moral o de conciencia de cumplir la promesa de matrimonio, que no había sido elevado por el legislador a la categoría de obligación natural. De otro modo, la libre decisión en el otorgamiento del consentimiento matrimonial que se había querido asegurar podría haber quedado afectada por los efectos del afianzamiento por terceros de la obligación natural (art. 518, Cód. Civil) o por la pretensión de retener donaciones efectuadas por terceros a causa de la promesa. No cabía el caso en el inc. 5 del art. 515, pues esta norma prevé contratos de objeto repudiado por la ley y aquí no se está dentro del campo de los contratos sino del derecho de familia. Pero la obligación asumida después de la ruptura de satisfacer una indemnización de los daños ocasionados, o el pago voluntario de una cláusula penal, habrían sido válidos por constituir el cumplimiento de un deber

⁴ CCivCom Mar del Plata, 18/5/00, ED, 188-527.

moral, ya que nuestra ley no repudia los actos que tienen por fundamento cumplir con tal tipo de deberes.

En este sentido, debía aceptarse la posición de Spota, ya que de los sponsales no derivaba obligación natural alguna, ni de contraer el matrimonio prometido, ni de cumplir la cláusula penal estipulada, ni de pagar los daños y perjuicios ocasionados. De lo contrario habría habido que admitir que a ellos se aplicasen todas las disposiciones legales relativas a tal tipo de obligaciones, entre ellas el art. 518 del Cód. Civil, que valida las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros en garantía de ellas. Me parece evidente que una prohibición legal tan terminante como la del art. 8º de la ley de matrimonio civil, no podía quedar desvirtuada mediante la intervención de un tercero que garantizara la reparación o la pena. Podría objetarse a este pensamiento que buena parte de la doctrina sostiene que el art. 518 no se aplica a todas las obligaciones naturales, sino que se exceptúan las deudas de juego por tratarse de obligaciones inmorales y de relativa antisociabilidad, por lo que también el supuesto en examen podría constituir una excepción.

No puede ser así, sin embargo; si la exclusión del art. 518 se justifica en las deudas de juego es porque se trata de una situación reprobada por la moral y por la ley —que, por otra parte, ha hecho poner en duda que verdaderamente derive de ellas obligación natural—, cosa que no ocurría en la reparación del incumplidor de la promesa de matrimonio, pues la exclusión de la obligación civil no se fundaba en razones de tal tipo sino en la necesidad de mantener íntegramente la libertad del consentimiento en la celebración del matrimonio.

Por otra parte, la circunstancia de que obligaciones naturales y deberes morales tengan en común la irrepitibilidad de lo dado voluntariamente para cumplir unas u otros, no significa que sean esencialmente idénticos ni que puedan equipararse las demás consecuencias jurídicas que producen. Fundamentalmente, el cumplimiento de la obligación natural es un pago en tanto que el de un deber moral es una liberalidad con causa lícita.

Aplicadas las características con que la doctrina configura al acto de cumplimiento de un deber moral al supuesto de haberse dado cumplimiento voluntario a la cláusula penal establecida para el caso de no celebrarse el matrimonio prometido, o de haberse re-

sarcido o prometido resarcir los perjuicios derivados de la falta de celebración del matrimonio, podían establecerse las siguientes conclusiones: 1) El cumplimiento voluntario de la pena o el resarcimiento voluntario constituían liberalidades que tenían por causa un deber moral. Por lo tanto, eran actos no formales, no eran revocables por ingratitud, no estaban sujetos a la acción de reducción, no se computaban para el cálculo de la legítima ni estaban gravados por el impuesto a la transmisión gratuita de bienes; igualmente, lo dado voluntariamente no era repetible. 2) El acto posterior a la ruptura por el cual se contrajese la obligación de reparar los perjuicios de ella derivados habría sido válido y de él derivaba una obligación civil exigible, que tenía por causa un deber moral. 3) No eran válidas las garantías personales o reales ni las cláusulas penales constituidas por terceros para asegurar el cumplimiento de la promesa de matrimonio. 4) No era transmisible por acto entre vivos el deber moral de reparar los perjuicios derivados de la ruptura de la promesa de matrimonio. Por lo tanto, la liberalidad hecha a los cesionarios o sucesores *mortis causa* del otro prometido, o por los sucesores *mortis causa* de quien había roto la promesa, no constituían el cumplimiento de ese deber y quedaban fuera de las reglas expuestas.

Tras la reforma de la ley 23.515, iguales principios cabe aplicar en caso de darse una indemnización voluntaria aun sin mediar dolo ni culpa de quien la entrega, o bien en la hipótesis de no aceptarse la viabilidad de la acción indemnizatoria.

§ 49. **RESTITUCIÓN DE DONACIONES.** – La violación de la promesa de matrimonio da lugar a otras cuestiones, fuera de la correspondiente a los daños y perjuicios ocasionados. Tal, la de si deben ser restituidas las donaciones hechas entre los prometidos.

No parece discutible que las donaciones o regalos entre los prometidos, o por terceros en favor de ellos, en consideración o por causa del futuro matrimonio, pierden su causa si el matrimonio no llega a celebrarse porque la promesa queda sin efecto. A este respecto, cabe la aplicación de los arts. 1238, 1240 y 1248 del Cód. Civil, de los cuales resulta que las donaciones entre futuros esposos hechas en el contrato de matrimonio y las prometidas o hechas a la mujer por razón del matrimonio están sujetas a la condición implícita de que éste se celebre; sin mayor esfuerzo, la

aplicación analógica de estas disposiciones cubre todos los casos que motivan este planteo. Esta solución es aceptada por Segovia, Machado, Salvat, Spota, Guastavino y Lagomarsino. Es, por otra parte, la adoptada, a falta de norma específica, por la doctrina francesa, belga y española, así como también por la doctrina italiana elaborada sobre el Código de 1865, que no prevenía el caso.

Conforme a estos antecedentes, ha de entenderse que el criterio comprende no sólo las donaciones hechas en relación directa con el futuro matrimonio –vivienda, objetos del hogar, etc.–, sino también las que tienen por causa la relación prematrimonial, pues rota ésta la causa desaparece; se trataría de actos viciados de nulidad relativa por falta de causa o error sobre la causa (arts. 926 y 1045, Cód. Civil).

En cambio, cuando se trata de meros presentes de uso, o simples regalos inspirados por un sentimiento de afecto, las opiniones son disímiles. Salvat entendía que su restitución debe ser rechazada porque quedan cubiertos por la norma del art. 8° de la ley de matrimonio civil, Fassi por no existir ninguna norma legal en el derecho argentino que autorice su devolución, y Lagomarsino porque debe entenderse los irrevocablemente aceptados de modo que de no haber causa de revocación no puede requerirse la restitución; en cambio, Spota los considera restituibles en tanto no reconozcan su causa en una precedente relación de amistad o parentesco anterior a los sponsales, o sean testimonios de buena amistad y resulte así que no se efectuaron en razón del futuro matrimonio.

Esta última solución parece más razonable, pues no es distinta la naturaleza jurídica de la donación porque varíe su importancia o valor económico. Pero, en realidad, estas distinciones entre verdaderas donaciones y regalos de uso o de afección sólo caben –como en la doctrina francesa y belga– con relación a los hechos por terceros, mas no por la diferente naturaleza del acto sino porque pueda presumirse que los segundos podrían haberse hecho igualmente fuera del noviazgo o de la consideración al matrimonio futuro, de modo que no les alcanzarían las razones que fundan la restitución de las donaciones. Más difícil será hallar regalos entre los novios que se hubiesen hecho igualmente en caso de no existir el noviazgo.

Todos estos principios resultan independientes de la causa por la cual la promesa de matrimonio queda sin efecto, pues no

se fundan en la culpa o dolo de los prometidos sino en el incumplimiento de la condición a la cual la donación estaba subordinada; por lo tanto, pueden ser aplicados inclusive en caso de fallecimiento de uno de los prometidos.

Se vincula con el problema de la restitución de las donaciones un caso planteado ante los tribunales de la Capital Federal, resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal en 1957. En febrero de 1954, un hombre soltero trabó relación con una mujer casada, relación que al poco tiempo se hizo amorosa y motivó que ella le prometiese obtener el divorcio de su marido y contraer matrimonio con él, por supuesto en el extranjero. En tal situación, el hombre adquirió un departamento que puso a nombre de la mujer, y diversos elementos para amueblarlo y adornarlo. Llegado el mes de marzo de 1955, la beneficiada cambió la cerradura del departamento e impidió la entrada a su benefactor, rompiendo de hecho la promesa formulada. Promovida querrela penal por defraudación, ella fue acogida en primera instancia, pero el tribunal de apelación revocó la sentencia, pues consideró —por el voto del doctor Oderigo, al cual se adhirieron los doctores Beruti y Black— que no existía ardid que encuadrarse en el art. 172 del Cód. Penal sino un abuso de confianza mediante la simulación de afecto y promesa de matrimonio, que había motivado actos de liberalidad o préstamos del querellante perfectamente explicables dentro del tipo de relaciones sentimentales mantenidas⁵.

La solución es acertada en el campo penal, pero ella no quita que una acción por restitución de la donación en sede civil pudiese haber prosperado, ya que había dejado de cumplirse la condición de celebrar el matrimonio; la solución no habría sido distinta por la imposibilidad que entonces regía de disolver la primera unión en vida de los esposos y volver a contraer matrimonio en el país, pues en todo caso se trataría de una condición de cosa prohibida por las leyes, que dejaría sin efecto la obligación (art. 530, Cód. Civil).

En marzo de 1973, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil decidió ordenar el reintegro del anillo con brillantes que acompañaba a la alianza, y que el novio —a cuya abuela había pertenecido— había regalado a la novia con ocasión del

⁵ CNPen, 1/3/57, LL, 88-382, y JA, 1957-II-306.

noviazgo que luego se rompió. El tribunal se limitó a invocar la costumbre, afirmando que la entrega del anillo está condicionada “en alguna medida” a la celebración del matrimonio, ya que va destinado a la futura esposa⁶. La decisión es correcta, y coincide con la solución dada uniformemente por la doctrina nacional que se ha expedido acerca del problema de la restitución de las donaciones entre los ex novios; mas no por correcta resulta debidamente fundada, ya que no se justificaba acudir al derecho consuetudinario (aplicable sólo por remisión legal o en situaciones no regladas por la ley –art. 17, Cód. Civil, texto según ley 17.711–) cuando se trataba de cuestiones que podían ser resueltas mediante la aplicación de normas legales.

En el mismo orden de ideas, la Sala B del mencionado tribunal juzgó que las donaciones hechas o prometidas a la mujer por razón del matrimonio, con prescindencia de que se celebre o no convención matrimonial, llevan la condición implícita de que aquél se realice; de modo que, si no se lo contrae, los enseres obsequiados (en el caso, televisor, combinado y lustra-aspiradora) deben ser devueltos, sin que importe quién tuvo o no la culpa⁷. En cambio, la Sala A entendió que si uno de los novios adquiere un objeto para destinarlo al uso común y lo entrega al otro para su conservación, se genera una relación de depósito que obliga a restituir la cosa en caso de que el matrimonio no se lleve a cabo⁸. Pero en otro caso, en el cual los novios habían adquirido un departamento con el aporte de dinero de uno solo de ellos y luego se había roto la promesa, aceptó que en aquel acto mediaba una donación de dinero que debía ser restituido en razón de que la frustración del matrimonio lo había convertido en un pago sin causa, independientemente de los motivos que hubieran llevado a la ruptura y de que la donación se hubiera hecho dentro de la convención prenupcial o fuera de ella⁹.

También tribunales del interior se pronunciaron sobre el tema. Así, la Sala 2ª de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, en 1972

⁶ CNCiv, Sala F, 22/3/73, *LL*, 151-98, y *JA*, 20-1973-374.

⁷ CNCiv, Sala B, 16/5/78, *JA*, 1978-IV-538.

⁸ CNCiv, Sala A, 26/5/78, *ED*, 79-394, y *JA*, 1979-IV-300.

⁹ CNCiv, Sala A, 15/12/94, *LL*, 1995-B-485.

dispuso la devolución por la ex novia al ex novio de las cosas compradas por éste para formar el mobiliario del futuro hogar, estimando que en el caso había mediado depósito¹⁰. Al año siguiente, la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca resolvió que los regalos de uso común son verdaderas donaciones, y no actos de depósito, y que la obligación de restituirlos en caso de frustrarse el matrimonio deriva de la ausencia de causa de su entrega¹¹. Y en 1976, la Cámara de Apelaciones de San Nicolás sostuvo la distinción entre verdaderas donaciones y presentes de uso¹².

§ 50. **RESTITUCIÓN DE CORRESPONDENCIA Y FOTOGRAFÍAS.** – Expresaba Spota que la correspondencia intercambiada entre los novios y las fotografías entregadas también deben ser objeto de restitución en virtud del interés legítimo del autor de la misiva o de aquel cuya efigie está reproducida de recuperarlos a fin de evitar riesgos concebibles en el orden moral. Estimaba que la dificultad probatoria no debe hacer dejar a un lado el principio, y que además tal solución concuerda con el uso social o práctica común.

No parece tan claro este criterio. Por lo pronto, a la correspondencia no serían aplicables ni aun analógicamente las normas sobre donaciones, ya que en el envío de una carta amorosa no puede verse un acto de transmisión de la propiedad de una cosa (art. 1789, Cód. Civil). Además, el reconocimiento de acciones de este tipo ofrece dos órdenes de inconvenientes: uno, la dificultad –si no imposibilidad– de que la parte actora acredite cuáles fueron las cartas enviadas o las fotografías entregadas; otra, la posible alegación por el demandado de haberlas destruido, hecho que de ser cierto no daría lugar a responsabilidad, pues no constituiría ni un incumplimiento contractual ni un hecho ilícito civil, y que de no serlo ninguna consecuencia podría acarrear por el solo hecho de conservarlas ocultas. Claro está que podría existir responsabilidad por la ulterior divulgación, si ella resultare injuriosa o difamatoria (art. 110, Cód. Penal, y art. 1089, Cód. Civil), si importare violación de secretos (art. 155, Cód. Penal), o si simple-

¹⁰ CCivCom Rosario, Sala 2ª, 4/9/72, JA, 18-1973-618.

¹¹ CCivCom Bahía Blanca, 28/12/73, JA, 24-1974-465.

¹² CCivCom San Nicolás, 29/6/76, Zeus, 11-J-55.

mente pudiere causar daño al ex novio por colocarlo en una situación ridícula (arts. 1072 y 1109, Cód. Civil). Pero, en definitiva, el interés de éste quedaría plenamente protegido en caso de darse circunstancias de ese tipo, sin necesidad de reconocerle acciones no sólo de difícil solución sino que también importarían la posibilidad o aun el acicate de ventilar situaciones íntimas sin finalidad práctica alguna.

§ 51. *ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONTRA TERCEROS POR LA MUERTE DEL NOVIO.* – No ha tenido mayor eco en nuestra doctrina el problema planteado en otros países acerca de si existe derecho de reclamar daños y perjuicios contra el tercero responsable de la muerte del novio. Sólo al pasar se expide Borda en el sentido negativo, por faltar un interés legalmente protegido, es decir, por producirse un perjuicio de hecho, no la lesión de un derecho; en cambio, Spota –escribiendo antes de la ley 17.711– aceptaba que existe un interés legítimo de obtener el pago de los gastos que resultan inútiles por el hecho del tercero, así como el resarcimiento del daño moral.

La solución depende de que se considere que para obtener la reparación de los daños producidos por la muerte de una persona sea necesario un interés legalmente protegido, o bien que se estime suficiente un mero interés de hecho.

Aun cuando la cuestión ha dado lugar a discrepancias en Francia, donde la jurisprudencia admite la acción de resarcimiento en los casos en que la ruptura constituye un cuasidelito, no parece haber obstáculo para aceptarla, ya que la cuestión en nada se vincula con la libertad de la prestación del consentimiento matrimonial. Por lo tanto, no resulta dudoso que es justo que el culpable de la muerte de uno de los novios cargue con los gastos que el otro ha hecho en vista de un matrimonio que no puede ya celebrarse. Pero, de todos modos, la reparación no podría ir más allá de ese daño material o aun del moral –el hecho afecta evidentemente legítimos afectos del sobreviviente–, sin comprender el lucro cesante consistente en los beneficios que el eventual matrimonio reportaría, sea en virtud de la adquisición del carácter de heredero, sea en razón del derecho a la partición de los gananciales en el momento de la división de la sociedad conyugal; trataríase de perjuicios meramente eventuales.

En definitiva, si el perjuicio es cierto, y no hipotético, resulta prudente acudir a la posición doctrinal que se conforma con la existencia de un interés de hecho para acordar la reparación por muerte de una persona; máxime cuando resultaría contradictorio reconocérselo a la concubina, como lo hace buena parte de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, a pesar de que para ello requiere apoyarse en una situación de hecho que puede ser considerada por algunos como contraria a la moral, y negárselo al novio o a la novia, que no se hallan en ninguna situación éticamente reprochable.

§ 52. *DERECHO SUCESORIO INTESADO EN CASO DE MATRIMONIO "IN EXTREMIS"*. – Cabe plantear la posibilidad de que la existencia de una promesa de matrimonio influya sobre el derecho sucesorio de los cónyuges cuando el matrimonio se celebra *in extremis*, es decir, si aquélla impide la aplicación de la exclusión hereditaria legislada en el art. 3573 del Cód. Civil.

En su texto originario, esa norma disponía: “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”. Tras algunas discrepancias de los primeros comentaristas del Código, a partir de Prayones la generalidad de la doctrina coincidió en que no bastaba la reunión de los elementos objetivos contemplados en el artículo, sino que era necesario algún elemento subjetivo que trasuntase que el matrimonio no se había efectuado con el propósito de responder al fin de la institución sino sólo al de captar una herencia.

En la jurisprudencia, después de algunas vacilaciones se impuso también la tesis que requiere la intención de captar la herencia, de modo que se resolvió que el artículo no es aplicable cuando la enfermedad es ignorada o nada hace prever la muerte, ni cuando el matrimonio contraído *in extremis* sólo tiene por fin legalizar un concubinato anterior.

La ley 17.711 añadió al art. 3573 la frase “salvo que el matrimonio se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho”, con lo que se plantea el problema de si la excepción prevista por el nuevo texto es la única admisible o si, por el contrario, la

exclusión deja de aplicarse en todos los casos en que el matrimonio no se ha celebrado con el solo propósito de heredar. Coincidiendo con Maffía, en sostener la segunda solución, ya que el artículo establece una presunción *iuris tantum* de captación de herencia, desvirtuable en todo caso en que pueda demostrarse que no existió esa intención.

De tal modo, como lo sostuvo antes de la ley de reformas Prayones y lo propuso De Gásperi, si el matrimonio es la culminación de una promesa anterior, la circunstancia de que uno de los cónyuges fallezca dentro de los treinta días de la celebración del matrimonio de una enfermedad que ya padecía en ese momento no es óbice para que el otro lo herede *ab intestato*.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Belluscio, Augusto C., *Restitución de donaciones entre prometidos*, JA, 20-1973-378.
- Borda, Guillermo A., *¿Es indemnizable la ruptura de la promesa de matrimonio?*, ED, 149-841.
- Campoamor, Clara, *Es indemnizable la muerte del novio*, JA, 1942-II-63.
- Fassi, Santiago C., *Ruptura de un compromiso de matrimonio*, LL, 151-98.
- Ferrer, Francisco M., *Los sponsales en el derecho civil argentino y en la legislación comparada*, "Rev. de Ciencias Sociales y Jurídicas", Santa Fe, 1954, n° 78 y 79, p. 29.
- Guastavino, Elías P., *Restitución de bienes entregadas por causa de matrimonio, si éste no se celebra*, JA, doctrina 1974-267.
- Gubern Salisachs, Santiago, *La ruptura de promesa matrimonial y la seducción de la mujer ante el derecho y la ley*, Barcelona, 1947.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Sponsales*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 70.
- *La promesa de matrimonio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1962.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo V. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.
- Maffía, Jorge O., *El derecho sucesorio en la reforma del Código Civil*, 2ª ed., Bs. As., 1972.
- Medina, Graciela, *Responsabilidad por la ruptura de noviazgo*, LL, 1999-B-941.
- Moisset de Espanés, Luis, *Deber moral y obligación natural*, Córdoba, 1968.
- *Las obligaciones naturales en el derecho civil argentino*, Córdoba, 1967.
- *Las obligaciones naturales. Estudio histórico*, Córdoba, 1970.
- *Obligaciones naturales y deberes morales*, Bs. As., Zavallía, 1998.

- Rodríguez Arias Bustamante, Lino - Arroyo, Dulio, *Esponsales*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. X, p. 771.
- Sambrizzi, Eduardo A., *Sobre la procedencia de la indemnización en caso de ruptura de la promesa de matrimonio*, ED, 151-763.
- Uriarte, Jorge A., *Responsabilidad por la ruptura de la promesa de matrimonio*, JA, 1992-III-843.

CAPÍTULO VIII

CORRETAJE MATRIMONIAL

§ 53. *CONCEPTO.* – Suele hacerse referencia al corretaje matrimonial como la actividad desarrollada por aquellas personas que se dedican al acercamiento de quienes desean contraer matrimonio, en especial las llamadas “agencias matrimoniales”.

Sin embargo, con mayor precisión debe diferenciarse el verdadero corretaje de la simple mediación. El primero es definido por Spota como el “contrato por el cual una de las partes (el corredor o ‘intermediario’) se obliga frente a la otra parte (el ‘intermediado’) a prestar su actividad para inducir a que se celebre el matrimonio entre quienes persiguen ese propósito (o sea, entre el ‘intermediado’ y el ‘intermediario’) y todo ello con la obligación del que contrata con el corredor de satisfacer una remuneración (comisión) siempre que se realice el previsto matrimonio”. La mediación, en cambio, es el mero acercamiento de personas que desean casarse a fin de que se conozcan; la actividad del mediador concluye ahí, sin que su retribución dependa de que se celebre el matrimonio.

§ 54. *ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLACIÓN COMPARADA.* – La institución del corretaje matrimonial existió en el derecho romano. En el derecho justiniano se estableció que el corredor (*proxeneta nuptiarum*) nada recibiría si no se hubiese pactado remuneración; de habérsela pactado, quedaba limitada a la vigésima parte de la dote y de la donación nupcial, hasta un máximo de diez libras de oro.

Quizá por influencia del cristianismo, con posterioridad comenzó a verse con disfavor esta actividad.

El antiguo derecho francés no admitió la acción de los proxenetas, sin perjuicio de que retuvieran lo que se hubiese tenido a bien darles. La jurisprudencia posterior al Código Napoleón fue primero vacilante, hasta que un fallo de la Corte de Casación de 1855 negó derecho de reclamar retribución a un corredor con quien se había estipulado el pago de cierta suma para el caso de tener éxito sus gestiones encaminadas a lograr la celebración del matrimonio con una persona determinada; consideró que era una obligación fundada en causa ilícita por ser contraria a las buenas costumbres, ya que existía el peligro de que por un interés económico los terceros influyesen sobre el consentimiento matrimonial, afectando su libertad. Actualmente, la jurisprudencia tiende a admitir la validez del corretaje en tanto no medie efectiva presión sobre el consentimiento de los interesados, sin perjuicio de la moderación de la comisión si ésta es excesiva.

La jurisprudencia italiana sufrió similar evolución, ya que en un principio negó derecho a retribución al mediador, pero luego distinguió entre la retribución sujeta a que el matrimonio se celebre —ilícita aunque no medie presión— y la derivada de la simple aproximación de personas de distinto sexo con propósitos matrimoniales, válida si es independiente de la celebración.

En otros países, tales como Austria, Alemania y Suiza, existen disposiciones de las que —ya sea directamente, ya por interpretación doctrinal— resulta la inexistencia de acción para obtener el pago del salario, pero la irrepetibilidad de lo dado voluntariamente. Más allá va el Código griego, que inclusive admite la repetición de lo pagado.

§ 55. **DERECHO ARGENTINO.** — En nuestro país, la doctrina suscita opiniones contrapuestas. Salvat, Pavón y Borda se pronunciaron por el rechazo de toda acción del corredor, sea por la necesidad de salvaguardar la absoluta espontaneidad del consentimiento en el matrimonio, por considerar inmoral su intervención en virtud de que su deseo de éxito sería contrario a la organización y constitución armónica de la familia, o bien por estimar que, aun cuando se limite a poner en contacto a los interesados, su actuación resulta repugnante a la sensibilidad moral argentina.

En cambio, Anastasi y Colombo sostenían la validez. El primero por estimar que, si no existe presión del mediador sobre el consentimiento de los esposos, realiza una actividad socialmente útil al concurrir honestamente a aumentar el número de matrimonios, de modo que cabría reconocerle una modesta retribución. El segundo, por considerar que nada hay de ilícito en la actitud de quien coopera al acercamiento sentimental de personas de distinto sexo, en tanto no actúe con fraude, dolo o violencia, y el precio sea proporcionado a las tareas efectuadas y no fijado en una parte alcuota de la dote o de los bienes del marido.

Por su parte, Lafaille señaló que el problema no se había presentado aún en el país, pero que era fácil que lo fuera en el futuro y que, frente al corretaje que fuerza el consentimiento por medios dolosos o extorsivos, se admitiese la licitud de la intermediación destinada a facilitar el conocimiento de las personas, suministrar antecedentes y cierta publicidad legítima.

La distinción fue hecha netamente por Spota, quien afirmó la nulidad absoluta del contrato de corretaje matrimonial propiamente dicho —aquel en que al intermediario sólo corresponde comisión si por su actuación se celebra el matrimonio— y la licitud de la simple mediación entre quienes tienen el propósito de contraer matrimonio, sin que la remuneración dependa de que se celebre en realidad; sostuvo que debe presumirse la existencia del corretaje prohibido cuando se fija remuneración en proporción al monto del patrimonio de cualquiera de los contrayentes o de la dote, si hay maniobras dolosas tendientes a conseguir que se preste el consentimiento matrimonial, y si la remuneración resulta ser manifiestamente exagerada.

La jurisprudencia nacional registra sólo un caso relativo a este tema. Tratábase de un señor a quien un agente matrimonial, tras cobrarle una retribución por la presentación de una persona de sexo femenino con vistas al matrimonio, le hizo firmar un documento por el cual se comprometía a pagarle una suma determinada si las nupcias llegaban a celebrarse, dentro de los treinta días del acto. La Cámara Civil 2^a, en fallo suscripto por los doctores Chute, Pérazzo Naón y Tezanos Pinto, se pronunció negando validez al pacto por ser contrario a las buenas costumbres y a los sentimientos morales de la sociedad argentina¹. No se hizo dis-

¹ CCiv2^aCap, 31/8/48, LL, 51-876, y JA, 1948-IV-508.

tinción entre la simple mediación y el verdadero corretaje, pero el supuesto de hecho planteado era de corretaje propiamente dicho.

Las iniciativas de reforma niegan el derecho de reclamar retribución, sea por “la negociación de un matrimonio” (Anteproyecto de Bibiloni, art. 1788), por “el corretaje de un matrimonio” (Proyecto de 1936, art. 1099, inc. 3º) o por “la mediación matrimonial” (Anteproyecto de 1954, art. 1317). Ninguno establece una neta diferencia entre el corretaje verdadero y la simple mediación, pero el último de los mencionados comprende claramente a ésta.

§ 56. *OPINIÓN DEL AUTOR.* – Ninguna duda puede haber acerca de la nulidad absoluta del corretaje matrimonial propiamente dicho –sea que se ejerza profesionalmente o no– en vista de conseguir la celebración del matrimonio con una persona determinada o con el encargo de buscarla, y sea que la retribución se estipule en una suma fija o proporcionada a las ventajas patrimoniales que se obtendrían del matrimonio. En todos esos casos se convierte al matrimonio en un acto en cuya celebración existe un directo interés patrimonial de un tercero, lo que resulta manifiestamente contrario a la moral y las buenas costumbres (art. 953, Cód. Civil), no sólo por la posibilidad de influencia indebida sobre el consentimiento sino también porque representaría, para el corredor, un indebido beneficio, ya que derivaría de un acto en cuya celebración con libérrimo consentimiento está interesada la sociedad.

Igualmente estaría viciada de nulidad absoluta la obligación contraída en favor del corredor, aun después de celebrado el matrimonio, en tanto su causa fuese precisamente la actividad desplegada con el fin de obtener dicha celebración. Se trataría de una obligación con causa inmoral o contraria a las buenas costumbres y, por lo tanto, ilícita (art. 502, Cód. Civil). No podría verse en el caso la novación por la cual se transforma una obligación natural en obligación civil, ya que ni siquiera obligación natural hay en el contrato de corretaje matrimonial; no se trata de una convención que reúna las condiciones generales requeridas en materia de contratos pero a la cual la ley, por razones de utilidad social, le niegue acción (art. 515, inc. 5, Cód. Civil), ni menos aún una obligación fundada en el derecho natural o la equidad (art. 515, párr. primero, Cód. Civil), sino de un contrato contrario a la moral y las buenas costumbres.

Puesto que no existe obligación natural, tampoco son válidas las garantías personales o reales dadas para asegurar el cumplimiento de la obligación contraída con el corredor.

Pero la inexistencia de obligación natural no significa que si se efectúa el pago voluntariamente pueda repetírselo por ser su causa contraria a las buenas costumbres, ya que habría torpeza de ambas partes (arts. 795, parte última, y 1626, Cód. Civil).

Todo lo expuesto resulta inaplicable a la simple mediación consistente en presentar a quienes desean contraer matrimonio, aun cuando sea llevada a cabo por las llamadas "agencias matrimoniales", con tal de que esa actividad concluya en la presentación y se independice del resultado derivado del conocimiento personal. Si bien no es usual que en nuestro medio se acuda a tales servicios para buscar novia o novio, no necesariamente se trata de un proceder contrario a la moral. Puede perfectamente darse el caso de personas que por excesiva timidez u otras razones necesiten acudir a los mediadores, y si éstos se desempeñan honradamente no hay razones para negarles la remuneración de servicios que ningún perjuicio representan.

Sin embargo, no es probable que la cuestión se presente judicialmente, ya que lo común parece ser que estos servicios se cobren por adelantado.

Inversamente, caería dentro de la sanción civil de nulidad el contrato celebrado con quien sin actuar profesionalmente se compromete, mediante una remuneración, a obtener el consentimiento matrimonial de otra persona con su comitente.

Por último, no son objetables ni las asociaciones sin fines de lucro que persiguen, entre otros fines lícitos, presentar o acercar a quienes se proponen casarse, ni los anuncios periodísticos destinados a hacer conocer propuestas matrimoniales.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Anastasi, Leónidas, *El corretaje matrimonial*, LL, t. 9, secc. jurisp. ext., p. 23.
Colombo, Leonardo A., *El corretaje matrimonial*, "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", 1936, p. 185.

- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo U. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.
- Yarke, María del Carmen, *Corretaje matrimonial*, en “Enciclopedia de derecho de familia”, t. I, p. 735.

SECCIÓN TERCERA
EL MATRIMONIO

CAPÍTULO IX

NOCIONES GENERALES

§ 57. *CONCEPTO.* – La palabra “matrimonio” puede tener tres significados diferentes, de los cuales sólo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración; en un segundo es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto; y en el tercero, es la pareja formada por los esposos.

Las significaciones jurídicas son las dos primeras, que han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de “matrimonio-fuente” (o “matrimonio-acto”) y “matrimonio-estado”, respectivamente. Matrimonio-fuente es, pues, el acto por el cual la unión se contrae, y matrimonio-estado es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de celebración. Este doble significado tiene importancia, como más adelante se verá, para la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio.

Se ha señalado que la palabra matrimonio es de origen latino y deriva de la unión de *matris* (madre) y *munium* (carga o gravamen); su significación etimológica da idea, pues, de que las cargas más pesadas derivadas de la unión recaen sobre la madre.

El doble significado de la palabra, así como la variedad de ideas —religiosas, morales y jurídicas— que sobre el matrimonio recaen y pretenden influencia, hacen difícil definirlo con exactitud; a tal punto llega la dificultad que prácticamente no se encuentran dos obras de derecho de familia que lo definan del mismo modo. Por eso me limitaré a reproducir las definiciones más difundidas en el derecho histórico.

Del derecho romano conocemos la de Modestino, según la cual las nupcias son la unión del hombre y la mujer en un consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano (*nuptiæ sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitæ, divini et humani iuris communicatio*), y la de las Instituciones de Justiniano, que expresa que las nupcias o matrimonio son la unión del hombre y de la mujer que lleva consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible (*vir et mulieris coniunctio, individuum vitæ consuetudinem continens*).

También tuvo repercusión mundial la definición de Portalis, para quien es la “sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mediante socorros mutuos a soportar el peso de la vida y para compartir su común destino” (*société de l’homme et de la femme qui s’unissent pour perpétuer leur espèce, pour s’aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée*).

En la doctrina nacional se han intentado varias definiciones del matrimonio. Pero el esfuerzo por hacerlo con precisión es un tanto vano, máxime cuando en la definición se introducen notas que lo caracterizan en el derecho argentino mas no en otros ordenamientos jurídicos. Adviértase que en la obra de uno de los más eminentes civilistas argentinos –Lafaille– se elude toda definición, pero se señalan los diferentes sentidos de la palabra, lo que resulta mucho más útil. Lo fundamental es que el matrimonio-fuente o matrimonio-acto es el acto constitutivo del estado de familia de cónyuges (lo que tampoco es universalmente válido, ya que en ciertos ordenamientos lo constituye la unión de hecho que haya durado determinado lapso), y que el matrimonio-estado es tal estado de familia o vínculo jurídico familiar, trasuntado en un complejo de derechos y deberes que fija el derecho.

El doble significado es tenido en consideración para formular las definiciones por Lagomarsino, quien expresa que el matrimonio-estado es “la institución social fundada en la unión entre el hombre y la mujer tendiente al nacimiento de la familia legítima, a la propagación de la especie y al cuidado de la prole”, y el matrimonio-acto es “el contrato de derecho de familia en virtud del cual un hombre y una mujer formalizan una unión reconocida por la ley como base de la familia legítima”.

§ 58. *CARACTERES.* – Se señalan como caracteres del matrimonio actual la *unidad*, la *monogamia*, la *permanencia* y la *legalidad*. La *unidad* está dada por la *comunidad de vida* a que se hallan sometidos los esposos como consecuencia del vínculo que los liga; para fortalecerla, las legislaciones actuales procuran que la adopción de las decisiones más trascendentes se haga de común acuerdo entre aquéllos.

La doctrina canónica, y también algunos juristas, identifica *unidad* con *monogamia*, pero resulta más claro diferenciar estos dos caracteres dando a la *unidad* el sentido precedentemente indicado. La *monogamia* implica la *unión de un solo hombre con una sola mujer*. Excluye toda forma de *poligamia*, trátase de la *poliginia* (*unión de un hombre con varias mujeres*), y de la *poliandria* o *poliviria* (*unión de una mujer con varios hombres*), o bien del matrimonio entre un grupo de hombres y otro de mujeres. Es un carácter generalizado en la mayor parte del mundo, pero la *poliginia* perdura aún en los países musulmanes.

La *unión conyugal* tiene carácter permanente (o perdurable, o estable) en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad está asegurada por la ley, la que sólo en circunstancias excepcionales permite su disolución. Pero *permanencia* no puede identificarse con *indisolubilidad*, pues es un carácter que se da inclusive en las legislaciones que permiten la disolución del vínculo en vida de los esposos –actualmente, las de casi todo el mundo–, ya que ella sólo puede tener lugar en los casos que la ley prevé y según las formas que regula.

En cuanto a la *legalidad*, cabe considerarla desde el punto de vista del matrimonio-acto o desde el del matrimonio-estado. En el primer aspecto estaría dada por la celebración de las nupcias según las formas impuestas por la ley, pero sobre esto debe señalarse nuevamente la existencia de legislaciones que admiten el matrimonio de hecho. En el segundo, porque los derechos y deberes que de él surgen forman un estatuto legal forzoso, del cual los contrayentes no se pueden apartar.

§ 59. *FINES.* – El Código de Derecho Canónico enuncia en forma expresa los fines objetivos del matrimonio (es decir, los de la institución en sí –*finis operis*–, y no los particulares de cada pa-

reja que se une *–fines operantis–*). Pero mientras que el texto de 1917 distinguía un fin primario *–la procreación y educación de la prole–* y otros fines secundarios *–la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia (canon 1013, § 1)–*, el actualmente vigente, siguiendo lo que ya se había afirmado en la constitución conciliar *Gaudium et spes*, suprime ese orden jerárquico e invierte el orden de enunciación, al expresar que el matrimonio está “ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole” (canon 1055, § 1); con lo que actualmente ambos fines tienen la misma importancia.

Las legislaciones civiles no hacen referencia a los fines del matrimonio, lo que se explica en razón de su irrelevancia jurídica, aunque no por ello debe dejar de considerarse que los fines del matrimonio civil sean similares a los del matrimonio canónico. Con ese criterio, para Borda los fines normales del matrimonio son la satisfacción del amor, la mutua compañía y asistencia, la procreación y la educación de los hijos, y para Lagomarsino la constitución de la familia legítima, la procreación y el cuidado de la prole.

§ 60. *NATURALEZA JURÍDICA*. – A particulares dificultades y disensiones ha dado lugar la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio, problema que se complica porque muchas veces se ha perdido de vista el doble significado jurídico del vocablo “matrimonio”. Es clásica la oposición entre considerarlo como contrato o como institución, pero la doctrina moderna tiende a superarla ateniéndose al indicado doble significado. Por otra parte, ha cobrado relevancia la opinión según la cual el matrimonio-acto no es contrato sino acto jurídico, aun cuando subsiste la discrepancia acerca de sus caracteres como tal.

a) *CONCEPCIÓN CONTRACTUAL CANÓNICA*. Para el derecho canónico, el acto de celebración del matrimonio es, a la vez que sacramento e inseparablemente de él cuando se contrae entre bautizados, un contrato. Lo sería en razón de reunir los elementos esenciales de su existencia: sujetos, objeto y consentimiento; en especial se toma en consideración la existencia de este último elemento. Se aclara, sin embargo, que tiene características especiales que lo distinguen de todos los demás contratos. Es distinto

por su origen, ya que es un contrato natural, impuesto por la naturaleza en bien del género humano, en tanto los demás provienen de la voluntad del hombre; por el consentimiento, que es tan esencial que no puede ser suplido por ninguna autoridad humana ni hay tiempo de prescripción que pueda legalizar la unión sin consentimiento por su objeto principal, ya que sus efectos y los deberes que de él derivan están determinados por la naturaleza y no pueden ser alterados por los contrayentes ni por la autoridad social; por su estabilidad y duración, ya que es perpetuo e indisoluble, no admite rescisión por mutuo acuerdo ni disolución por autoridad humana; y por su excelencia, ya que es sagrado y religioso por naturaleza, y no simplemente civil y profano.

b) *CONCEPCIÓN CONTRACTUAL CIVIL.* Con remota base en las opiniones de los canonistas disidentes –que sustentaban la idea de la separabilidad entre el contrato y el sacramento– se fue elaborando en Francia la concepción del matrimonio como contrato de derecho civil, que constituyó la base de su secularización producida tras la Revolución de 1789. Alcanzó su máxima expresión legislativa en la Constitución de 1791, cuyo tít. II, art. 7º, estableció que la ley no considera al matrimonio sino como un contrato civil (*la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil*), fue la opinión unánime de los juristas del siglo XIX y persistió incluso en muchos del siglo XX.

Autores franceses actuales –como Catherine Labrousse-Riou– se muestran nuevamente atraídos por el carácter contractual del matrimonio, sobre la base de los cambios legislativos producidos a partir de 1975 –admisión del divorcio vincular por mutuo consentimiento y por ruptura de la vida en común–, los que implicarían no ya solamente su extinción por disenso o por incumplimiento de las obligaciones que de él derivan sino inclusive la necesidad de un consentimiento permanente y no sólo inicial, así como la regulación convencional de algunos efectos (p.ej., la fijación convencional de la residencia conyugal).

c) *CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL.* Si bien la teoría de la institución, y su aplicación al matrimonio, tuvieron su desarrollo en Francia a partir de principios de siglo XX –enfrentándose a la concepción del matrimonio como contrato civil, y quizá como consecuencia de los excesos a que ésta podía dar lugar–, antes la ha-

bía conocido Vélez Sársfield y quedó expuesta en la nota al título “Del matrimonio” de nuestro Código Civil.

Decía allí nuestro codificador entre otros conceptos: “En un tiempo, la Iglesia Católica lo consideró sólo como un sacramento y la idea religiosa dominó todo el derecho. Vino la Revolución Francesa, y el matrimonio fue legislado por sólo los principios que rigen los contratos. La lógica del jurisconsulto fácilmente dedujo del error de que partía, las formas que debían acompañarlo para su validez: el divorcio perpetuo y la omnímota facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran. Los extremos no podían satisfacer ni la conciencia de los pueblos cristianos ni las relaciones indispensables de las familias, ni menos las necesidades sociales. Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación jurídica cualquiera. La sociedad no marcharía a la par de las leyes: serían necesarias tantas excepciones al contrato, que vendría a quedar sin ninguno de los principios que sirven de base a las convenciones particulares”.

Y luego señalaba: “Había otra manera de considerar el acto que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una institución social fundada en el consentimiento de las partes; y entonces las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones, tan diferentes de las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución”.

Añade que bajo ese punto de vista considerará al matrimonio, y transcribe luego conceptos de Lord Robertson –tomados, como recuerda Arias, de la obra de Story–, quien señala sus diferencias con todos los demás contratos y la inaplicabilidad de las reglas de éstos en su constitución y en los medios de ejecución, y finalmente los siguientes conceptos de Savigny: “Se ha querido colocar al matrimonio al lado de la venta o de la sociedad, como un mero contrato consensual, que por una singular inadvertencia olvidaron los romanos. Cuando el sacerdote pregunta a los esposos si quieren prometerse amor y fidelidad hasta la muerte y los esposos hacen la promesa, esta declaración no implica la promesa de ciertos actos determinados, ni la sumisión a una ejecución jurídica en el caso en que esos actos no se cumpliesen. Esa promesa significa sólo, que los esposos conocen los preceptos del cristianismo sobre

el matrimonio, y que tienen la intención de conformar a ellos toda su vida”.

En Francia, se cita como primera expresión de la tesis institucional del matrimonio una obra de La Breda, *Considérations sur le mariage du point de vue des lois*, publicada en Lyon en 1877. Un cuarto de siglo después la enunció algo vagamente Charles Lefebvre, para quien el matrimonio es una institución que no pertenece principalmente al orden jurídico de los contratos porque no se permite a los contrayentes estipular como verdaderos contratantes; inclusive restó valor al antecedente de la Constitución de 1791, pues en la expresión utilizada –“contrato civil”– habría prevalecido por sobre el tecnicismo del vocablo “contrato” la tendencia a la secularización del matrimonio expresada en la calificación de “civil”.

Pero el desarrollo de la teoría sólo iba a producirse por medio de la exposición de Hauriou, aplicada al matrimonio especialmente por Renard y por Bonnacase, bien que este último no dejase de reconocer que la institución era puesta en movimiento por un acto jurídico.

La teoría de la institución ha influido también en el derecho canónico, pues algunos canonistas modernos han intentado introducirla en él; esta tendencia no ha tenido mayor acogida, pero la constitución pastoral *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II (7 de diciembre de 1965) parece admitirla al decir que “del acto humano por el que los esposos se dan y se reciben mutuamente nace, aun ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divina”.

En el derecho positivo, la ha recogido el Código Civil de las Islas Filipinas de 1949, cuyo art. 52, parte primera, expresa que “el matrimonio no es un mero contrato sino una institución social inviolable”.

En nuestro país, se adhieren a ella Frías y Borda, el segundo afirmando que es indudable que el matrimonio es una institución, y no un contrato, en razón de las diferencias entre una y otra señaladas por Renard.

d) *CONCEPCIÓN MIXTA*. La teoría contractual pone el acento en el consentimiento de las partes expresado en el acto de celebración; la institucional, por el contrario, en la inderogabilidad por

las partes del régimen legal a que quedan sometidas como consecuencia de ese acto, del complejo de derechos y deberes de los cuales no pueden apartarse. Fácil es advertir que su contraposición es en cierta medida falsa, ya que la primera tiene en vista primordialmente el matrimonio-acto, y la segunda el matrimonio-estado.

A pesar de sostener la teoría de la institución o, más aún, de ser el único de los civilistas franceses que la aplicó al matrimonio, no dejó de advertir la situación Bonnecase, quien —sin embargo— restó importancia al acto jurídico considerándolo subordinado a la institución. Pero el intento de conciliar las dos doctrinas proviene de Rouast, en la obra en que colaboró con Planiol y Ripert, y fue luego admitido por Julliot de la Morandière, Carbonnier, los Mazeaud, Marty y Raynaud, Bénabent, Cornu y otros autores.

e) *ACTO JURÍDICO FAMILIAR.* Gran parte de la doctrina moderna considera que el matrimonio es un acto jurídico familiar (negocio jurídico familiar en la terminología italiana y española). Claro está que se trata de caracterizar el acto de celebración del matrimonio, de modo que esta posición no es incompatible con ver en el matrimonio-estado una institución no sólo social sino también jurídica.

Como antecedente de esta tesis pueden señalarse las opiniones de autores que señalaron que no se trataba propiamente de un contrato sino de una convención, ya que no habría diferencia entre acto jurídico bilateral y convención. Lo caracterizan como acto jurídico familiar —aunque para algunos es bilateral y para otros complejo— en Alemania von Tuhr, en Italia Messineo y Stolfi, en España Castán Tobeñas, Puig Brutau, Albaladejo y Díez-Picazo, en Francia Bonnecase, Julliot de la Morandière, Ripert y Boulanger, y los Mazeaud, y en nuestro país Salvat, Lafaille, Rébora, Pavón, Spota, Mazzinghi, Díaz de Guijarro, Frías, Molinario, Borda, León y Zannoni. Como resulta de esta enunciación, algunos de los autores que lo califican de acto jurídico familiar también son partidarios de la teoría de la institución en cuanto al matrimonio-estado, o bien de la concepción mixta.

f) *CONCLUSIONES.* Surge claramente de la precedente reseña doctrinal que, en buena medida, la discusión entre la concepción contractual y la institucional deriva de no haber fijado la atención en que el vocablo “matrimonio” tiene, jurídicamente, el doble

sentido señalado al principio de este capítulo: matrimonio-acto y matrimonio-estado.

Pero no se sigue de ahí que pueda aceptarse la concepción mixta según la cual el matrimonio es a la vez contrato e institución, o contrato por el cual las partes se adhieren a una institución. Por lo pronto, porque no es lo mismo que una cosa tenga una doble naturaleza o participe de dos naturalezas diferentes, o que se trate de dos cosas distintas designadas con el mismo vocablo en virtud de que el idioma se sirva de la misma palabra para identificarlas o porque otras formas idiomáticas que designarían a una sola de esas dos cosas no se utilice jurídicamente (caso de boda, casamiento o nupcias). Pero fundamentalmente porque, como he señalado al tratar del acto jurídico familiar, la noción de contrato es extraña a los actos jurídicos familiares personales, ya que es un concepto esencialmente patrimonial; por eso debe desecharse también la expresión “contrato de derecho de familia”.

Lo que corresponde, pues, es determinar por un lado la naturaleza del matrimonio-acto, y por otro la del matrimonio-estado.

En cuanto al matrimonio-acto, no parece dudoso que es un acto jurídico familiar (ver § 29 a 38). En cambio, el matrimonio-estado es un régimen legal, un complejo de derechos y deberes que las partes no pueden modificar y a los cuales quedan sometidos como consecuencia del matrimonio-acto. Pero entonces, como institución jurídica, se trataría de una institución-cosa, y no de una institución-persona como parecen haberlo querido caracterizar Hauriou y Renard.

§ 61. *CARÁCTER DEL MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO.* – Admitido que el matrimonio-acto es un acto jurídico familiar, las dificultades no concluyen allí, pues se discute si se trata de un simple acto bilateral o si la intervención del oficial público en su celebración lo convierte en acto complejo. La duda puede plantearse en nuestro derecho como consecuencia de que su actuación no se limita a recibir las declaraciones del consentimiento de los esposos sino que además pronuncia en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio (art. 188, párr. tercero *in fine*, Cód. Civil, texto según ley 23.515); su función va, pues, más allá que la del notario en las escrituras públicas, quien se limita a dar fe de lo expuesto por los otorgantes.

El carácter de acto complejo –adelantado por Bonnacase– es afirmado en Italia por Vassalli y De Ruggiero, y parece aceptarlo Messineo, fundados en que se forma con el concurso de las voluntades particulares de los contrayentes y de la voluntad del Estado. Entre nosotros, era la opinión de Spota, quien entendía que hay acto complejo todas las veces que la celebración y perfección del negocio jurídico depende, no sólo de una o varias declaraciones de voluntad que se hallan en un pie de igualdad jurídica, sino también de otra declaración de voluntad que actúa en un plano distinto al de quien o quienes formulan aquellas declaraciones; esta última voluntad no sería un asentimiento, aprobación o autorización sino otra declaración de voluntad que integra el acto. La celebración del matrimonio constituiría así un acto jurídico bilateral en cuanto las partes son los dos contrayentes, pero también lo sería complejo en cuanto su perfeccionamiento depende de una declaración de voluntad constitutiva, la del oficial público; no habría yuxtaposición de actos jurídicos ni complejo de actos jurídicos, ya que la intervención del oficial público no sería acto jurídico por sí misma sino integrante del plexo de voluntades del cual surge el matrimonio.

De manera algo diferente entiende Zannoni la complejidad del acto jurídico matrimonial, pues sin desconocer que estructuralmente es un acto jurídico bilateral, añade que queda integrado por el control de legalidad ejercido por el oficial público encargado del registro civil. Habría, con ese criterio, un acto subjetivamente complejo, integrado por el acto bilateral resultante de la declaración del consentimiento de los contrayentes, y el acto administrativo que implica el control de legalidad ejercido por el oficial público; sólo la conjunción de esos dos actos constituiría el vínculo.

La opinión según la cual el matrimonio es acto jurídico complejo ha sido refutada por varios autores italianos, fundamentalmente porque el vínculo nace de la voluntad de los contrayentes, en tanto que la del Estado no tiene el mismo valor ni puede ser puesta en el mismo plano que la de los esposos. En nuestro país, Díaz de Guijarro se limitó a expresar que no comparte la complejidad del acto.

Para establecer si el matrimonio es verdaderamente un acto complejo, sería preciso determinar el concepto de “acto complejo”, lo que ofrece la primera dificultad, ya que se sustentan posiciones

diversas. Para algunos es aquél en el cual dos o más declaraciones de voluntad tienen el mismo fin y contenido y se funden en una voluntad unitaria (p.ej., enajenación por condóminos); para otros es el compuesto de una serie de actos que se funden en un acto único, como la oferta aceptada; para Spota, es lo mismo que acto colectivo o conjunto, suma de declaraciones de voluntad paralelas pero no recíprocas, como la fundación de una asociación.

La noción de acto complejo es, pues, confusa y provoca discrepancias doctrinales; además, cualquiera que sea la posición que se acepte, no veo que en ninguna de ellas encuadre el matrimonio. Pero lo que a mi juicio es fundamental para negar la calidad de acto complejo del matrimonio y reafirmar su carácter bilateral es que ningún juego tiene en la formación del acto la voluntad del oficial público, o la del Estado por él manifestada. Su función se limita a comprobar –por los medios que la ley específicamente le señala– la identidad de las partes, su habilidad para casarse y la expresión de su consentimiento. Reunidos los requisitos legales no podría deliberar entre la celebración o la no celebración del matrimonio, simplemente está obligado a celebrarlo. En esas condiciones, por más que deba “pronunciar” que los esposos quedan unidos en matrimonio, no puede verse allí una declaración de voluntad sino simplemente la expresión fehaciente de que el acto se ha cumplido en legal forma.

Si se aceptase que la voluntad del oficial público integra el acto como en los actos llamados “complejos” por existir de la parte única o de una de las partes otorgantes una pluralidad de manifestaciones de voluntad concurrente, habría que llegar a la conclusión de que la teoría de los vicios del consentimiento sería aplicable al oficial público, lo que es absurdo.

Accesoriamente, debe señalarse que en el derecho civil argentino –como se verá con mayor extensión al tratar de la inexistencia del matrimonio– la declaración del oficial público de que los esposos están unidos en matrimonio es un requisito formal, no de existencia del acto, ya que el art. 172 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) no lo prevé entre los segundos. Si se tratase de un acto complejo, no tendría existencia como tal sin la concurrencia de tal declaración.

A tal conclusión ha de llegarse desde el punto de vista del derecho civil, sin perjuicio de que pueda verse en la declaración del

oficial público –realizada previo control de legalidad en los límites señalados por la propia ley civil– un acto administrativo, tal como señala Zannoni. Mas tal acto administrativo resulta de poca trascendencia en el campo civil, puesto que sus irregularidades no podrían afectar la validez del matrimonio, cuyos efectos jurídicos sólo están regidos por el derecho privado.

§ 62. *EVOLUCIÓN HISTÓRICA.* – El origen del matrimonio se vincula con el origen de la familia, y a su respecto existe igual disidencia que con relación a ésta. En los pueblos cuyo conocimiento nos llega por medio de la historia, se presenta como institución regulada por la ley o por la religión.

En cuanto al número de personas que lo integran, se distingue el matrimonio monogámico (de un hombre con una mujer) del poligámico (de uno o más hombres con una o más mujeres). Todas sus formas se han presentado en algún lugar y momento histórico, pero no existe una evolución progresiva de una a otra.

En cuanto a la forma de iniciarse la unión, se distingue el matrimonio por raptó, el matrimonio por compra y el matrimonio por consentimiento de los contrayentes. Aquí sí parece haber habido una evolución histórica de la cual las tres formas mencionadas habrían sido pasos sucesivos. La primitiva del matrimonio por raptó se fundaba únicamente en la superioridad física masculina; su existencia parece indudable por los vestigios que ha dejado en las formas de celebración de las nupcias en algunos países en que se simula la apropiación violenta de la mujer, tal como en algunas de las formas de matrimonio reconocidas en la India, y asimismo en los países de cultura occidental en que es costumbre que el flamante esposo entre con la esposa en brazos al nuevo hogar. La forma del matrimonio por compra supone un primer paso en la elevación del rango de la mujer, que se convierte en cosa valiosa que sus padres negocian, pero sin dejar de ser todavía cosa; el rastro queda también en los sponsales de futuro, en especial en las arras sponsalicias, y en la forma de matrimonio que simula la compra, que tuvo aplicación en el derecho romano.

Finalmente, el matrimonio fundado en el consentimiento de los contrayentes es relativamente reciente, ya que se presenta claramente sólo en el derecho romano y en cierta etapa de la evolución

de las costumbres germánicas; únicamente en esta fase el consentimiento de la mujer asume relevancia en la celebración.

En Roma, el matrimonio era la cohabitación del hombre y la mujer con la intención de ser marido y mujer (*affectio maritalis*); si desaparecía alguno de esos dos elementos –cohabitación y *affectio*– el matrimonio dejaba de existir. El acto de celebración solía ir acompañado de fiestas y ceremonias que variaron según la evolución de las costumbres, pero en definitiva lo importante era el estado resultante de los indicados elementos, mas no el acto.

El cristianismo tuvo singular importancia para la formación del matrimonio moderno, como que el derecho canónico es la base de la legislación matrimonial civil. Las innovaciones fundamentales a que dio lugar fueron la dignificación de la familia fundada en el matrimonio, la tendencia a la desaparición de las uniones desiguales –como el concubinato, que existía en el derecho romano y persistió en el español antiguo, o el matrimonio morganático del derecho germánico anterior a la codificación–, el carácter esencial del consentimiento personal de la desposada en el acto de celebración, la proscripción del repudio, y la tendencia hacia la igualdad jurídica de los esposos. Además la Iglesia Católica, a partir del Concilio de Trento, consideró uniformemente al matrimonio como uno de los sacramentos y rechazó el divorcio absoluto, circunstancias éstas que no se dan en las protestantes ni en las ortodoxas.

§ 63. *EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CANÓNICO.* – Para el derecho canónico, el matrimonio es una institución del derecho natural que fue elevada por Jesucristo a la categoría de sacramento. El cristianismo consideró desde los primeros tiempos al matrimonio como sacramento. Así lo afirmó San Pablo en la Epístola a los Cristianos de Éfeso (cap. V, vers. 22 y ss.) y, frente a la discrepancia de algunos canonistas del siglo XII, tal carácter fue consagrado dogmáticamente por los concilios de Lyon de 1274 y de Florencia de 1439/1441. Negado por Lutero y por Calvino, el Concilio de Trento volvió a reafirmar en 1563 que es un sacramento instituido por Cristo que confiere la gracia (sesión XXIV, canon 1), y lo recordaron insistentemente diversos pontífices: Pío XI en su alocución *Acerbissimum vobiscum* y en la proposición 65 del

Syllabus, León XIII en la encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae*, Pío X en la proposición 51 del decreto *Lamentabile* y Pío XI en la encíclica *Casti connubii*. Igualmente, el canon 1055, § 1, expresa que “la alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”, y el § 2 añade que, “por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento”.

Distingue este ordenamiento el matrimonio-acto, que denomina “matrimonio *in fieri*”, del matrimonio-estado, denominado “matrimonio *in facto esse*”. Matrimonio *in fieri* es el contrato legítimo entre un varón y una mujer que produce una comunidad indisoluble de vida; se refiere a él el canon 1057, § 1, al expresar que “el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles ...”. Matrimonio *in facto esse* es la comunidad de vida resultante del matrimonio *in fieri*, definida por el canon 1055, § 1, como “un consorcio de toda la vida”, y por el 1096, § 1, como “un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual”.

Los caracteres del matrimonio *in fieri* son los siguientes: *a*) es bilateral, pues requiere el consentimiento de los dos contratantes; *b*) es legítimo, pues su celebración está reglamentada por la ley canónica; *c*) es indivisible, pues no puede ser válido para una de las partes e inválido para la otra, y *d*) produce una comunidad indisoluble de vida, el vínculo matrimonial o matrimonio *in facto esse*. El matrimonio *in fieri* es, pues, el acto inicial del matrimonio *in facto esse*. Además es un sacramento cuando es contraído entre bautizados (canon 1055); también se convierte en sacramento el matrimonio entre infieles cuando ambos son bautizados, por lo menos para la generalidad de los canonistas modernos, aunque algunos ponen esto en duda, pues no se explica claramente cuál es el momento concreto en que el sacramento se administra.

Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad (equivalente en el concepto canónico a monogamia) y la indisolubilidad en vida de los esposos (canon 1056).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Barbero, Omar U., *Naturaleza del matrimonio en el derecho civil argentino, a partir de la ley 23.515*, en "Derecho de Familia", Santa Fe, 1990, p. 101.
- Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, tr. y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.
- Bonnecase, Julien, *La filosofía del Código Napoleón aplicada al derecho de familia*, tr. de José M. Cajica, México, Cajica, 1945.
- Capparelli, Julio C., *El valor institucional del matrimonio*, "Prudentia Juris" (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires), n° 27/28, 1991, p. 83.
- Cariota Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico*, tr. y notas de Manuel Albaladejo, Madrid, Aguilar, 1956.
- Di Pietro, Alfredo, *Fines del matrimonio*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 421.
- Epstein, Alberto B., *Esencia y definición teleológica del matrimonio*, en "Boletín del Instituto de Derecho Civil 'Henoch D. Aguiar' de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba", año 1967, n° 1/4, y separata, Córdoba, 1968.
- Espinar Lafuente, Francisco, *El negocio jurídico*, separata de la "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1963.
- Fuenmayor Champín, Amadeo de: *El matrimonio como contrato civil* (separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia), Madrid, 1976.
- Hauser, Jean, et Lemouland, Jean-Jacques, *Mariage*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", Répertoire de droit civil, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1990.
- Hervada Xiberta, Francisco J., *Los fines del matrimonio*, Pamplona, 1960.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Matrimonio*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIX, p. 146.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo V. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.
- López del Carril, Julio J., *Matrimonio*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 632.
- Mazzinghi, Jorge A., *Matrimonio en el derecho canónico*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 616.
- Medina, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001.
- Molinario, Alberto D., *Ensayo sobre definición del matrimonio, como acto jurídico, en el derecho civil argentino*, "Revista de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral", n° 52 y 53, Santa Fe, 1947, y tirada aparte, Santa Fe, 1948.
- Renard, Georges, *La théorie de l'institution*, Paris, 1930.
- *L'institution*, Paris, 1933.

CAPÍTULO X

REQUISITOS INTRÍNSECOS. IMPEDIMENTOS

§ 64. *REQUISITOS DEL MATRIMONIO.* – Para que exista matrimonio válido y lícito es necesaria la reunión de requisitos intrínsecos o de fondo y extrínsecos o de forma.

Los requisitos intrínsecos son la diversidad de sexo de los contrayentes, la ausencia de impedimentos y el consentimiento de aquéllos. Pero su falta no tiene en todos los casos iguales consecuencias. Así, la igualdad de sexo y la falta de consentimiento dan lugar a que no exista matrimonio; la configuración de ciertos impedimentos y los vicios del consentimiento, a que sea anulable; y la de otros impedimentos, simplemente a la ilicitud, que puede derivar en otro tipo de sanciones.

En cuanto a los requisitos extrínsecos, si no se trata del fundamental, esto es, que el consentimiento sea otorgado ante el oficial público determinado por la ley –cuya ausencia provoca la inexistencia del matrimonio–, su falta de cumplimiento tampoco puede fundar la anulación del matrimonio, según la posición doctrinal más difundida.

§ 65. *DIVERSIDAD DE SEXO.* – La diversidad de sexo de los contrayentes es un requisito tan esencial para la existencia del matrimonio que la generalidad de las legislaciones se abstiene de enunciarlo expresamente, dándolo por supuesto. Sólo unas pocas prevén explícitamente las consecuencias de un matrimonio contraído por dos personas del mismo sexo; lo considera jurídicamente inexistente el Código Civil portugués (art. 1628, inc. e) y abso-

lutamente nulo el Código Civil de Camboya (art. 115), la ley de matrimonio de Madagascar de 1962 (art. 41) y el Código de la Familia de Bolivia (art. 84, inc. 2°).

En nuestro país, Bibiloni propuso establecer como impedimento matrimonial “la identidad de sexo en ambos contrayentes”, por estimar que era necesario en razón de la frecuencia con que se producen casos contrarios y de no autorizar la ley nulidades implícitas. Sin embargo, la comisión redactora del Proyecto de 1936 lo suprimió por considerarlo inútil en razón de implicar una causa fundamental de invalidez, y no insistió en su formulación el Anteproyecto de 1954.

La ley 23.515 incluyó a la diversidad de sexo como requisito esencial del matrimonio en el nuevo texto del art. 172 del Cód. Civil, según el cual “*es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer...*”.

Sin embargo, existe actualmente un movimiento de las organizaciones de homosexuales de diversos países tendiente a lograr –so pretexto de eliminación de discriminaciones– la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, pretensión que ha tenido buen éxito en algunos países europeos.

En primer lugar, la ley danesa de 1989 estableció el “partenariado” registrado, unión de dos personas del mismo sexo a la cual son aplicables las normas legales del matrimonio, con excepción de la posibilidad de adoptar. Pero en 1999 se añadió la posibilidad de que uno de los miembros de la pareja adopte a los hijos del otro.

La ley danesa de 1989 fue seguida por Noruega en 1993. Suecia en 1994, Islandia en 1996 y Holanda en 1998. En este mismo año, Bélgica instituyó la “cohabitación legal”.

En España, Cataluña dictó la ley sobre uniones estables heterosexuales y homosexuales en 1998, seguida por Aragón un año más tarde. Las reglas de la ley catalana sobre las uniones homosexuales son en general similares a las relativas a las uniones heterosexuales, con las diferencias de que deben ser constituidas por escritura pública (art. 21), que no se prevé la posibilidad de adopción por los convivientes, y que se establece entre ellos un derecho de sucesión *ab intestato* en proporciones variables, según con qué otros herederos concurren (art. 34).

En Francia, una ley de 1999 creó el “pacto civil de solidaridad” (PACS), definido por el nuevo art. 515-1 como el “contrato concluido entre dos personas físicas mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común”. Consagra así una suerte de vínculo inferior al matrimonio, que a diferencia de éste puede ligar no sólo a un hombre y una mujer sino también a dos personas del mismo sexo, y al cual reconoce algunos efectos similares a los de aquél. Rigen impedimentos similares a los establecidos para la celebración del matrimonio (art. 515-2). El pacto debe ser presentado ante el secretario del tribunal de la circunscripción judicial donde se fija la residencia común, y registrado (art. 515-3). Se prevén efectos personales entre las partes, consistentes en la ayuda material mutua (art. 515-4), efectos patrimoniales entre partes –presunción de indivisión de los bienes adquiridos después de la unión (art. 515-5)–, y, con relación a terceros, la solidaridad en las deudas contraídas por uno de los convivientes para las necesidades de la vida corriente y los gastos relativos a la vivienda común (art. 515-4). La disolución puede ser expresa, por acuerdo o por voluntad unilateral, pero también resulta del matrimonio de una de las partes y de la muerte (art. 515-7).

En Holanda, una ley de septiembre de 2001, en vigencia desde el 1º de abril de 2001, permite el matrimonio homosexual con la única limitación de que sólo permite la adopción de menores de nacionalidad holandesa. Un proyecto similar se prevé que entre en vigor en Bélgica en 2002.

Finalmente, en Alemania rige, desde el 1º de agosto de 2001, una ley que permite el registro en las alcaldías municipales de las uniones homosexuales, a las cuales confiere efectos civiles similares a los del matrimonio en materia de nombre y de herencia, a más de derechos previsionales (seguros de enfermedad y de desempleo).

A) TEORÍA GENERAL DE LOS IMPEDIMENTOS

§ 66. *CONCEPTO Y CLASES.* – Reciben la denominación “de impedimentos” los hechos o situaciones que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio. La ley, con vistas a favorecer la celebración del matrimonio, en lugar de fijar requisitos positivos de habilidad para contraerlo, parte del principio de que todas

las personas están facultadas para hacerlo, salvo las que se encuentren en las situaciones de excepción expresamente previstas. Los impedimentos legales están, pues, taxativamente enumerados y no pueden ser ampliados por vía interpretativa.

Los impedimentos matrimoniales pueden ser clasificados según diversos criterios.

Por la índole de la sanción a que da lugar su inobservancia, se clasifican en *dirimentes e impedientes* o *prohibitivos*, expresiones que no utiliza la ley argentina, pero que la doctrina ha tomado del derecho canónico y de la doctrina de países que legislaron el matrimonio civil con anterioridad al nuestro. Impedimentos dirimentes son aquellos cuya violación habilita al ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio; impedimentos impedientes o prohibitivos son aquellos cuya violación no da lugar a dicha sanción, sino que se resuelven en sanciones de otro tipo, o bien cumplen sólo una función preventiva, de modo que si bien el oficial público que los conoce debe negarse a autorizar la celebración del matrimonio, una vez contraído ninguna consecuencia jurídica produce su inobservancia. En nuestro ordenamiento jurídico no existe una enunciación de los impedimentos dirimentes así calificados, pero ellos son los enunciados en el art. 166, incs. 1 a 8, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), ya que la sanción de nulidad está establecida a su respecto en los arts. 219 y 220.

Por las personas respecto de las cuales se aplican, pueden ser *absolutos* o *relativos*. Son absolutos los que obstan a la celebración del matrimonio con cualquier persona, como la falta de edad legal, y relativos los que sólo representan un obstáculo con respecto a personas determinadas, como el parentesco.

Por el tiempo de vigencia, se dividen en *perpetuos* y *temporales*. Los *perpetuos* no están destinados a desaparecer por el transcurso del tiempo, como los derivados del parentesco. Los *temporales* están sujetos a extinción por el transcurso de un plazo cierto o incierto. Ejemplos de impedimentos temporales de plazo cierto serían la falta de edad legal o la disolución del matrimonio durante la minoridad, y de temporales de plazo incierto, el matrimonio anterior subsistente, que cesa por la muerte del cónyuge.

Finalmente, pueden ser *dispensables* o *indispensables*. *Dispensables* son los que pueden ser removidos mediante la autoriza-

ción de contraer matrimonio (dispensa) otorgada por determinada autoridad; los *indispensables* no pueden ser removidos de manera alguna. La dispensa es una institución originada en el derecho canónico que de él pasó a algunas leyes civiles. En el texto originario de nuestra ley de matrimonio civil no existía, pero lo introdujo –con relación a la falta de edad legal– el art. 14 de la ley 14.394 y lo mantuvo la ley 23.515 en el nuevo texto del art. 167 del Cód. Civil; en algunos países hay otros supuestos de impedimentos dispensables, tales como ciertos grados de parentesco.

§ 67. *EFFECTOS.* – Los efectos de los impedimentos matrimoniales son los siguientes:

a) *SON CAUSA DE OPOSICIÓN AL MATRIMONIO Y DE DENUNCIA.* La oposición a la celebración del matrimonio sólo puede tener por motivo la existencia de impedimentos (art. 176, Cód. Civil, texto según ley 23.515); también puede tener lugar, sobre la base de los impedimentos dirimentes, la denuncia de su existencia al oficial público (art. 178, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

b) *SON CAUSA DE NEGATIVA DEL OFICIAL PÚBLICO A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.* El oficial público que tiene conocimiento de la existencia de un impedimento, sea dirimente o impediendo, debe negarse a celebrar el matrimonio (art. 195, Cód. Civil).

c) *DAN LUGAR A SANCIONES CIVILES.* Son ellas, la nulidad del matrimonio en el caso de los impedimentos dirimentes, y sanciones diversas –que serán estudiadas al tratar de estos impedimentos– en los impediendo.

d) *DAN LUGAR A SANCIONES PENALES.* El Código Penal tipifica en los arts. 134 a 137 los delitos de matrimonios ilegales (capítulo I del título “Delitos contra el estado civil”), varios de los cuales están dados por la celebración a pesar de la existencia de impedimentos.

Son ellos: 1) la celebración de matrimonio a pesar de saber ambos contrayentes que existe un impedimento que causa su nulidad absoluta, reprimida con prisión de uno a cuatro años (art. 134); 2) la celebración del matrimonio a pesar de saber uno de los contrayentes que existe tal tipo de impedimento, cuando oculta esa circunstancia al otro, con prisión de dos a seis años (art. 135,

inc. 1); 3) la autorización del matrimonio por el oficial público a pesar de saber de la existencia de los antedichos impedimentos, con igual pena que la establecida en cada caso (art. 136, párr. primero); 4) la autorización del matrimonio por el oficial público que ignora la existencia de tales impedimentos como consecuencia de no haber llenado los requisitos prescriptos por la ley para la celebración, con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos (art. 136 y ley 24.286), y 5) el consentimiento para el matrimonio de un menor impúber por su representante legítimo, con igual pena (art. 137).

B) IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

§ 68. *CONSANGUINIDAD*. – Estos impedimentos están enunciados en el art. 166 del Cód. Civil (texto según ley 23.515). La disposición no aclara su carácter de tales, pero resulta de que los ocho primeros están previstos como causales de nulidad del matrimonio en los arts. 219 y 220. En cuanto al del inc. 9, no constituye en realidad un impedimento, sino una circunstancia demostrativa de la imposibilidad de manifestar el consentimiento (ver § 74).

Los dos primeros incisos contemplan el parentesco por consanguinidad, considerando como impedimentos: “1) *la consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación*; 2) *la consanguinidad entre hermanos o medio hermanos*”.

La ley argentina impide así el matrimonio en las mismas líneas y grados que la formulación definitiva del derecho canónico consideró indispensable el parentesco consanguíneo, solución consagrada en el canon 1078, § 3, del Código de 1983, pero que debe haber sido la interpretación corriente ya con anterioridad al Código de 1917. En cambio, el matrimonio resulta permitido en los grados del parentesco colateral en que el derecho canónico permite la dispensa, institución ésta que la ley de matrimonio civil suprimió, y que sólo reapareció, respecto de la falta de edad, en la ley 14.394, ampliada en este aspecto por la 23.515.

§ 69. *AFINIDAD*. – El inc. 4 del art. 166 considera como impedimento “*la afinidad en línea recta, en todos los grados*”.

No hay, pues, obstáculo para el matrimonio con afines en línea colateral. Coincide esta solución con la de la nueva legislación canónica, que ha suprimido el impedimento de afinidad colateral (canon 1092), que en el anterior Código existía aunque era dispensable.

Su carácter permanente es indudable. Precisamente aparece tras la disolución del matrimonio que ocasiona el parentesco por afinidad, ya que antes el matrimonio entre afines no habría sido posible en razón de que uno de ellos estaba vinculado por un matrimonio subsistente. Inclusive subsiste después de un nuevo matrimonio disuelto.

Se discute si del matrimonio anulado deriva afinidad como impedimento matrimonial. Hay una solución mayoritaria, la negativa, fundada en que la anulación ha privado de sus efectos al matrimonio, y entre los efectos suprimidos está la afinidad. Cabe recordar que la solución es diferente en el derecho canónico, donde del matrimonio nulo deriva un impedimento semejante a la afinidad, el de pública honestidad, pero que está establecido expresamente y separadamente de aquél (canon 1093).

Sin embargo, disintieron Segovia, Rébora y Busso. Para Segovia y Rébora la afinidad subsiste como impedimento matrimonial después de la anulación del matrimonio que la creó, independientemente de que éste fuese putativo o hubiera sido celebrado de mala fe por ambos contrayentes. En cambio, Busso, sin desconocer el principio de que no hay afinidad, entiende que sí la hay cuando se invoca la buena fe para lograr los efectos del matrimonio putativo.

En este punto me pliego a la opinión mayoritaria, fundada en claras razones. Anulado un matrimonio, como principio todos sus efectos desaparecen retroactivamente; claro está que ese principio reconoce excepciones, pero éstas están determinadas en la ley, y entre ellas no se encuentra la subsistencia de la afinidad. Ello es así sin perjuicio de que *de lege ferenda* pudiera estimarse necesario introducir el impedimento de pública honestidad; pero tal solución sería desacertada, ya que implicaría una prohibición ineludible que no es tal ni siquiera en el derecho canónico, donde el impedimento es dispensable.

§ 70. **PARENTESCO ADOPTIVO.** – El impedimento de parentesco fue incluido originariamente en las leyes de adopción. Por la ley 23.515 se lo introdujo en el texto de Código Civil.

a) *ANTECEDENTES*. El art. 17 de la ley 13.252 establecía: “No pueden contraer matrimonio: a) el adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes; b) el adoptado con el cónyuge del adoptante ni el adoptante con el cónyuge del adoptado; c) los hijos adoptivos del mismo adoptante entre sí, y d) el adoptado con un hijo del adoptante”.

Sin embargo, y a pesar de que los legisladores manifestaron expresamente su propósito de asimilar casi totalmente la familia adoptiva a la matrimonial, la ley no fijó la sanción a que darían lugar esas prohibiciones. Con ello surgió la disputa doctrinal acerca de si la consecuencia de su violación era la nulidad, con lo que habríase tratado de un impedimento dirimente, o bien si a falta de sanción expresa sólo era un impedimento impediendo de eficacia meramente preventiva.

La primera de las opiniones fue sustentada por numerosos autores –Borda, Spota, Díaz de Guijarro, Mazzinghi, Bossert, Moreno Dubois, Zannoni y Orquín– fundamentalmente por aplicación del art. 18 del Cód. Civil, según el cual “*los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención*”. A ese argumento añadía Spota el fundado en el art. 12 de la ley 13.252, según el cual el adoptado sería considerado como hijo legítimo; y Mazzinghi expresaba que no opinaba así por aplicación automática del art. 18, sino por ser el resultado análogo al que surge de otros impedimentos de parentesco. Reconocía, sin embargo, Borda que la solución era demasiado dura, y opinaba Mazzinghi que debía invertírsela, haciendo del matrimonio prohibido causa de disolución de la adopción.

Para otra corriente –que compartí con Poviña, Fassí y López del Carril–, la falta de sanción expresa de nulidad y la admisión de la teoría de la especialidad en materia de nulidades matrimoniales conducía a que los impedimentos establecidos en la ley de adopción fuesen meramente impeditivos y no derivase sanción alguna de la celebración de los matrimonios prohibidos, ya que conforme a dicha teoría no existen más causales de nulidad del matrimonio que las explícitamente legisladas. A ese motivo fundamental cabía agregar todavía el derivado de la revocabilidad de la adopción; al ser ésta revocable, el impedimento podía ser libremente suprimido por los interesados posibilitando un matrimonio indudablemente válido. Claro está que fallecido el adoptante o el adoptado

la revocación no habría sido posible, pero esa situación venía a confirmar el resultado indicado, ya que de lo contrario habría que haber entendido que cuando mediaba el vínculo más estrecho –adoptante y adoptado– los interesados en casarse podían remover el impedimento, mientras que, en los demás casos, si hubiese fallecido una de las partes de la relación adoptiva, la remoción no habría sido posible; tal solución habría sido absurda por resultar más severo el vínculo menos cercano.

La ley 19.134, al desdoblarse la institución de la adopción en adopción plena y adopción simple, no contuvo referencia alguna a los impedimentos matrimoniales derivados de la primera. Se apartó así, en su art. 14, de uno de los anteproyectos tenidos en vista, el cual –además de establecer como la norma vigente que “el adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones que el hijo legítimo”– aclaraba que regirían los mismos impedimentos matrimoniales que en la familia legítima y que adolecería de nulidad absoluta el matrimonio celebrado en su violación.

Como los impedimentos matrimoniales no son derechos ni obligaciones, pudo llegar a sostenerse que no los hubiera en el parentesco derivado de la adopción plena. Sin embargo, esa conclusión debió desecharse por absurda, ya que no era posible aceptar que los hubiera en el vínculo más débil de la adopción simple (ley 19.134, arts. 26 y 27) y no en el más fuerte de la adopción plena. En consecuencia, y dada la equiparación buscada entre la adopción plena y la filiación de sangre, debió estimarse que –a pesar del deplorable silencio de la ley– regían los impedimentos del art. 9º, incs. 1 a 3, de la ley de matrimonio civil.

Con relación a la adopción simple, el art. 26 de la ley 19.134 sustituyó así al art. 17 de la ley 13.252: “No pueden contraer matrimonio: *a*) el adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes, ni los hijos adoptivos entre sí; *b*) el adoptado con el cónyuge del adoptante, ni el adoptante con el cónyuge del adoptado”.

El inc. *b* era reproducción del mismo inciso de la norma anterior. El inc. *a*, en cambio, refundía los anteriores incisos *a* y el *c*, aunque con menor precisión, pues literalmente “los hijos adoptivos entre sí” no es lo mismo que “los hijos adoptivos del mismo adoptante entre sí”; con la redacción acogida parecería que no

hubiesen podido contraer matrimonio dos hijos adoptivos de diferentes adoptantes, por el solo hecho de su filiación adoptiva, lo que habría sido inicu.

Sin que puedan apreciarse los motivos —esto es, si se trató de una modificación consciente o fue el resultado de la misma falta de prolijidad que reveló el inc. *a*— quedó suprimido el inc. *d* del art. 17 de la ley 13.252, de modo que mientras no se permitía el matrimonio entre los hijos adoptivos de un mismo adoptante, no existía obstáculo para su celebración entre adoptado e hijo del adoptante. La diferencia de trato legal no se justificaba, máxime cuando pudieron haberse tenido a la vista las leyes más modernas sobre la materia, algunas de las cuales contienen disposiciones similares a la anteriormente vigente en nuestro país (Cód. francés, art. 366, reformado en 1966; Cód. belga, art. 363, reformado en 1969; Cód. italiano, art. 87, incs. 6 a 9).

En otro aspecto, el art. 27 de la ley 19.134 establecía que “el matrimonio celebrado con los impedimentos establecidos en el artículo anterior estará afectado de nulidad absoluta”, con lo que puso fin a la discusión anterior sobre el carácter del impedimento. Resultó así claramente dirimente, como que la sanción de nulidad estaba expresa. Pero la solución no fue recibida con beneplácito por la doctrina; Mazzinghi insistió en su anterior posición en el sentido de que la solución debería ser la contraria: revocación de la adopción, y no nulidad del matrimonio, y Goyena Coppello vio ilógica la sanción de nulidad del matrimonio cuando la adopción es revocable.

Mayores críticas suscitó aún la regla del art. 28, último párrafo, según la cual “la revocación extingue, desde su declaración judicial y para lo futuro, todos los efectos de la adopción, con excepción de los impedimentos matrimoniales del art. 26 de esta ley”. Mazzinghi la censuró duramente por el menosprecio del derecho natural y de la libertad de casarse, considerando paradójico que cuando nada queda de la adopción subsista el impedimento; Zannoni y Orquín la consideraron excesiva por no mediar razón valedera para mantener impedimentos matrimoniales entre quienes son extraños, y López del Carril, aun adversario de la revocación de la adopción por mutuo acuerdo, advirtió que si la revocación se acepta no existe fundamento alguno para el mantenimiento de los impedimentos.

b) **RÉGIMEN VIGENTE.** Todas esas objeciones vinieron a ser atendidas por la ley 23.515, que prevé expresamente el supuesto de adopción plena, restituye en la simple los impedimentos que establecía la ley 13.252, e invierte la solución de la ley 19.134 respecto de la revocación de la adopción, haciendo cesar los impedimentos en ese caso. En tal sentido, el nuevo art. 166, inc. 3, del Cód. Civil dice: *“El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incs. 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptado y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada”*.

Conviene aclarar que la alusión de la frase final a la anulación de la adopción simple resulta superflua, ya que si la adopción se anula, los impedimentos matrimoniales que de ella deriva desaparecen porque la anulación la priva de efectos, independientemente de que sea plena o simple.

§ 71. **FALTA DE EDAD LEGAL. LA DISPENSA.** – El art. 9º, inc. 4, de la ley de matrimonio civil establecía como impedimento la circunstancia de “no tener la mujer doce años cumplidos y el hombre catorce”.

Ese precepto quedó modificado por el art. 14 de la ley 14.394, que había elevado las edades mínimas a catorce y dieciséis años, respectivamente. Dice en tal sentido la parte primera del artículo que “para contraer matrimonio se requiere que la mujer tenga catorce años cumplidos y el hombre dieciséis”.

Con la mencionada reforma, la ley argentina volvió a concordar con las normas canónicas. En efecto, en la época de sanción de la ley de matrimonio civil se adoptaron las edades mínimas fijadas en el ordenamiento canónico, pero elevadas en éste por el Código de 1917, la ley 14.394 las aumentó en la misma medida. Respondió así la evolución a la orientación legislativa del siglo xx, que se inclina a fijar edades mayores que las de la mera pubertad para contraer matrimonio, ya que se reconoció que para un acto de tal trascendencia es necesaria una madurez que no se da por la sola circunstancia de poder establecer relaciones sexuales o de poder procrear.

En nuestro medio, la solución del art. 9º, inc. 4, de la ley de matrimonio civil había sido unánimemente criticada por la doctrina. Desde el punto de vista técnico, porque permitía la celebración del matrimonio a mujeres menores impúberes a pesar de su carácter de incapaces absolutos; desde el punto de vista social y científico, por la inconveniencia de la procreación por personas no totalmente desarrolladas y por los peligrosos resultados de uniones celebradas a una edad en que no se ha alcanzado suficiente madurez de juicio para asumir las responsabilidades inherentes al cuidado de los hijos y la dirección de la familia.

En cuanto a la norma de la ley 14.394, con la cual concuerda el Anteproyecto de 1954 (art. 412, inc. 5), se la justificó como una solución intermedia que contemplaba las diversidades temperamentales de los habitantes de un país dilatado como el nuestro, cuyos posibles inconvenientes quedan paliados por la necesidad de venia paterna o judicial para el matrimonio de los menores, así como por su concordancia con el Código Canónico, por la imposibilidad de que la ley fije pautas para un matrimonio ideal, y por el derecho de contraer matrimonio cuando se alcanza el grado mínimo de evolución sexual y mental que impulsa a él. Pero también se la criticó por no responder totalmente al propósito buscado con la elevación de las edades, considerándose más adecuados los límites de dieciocho y dieciséis años, fijados por el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936 (art. 339, inc. 4).

Así se justificaba una elevación de las edades mínimas a los límites señalados en los proyectos citados en último término, según mi modo de ver, o aun a otros más elevados, ya que en las condiciones que se daban en la sociedad argentina no podía sostenerse como razonable la posibilidad de que contrajese matrimonio un varón de dieciséis años o una mujer de catorce. La evolución de la civilización hace que demande cada vez mayor tiempo la preparación de los jóvenes para afrontar un paso tan trascendental como el matrimonio; la ley civil tiene derecho de exigir que la unión matrimonial se concierte en un momento en que puedan darse mínima garantías de organización de un hogar estable y de dirección adecuada de los hijos, las que no pueden existir a las edades entonces contempladas. Los posibles inconvenientes del sistema habrían quedado aventados por las propias excepciones que preveía el art. 14 de la ley 14.394, las que permitían solucionar ade-

cuadramente los casos extraordinarios en que razones de mayor peso que las indicadas aconsejaban autorizar la unión.

Por otra parte, no es siquiera exacto que a las edades que fijaba nuestra legislación esté contemplado el desarrollo físico que permita sin inconvenientes la generación. Ni lo es, tampoco, que ellas importasen una total coincidencia con el derecho canónico, ya que el propio canon 1083, § 2, reconociendo las bajas edades fijadas, permite a la conferencia episcopal de cada país establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio. En definitiva, pues, está plenamente justificado que la ley civil establezca una distancia adecuada entre la edad de adquisición de la pubertad, o de capacidad para procrear, y la edad núbil, en que se permita la celebración del matrimonio con un adecuado desarrollo físico y psicológico.

Entretanto, la ley 18.444 ratificó la “Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante res. 1763 (XVII), del 7 de noviembre de 1962, con el voto favorable de la delegación argentina. Dispone el art. 2º, parte primera, de dicha Convención: “*Los Estados partes en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio*”. Obviamente, la disposición no está dirigida a países como el nuestro ni, en general, a los americanos y europeos, sino a naciones asiáticas y africanas donde aún se practica el matrimonio de los niños o los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil, prácticas que la Convención, como expresan sus fundamentos, se propone abolir. De todos modos, no establece una edad mínima determinada, de manera que en este aspecto no podía influir sobre las establecidas en la ley 14.394.

Pero la ley 23.515, respondiendo a las ideas antes expresadas, elevó nuevamente las edades mínimas en dos años, aceptando la propuesta del Anteproyecto de Biliboni y el Proyecto de 1936. En tal sentido, el inc. 5 del nuevo art. 166 del Cód. Civil considera como impedimento el “*tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho*”.

No existe edad máxima para la celebración del matrimonio, ya que, por una parte, no puede establecerse con certeza la edad

que haga imposible la unión sexual, y por otra, no es moralmente reprobable la unión de ancianos por mero compañerismo. Se trata de principios de aceptación universal, aun cuando se recuerda que el Código peruano de 1850 fijaba como edades máximas para la celebración del matrimonio, sesenta y cinco años para el hombre y cincuenta y cinco para la mujer.

Tampoco es impedimento para la celebración del matrimonio la diferencia de edades entre los contrayentes, por acentuada que sea.

La dispensa del impedimento de falta de edad, que existía en la ley de matrimonio civil, fue introducida por la ley 14.394, la cual, al tiempo que elevó en dos años las edades mínimas antes fijadas por la ley de matrimonio civil, introdujo a la vez dos excepciones. Por la primera, podía “contraerse válidamente con edad menor cuando hubiere concebido la mujer, de aquel con quien pretenda casarse” (art. 14, cláusula segunda). En ese caso, no era necesaria autorización o dispensa, sino que bastaba con la comprobación del embarazo ante el oficial público y la admisión del varón de ser él quien lo hubiese producido. La segunda excepción, en cambio, implicó introducir en el derecho civil argentino la institución de la dispensa. Decía, en efecto, la cláusula tercera del art. 14: “Podrá también obtenerse dispensa de la edad en los supuestos contemplados en el art. 132 del Cód. Penal, la que será acordada a pedido de los interesados por el juez de la causa, en las condiciones establecidas por dicho artículo”.

El art. 2º de la Convención de Nueva York de 1962, después de establecer en su parte primera la necesidad de fijar una edad mínima para contraer matrimonio, agrega en la segunda: “*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*”. Esta cláusula no concordaba totalmente con el sistema de la ley 14.394, pues, a diferencia de ésta, no contempla la posibilidad de matrimonio de quienes no hayan alcanzado las edades mínimas sin el requisito de la dispensa, a la vez que no establece motivos taxativos para otorgar ésta.

La ley 23.515 adecua la legislación argentina interna a las normas de la Convención, al establecer en el nuevo art. 167 del

Cód. Civil: “*Podrá contraerse matrimonio válido en el supuesto del art. 166, inc. 5, previa dispensa judicial.*”

La dispensa se otorgará con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiere previa audiencia personal del juez con quienes pretendan casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor”.

§ 72. **LIGAMEN.** – El nuevo texto del art. 166, inc. 6, del Cód. Civil define al ligamen como “*el matrimonio anterior mientras subsista*”.

Es éste un impedimento de vigencia universal en los países que aceptan el matrimonio monogámico. Es independiente de la disolubilidad o indisolubilidad del matrimonio en vida de los esposos, pues la posibilidad de disolver el matrimonio mediante el divorcio vincular no excluye la imposibilidad legal de contraer nuevas nupcias en tanto no se produzca la disolución de las anteriores.

§ 73. **CRIMEN.** – El impedimento de crimen fue establecido en el art. 9º, inc. 6, de la ley de matrimonio civil, que prevenía el hecho de “haber sido autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges”. La ley 23.515 lo amplió y aclaró, al contemplar el “*haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges*”.

La formulación de este impedimento en nuestra ley civil difiere de la del derecho canónico, en el cual se incluye también el conyugicidio; comprende a “quien, con el fin de contraer matrimonio con una determinada persona, causa la muerte del cónyuge de ésta o de su propio cónyuge” (canon 1090, § 1), y a “quienes con una cooperación mutua, física o moral causaron la muerte del cónyuge” (canon 1090, § 2). Se refiere, pues, al homicidio individualmente perpetrado en la persona del propio cónyuge o el de aquel con quien se propone casarse, con el fin de poder hacerlo, y el ejecutado en connivencia entre los que pretenden luego casarse entre sí.

Nuestra ley contempla la situación desde el punto de vista del tercero, y no del viudo de la víctima del delito, con total independencia de la conducta que éste pueda haber observado. Aunque

los términos del inciso no sean muy precisos, no cabe acordarles otra interpretación. La intervención conjunta en el hecho de quienes pretenden casarse no está requerida por la ley; basta con que el tercero sea autor principal del homicidio o cómplice o instigador del cometido por una cuarta persona, sin intervención alguna del supérstite. En cambio, queda fuera del supuesto legal el conyugicidio precedido de adulterio, si el cómplice del adulterio no lo es del homicidio ni instigador de éste; es una solución defec-tuosa, pero es la que resulta del texto.

En cuanto al fundamento del impedimento, está dado no sólo por el propósito legal de desalentar la comisión de un homicidio con el fin de contraer matrimonio con el cónyuge de la víctima, sino también por la indigna situación a que daría lugar permitir un matrimonio tal. Pero la figura no está integrada por el propósito de contraer el matrimonio. Queda comprendido, pues, aun cuando pueda ser considerada una situación injusta, el homicidio cometido por quien no conoce al cónyuge de su víctima, y al conocerlo después pretende casarse.

Según resulta del texto legal, las condiciones de aplicación del impedimento son las siguientes.

a) *RESPECTO DEL DELITO DE HOMICIDIO.* Se presentan los requisitos siguientes: 1) Debe tratarse de delito consumado. No basta —como ocurre en otros códigos, por ejemplo, el italiano, el venezolano, el mejicano y el brasileño— la simple tentativa. 2) Debe ser doloso. Quedan excluidos los casos de inimputabilidad del art. 34 del Cód. Penal, así como el homicidio culposo o el preterintencional y el caso de exceso en la legítima defensa (art. 35, Cód. Penal). Tampoco parece estar comprendido el duelo, ya que es un delito distinto del homicidio, fuera de que —salvo circunstancias muy excepcionales— no parece haber vinculación entre el hecho y el ulterior matrimonio; sin embargo, la solución debe ser contraria en los casos en que se equipara al homicidio o recibe una sanción superior al homicidio simple (arts. 98, 100, inc. 3, y 101, Cód. Penal). Tampoco cabe la instigación o ayuda al suicidio (art. 83, Cód. Penal), que es otra figura diferente, en la cual tiene fundamental importancia la voluntad del suicida, y en la que no puede desecharse la posibilidad de un móvil altruista del instigador o colaborador, como cuando el suicida padece de enferme-

dad incurable que le causa dolores muy intensos. 3) Debe haber sido juzgado por sentencia penal condenatoria, salvo que la acción penal se haya extinguido, caso en el cual nada obsta para que la existencia del delito y su autoría sean demostradas en sede civil. No contiene nuestra ley una norma como la del art. 88 del Cód. Civil italiano, que manda suspender el matrimonio si se ha deducido proceso penal; en tal caso, coincido con Spota en que si bien la suspensión no está autorizada, nada obsta para que se deduzca oposición a la celebración del matrimonio, oposición cuya suerte puede depender del resultado del proceso penal.

b) **RESPECTO DEL DELINCUENTE.** Puede tratarse del autor principal o el cómplice. La complicidad debe apreciarse según las normas de los arts. 45 y 46 del Cód. Penal, sin que queden incluidos los encubridores, ya que el encubrimiento es un delito diferente, desvinculado de la ejecución del delito principal (art. 277, Cód. Penal).

§ 74. **PRIVACIÓN DE LA RAZÓN.** – Apartóse la ley de matrimonio civil –y mantuvo su criterio la ley 23.515– de la tradición canónica que, al igual que muchas legislaciones civiles, vincula la demencia o la privación de la razón con la imposibilidad de prestar el consentimiento o con la ausencia de éste. El canon 1095 considera incapaces de contraer matrimonio a quienes carecen de suficiente uso de razón, a quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar, y a quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica. En cambio, el art. 9º, inc. 7, de la ley de matrimonio civil, consagró como impedimento matrimonial la locura, y el art. 166, inc. 8, Cód. Civil (reformado por la ley 23.515), contempla “*la privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere*”.

No deja tal solución de plantear algunas dificultades, por más que ellas sean fácilmente superables con un razonable criterio interpretativo. Sin embargo, a poco que se ahonde el estudio de esos problemas, se llega a la conclusión de que no es posible independizar del todo el impedimento creado por el legislador argentino de la teoría del consentimiento. En efecto, como impedimento

matrimonial dirimente tiene en vista la situación del contrayente privado de razón, es un impedimento para él, no para el otro; de modo que si su sentido fuese sólo prohibir el matrimonio de quien se halla privado de su razón, sería coherente aplicar la solución dada por el art. 1049 del Cód. Civil, para los incapaces, según la cual la persona capaz no puede pedir la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte. Pero el art. 220, inc. 2, del Cód. Civil (texto según ley 23.515) faculta también para ejercer la acción de nulidad a quien no padece la privación de la razón, con tal de que no hubiera conocido la situación del otro contrayente al casarse, de donde resulta inequívocamente que aquí no juega verdaderamente la incapacidad para casarse de quien está fuera de su razón, sino la ignorancia de la situación de hecho o el error sobre la capacidad mental de la otra parte que sufre el contrayente no afectado por el impedimento, en el momento de contraer el matrimonio.

Queda así de manifiesto el doble fundamento de la norma. En primer lugar, la protección del privado de razón, que ha otorgado un acto jurídico de la importancia del matrimonio sin poder apreciarlo cabalmente; en segundo término, la protección del sano, a quien no parece justo imponer la carga de la unión con un enfermo mental si obra ignorando la enfermedad. Claro está que este segundo fundamento se da solamente en caso de demencia, pues si la privación de razón es transitoria, no existen motivos para permitir la impugnación del matrimonio por quien no sufrió el impedimento.

La ley de matrimonio civil preveía como impedimento solamente la locura. Ello motivó diversas opiniones acerca de cuáles eran los dementes comprendidos en la norma: para Segovia, J. M. Guastavino, Llerena, Machado, Díaz de Guijarro, Busso, Rébora, Borda y Mazzinghi, incluía tanto a los dementes declarados en juicio como a los de hecho, con tal de que, en el segundo caso, la demencia se acreditase debidamente; para Lafaille y Spota, se refería a los dementes de hecho, pues el matrimonio de los interdictos habría estado afectado de nulidad absoluta; para Salvat y Lagomarsino sólo habría comprendido a los interdictos, y en el caso de los de hecho se habría presentado un problema de consentimiento que debería haber sido resuelto por aplicación de las normas relativas a los privados accidentalmente de razón, o de los

vicios de la voluntad, según se apreciase la cuestión desde el punto de vista de uno u otro contrayente.

En todas esas opiniones existía una dosis de error motivada quizá por las confusiones derivadas de querer aplicar a todo trance la teoría general de los actos jurídicos a un acto de características tan peculiares como el matrimonio. La solución era clara; aunque la mayor parte de la doctrina no la hubiese advertido, la puso de manifiesto una meditada sentencia de la Cámara Civil, Sala A, fundada en un voto del doctor Aráuz Castex¹; el impedimento no era la interdicción sino la locura, es decir, la situación de hecho de alienación mental, de manera que tanto podía existir el impedimento sin interdicción, si el contrayente estaba de hecho demente, como no existir pese a la interdicción, si a pesar de ésta se hallaba curado al tiempo de celebrar las nupcias.

El problema quedó superado con la redacción dada por la ley 23.515, pues, al aludir a la privación permanente de la razón, independiza el impedimento de la interdicción, consagrando la solución recién expuesta.

Otra cuestión que divide a la doctrina es la posibilidad de celebración del matrimonio por el insano durante un intervalo lúcido. En opinión de J. M. Guastavino, Llerena, Machado, Prayones, Lafaille, Busso, Orgaz, Díaz de Guijarro, Lagomarsino y Sambrizzi, para los dementes interdictos rige el impedimento aun durante los intervalos lúcidos. Spota y Mazzinghi extienden la solución a los dementes de hecho. Contrariamente, Segovia y Rébora admiten que, interdicto o no, el demente contraiga matrimonio durante tales intervalos, ya que se trata de actos personalísimos que no pueden ser otorgados por el curador, y de otro modo se crearía una incapacidad de derecho no establecida por la ley.

El problema no resulta ser de fácil solución, ya que por una parte debe dilucidarse la cuestión de la existencia de los intervalos lúcidos –científicamente discutida– y por la otra atenderse a los fundamentos del impedimento. El Código Civil se refiere a ellos en el art. 921, donde reputa hechos sin discernimiento los actos de los dementes no practicados en intervalos lúcidos, y en el art. 3615, en que permite testar a los dementes “*en los intervalos lúcidos que*

¹ CNCiv, Sala A, 6/6/52, LL, 71-340, y JA, 1953-III-444.

sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces". Al respecto enseñaba Rojas que la expresión es utilizada desde el derecho romano sin la necesaria precisión, como muchos otros términos médicos cuyo empleo en las leyes modernas proviene de conceptos oscuros o anticuados y no corresponde a la verdad científica. Consideraba que sólo puede hablarse de intervalos lúcidos en ciertos casos de restablecimiento de la normalidad, como en las psicosis intermitentes con accesos separados por épocas de lucidez perfecta y de bastante duración, que constituyen estados de auténtica salud.

Admitido, pues, que el impedimento se refiere a la situación de hecho de demencia sin relación con la interdicción —que sólo invierte la carga de la prueba—, que los actos de los dementes en los intervalos lúcidos se consideran hechos con discernimiento (art. 921, Cód. Civil), y que por intervalos lúcidos debe entenderse la curación de la enfermedad en el tiempo que media entre dos accesos de psicosis periódica, cabría llegar a la conclusión de que en ellos el impedimento no rige, de manera que sería válido el matrimonio del enfermo mental que se halla en esas condiciones. Pero esa solución sólo sería admisible si la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad incumbiese únicamente al demente o a sus representantes. Como en nuestro sistema legal no es así, pues la acción se confiere también al contrayente sano y a las personas que habrían podido oponerse a la celebración del matrimonio (art. 220, inc. 2, Cód. Civil, texto según ley 23.515), tal afirmación no puede ser aceptada sin más discusión, pues implicaría dejar de lado la circunstancia de que la disposición tiene también por base el error del primero, error que precisamente se dará con mucho mayor facilidad en caso de contraer nupcias con el afectado de psicosis periódicas si el noviazgo transcurre durante el intervalo de curación que media entre dos accesos.

De manera que, como principio, el impedimento rige a pesar de la existencia del intervalo lúcido. Mas como el enfermo tiene discernimiento y puede apreciar cabalmente el acto que realiza, en esas condiciones no tendría viabilidad la oposición de terceros a la celebración del matrimonio; tampoco podría él, ni sus representantes ni los terceros demandar la anulación del matrimonio ya celebrado, que habría quedado instantáneamente confirmado a su respecto por la iniciación de la vida marital en estado de curación,

aunque transitorio (arg. Cód. Civil, art. 220, inc. 2, parte tercera, texto según ley 23.515). En cambio, nada obstaría al ejercicio de la acción por parte del otro cónyuge que hubiese ignorado la enfermedad y no hubiese continuado la vida marital después de conocerla, sea por producirse un nuevo acceso o por tener conocimiento de los accesos anteriores (art. 220, inc. 2, parte tercera, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

La ley 23.515 incluye, además, en el impedimento, a la privación transitoria de la razón. Pone fin así a la ardua disputa suscitada a este respecto entre quienes, como Fassi, aplicando la teoría de la especialidad de las nulidades matrimoniales, consideraban que esa situación no podía dar lugar a la anulación si no mediaba error del afectado o dolo del otro contrayente o de un tercero, y los que, como Molinario, estimaban que se daba un supuesto de inexistencia por falta de consentimiento. Ahora no cabe duda de que la privación transitoria de la razón –por ebriedad, intoxicación por drogas, hipnosis, etc.– es un impedimento dirimente que da lugar a la anulabilidad del matrimonio.

§ 75. *SORDOMUDEZ.* – El art. 10 de la ley de matrimonio civil permitía contraer matrimonio a los sordomudos que no supieran darse a entender por escrito, con asentimiento de su curador o venia judicial. Este criterio –cuyo único antecedente se dice ser el art. 1264, inc. 3, del Proyecto de Freitas– recibió la crítica casi unánime de la doctrina nacional, no sólo por autorizar la celebración del acto a un incapaz absoluto, sino también por no advertirse con claridad cómo podría declarar su voluntad al no poder hacerlo oralmente ni por escrito. Por tales motivos, los proyectos de reforma se inclinaron uniformemente por vedar en todo caso la celebración del matrimonio al sordomudo que no supiera darse a entender por escrito, dando al impedimento el carácter de dirimente.

La ley 23.515 recogió parcialmente las censuras, al considerar como impedimento matrimonial, en el nuevo art. 166, inc. 9, “*la sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera*”. Acepta, pues, que contraiga el matrimonio el sordomudo que no sabe darse a entender por escrito si puede hacerlo inequívocamente de otra manera, con lo que fuera de subsistir la objeción de

autorizar el matrimonio de un incapaz absoluto, no deja claro cómo se manifestará en ese caso el consentimiento matrimonial.

Sin embargo, los nuevos arts. 219 y 220 no enuncian al impedimento de sordomudez entre las causales de anulación del matrimonio. Por lo tanto, únicamente cabe concluir que no se trata de un verdadero impedimento, pues si el sordomudo no ha expresado inequívocamente su consentimiento, no se da un caso de nulidad sino uno de inexistencia del matrimonio por ausencia de consentimiento.

C) IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES

§ 76. **IMPEDIMENTOS EUGENÉSICOS.** – Aun cuando la eugenesia con el carácter de ciencia es de relativamente reciente aparición, desde la Antigüedad existieron ordenamientos legislativos que vedaban el matrimonio con personas que sufrían de determinadas enfermedades o bien aconsejaban no contraerlo.

Se atribuye la creación de la eugenesia como ciencia al médico inglés Francisco Galton, que publicó las obras *Hereditary genius* en 1869 y *Inquiries into human faculty and its development* en 1884; en la última dio el nombre de *eugenics* (vertido luego, al español, eugenesia) a la nueva disciplina. Señálanse como precedente de sus estudios los del fraile agustino moravo Gregorio Mendel acerca de los mecanismos de la herencia, así como el evolucionismo de Darwin, primo hermano de Galton. El diccionario de la Academia recogió el vocablo eugenesia a partir de la edición de 1935, definiéndolo como la “aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana”.

El antecedente más remoto de impedimento matrimonial de enfermedad en la legislación moderna está constituido por una ley búlgara de 1897 que prohibió el matrimonio de epilépticos. Pero es a partir de una ley mejicana de 1917 que comienza la difusión de este tipo de impedimentos, recogidos alrededor de 1920 por las leyes matrimoniales escandinavas y aceptados también por los códigos civiles guatemalteco de 1963, peruanos de 1936 y 1984, y leyes especiales de otros países.

En cambio, el Código Civil suizo de 1907 vinculó la cuestión con el consentimiento, al permitir atacar de nulidad al matrimo-

nio contraído con ocultación de enfermedad grave transmisible al otro cónyuge o a la descendencia. Esa solución fue luego adoptada por el Código brasileño de 1917, y por las leyes matrimoniales alemana, austríaca, yugoslava de 1946 y británica de 1950.

En otras legislaciones sólo se ilustra a los contrayentes sobre su estado de salud. Y en Francia también se establece una revisión meramente informativa, con la particularidad de que su resultado no es ni siquiera puesto en conocimiento del otro contrayente.

La doctrina nacional discrepa acerca de la posibilidad de que las enfermedades transmisibles o hereditarias constituyan impedimentos matrimoniales. Las opiniones extremas son las de Frías, que no lo admite, y de Díaz de Guijarro, decidido partidario de aceptarlos; unos y otros se basan en razones éticas, que aprecian de distinta manera.

Particular relevancia asume en nuestro país la doctrina de la Iglesia Católica, ya que es la religión profesada por la mayor parte de la población y en razón de su influencia sobre la legislación civil. La base fundamental para el examen de dicha doctrina es la encíclica *Casti Connubii*, dada por Pío XI el 30 de diciembre de 1930, la cual se refiere a las tentativas de introducir impedimentos eugenésicos concluyendo en que “de ninguna manera se puede permitir que a hombres, de suyo capaces para el matrimonio, se les considere gravemente culpables si le contraen, porque se conjetura que, aun empleando el mayor cuidado y diligencia, no han de engendrar más que hijos defectuosos, aunque de ordinario hay que aconsejarles que no lo contraigan”.

Sobre esa base, muchos escritores católicos argentinos propician la supresión del impedimento de enfermedad y del certificado prenupcial obligatorio. Pero esa opinión no es unánime. Así, Borda acepta la exigencia de certificado prenupcial y una prohibición temporaria como la establecida en la ley 12.331, del mismo modo que admite que si la ciencia médica demostrara inequívocamente la secuela inevitable de taras graves en la descendencia de ciertos enfermos, el derecho canónico podría prohibir sus uniones. Iribarne admite que la autoridad civil y la eclesiástica tienen legítimo poder para dictar leyes matrimoniales eugenésicas aplicables a no bautizados y a bautizados, respectivamente; sostiene que los impedimentos eugenésicos tienen su raíz en el quinto mandamiento, que no sólo prohíbe matar o mutilar injustamente a otro

sino también causarle grave daño en su salud, de modo que admite la prohibición del matrimonio si la ciencia demuestra inequívocamente las secuelas para la descendencia. También lo acepta Mazzinghi, con las condiciones de que el impedimento rija mientras dure la posibilidad de contagio o transmisión a la descendencia, que el contagio o transmisión sean ciertos y no meras conjeturas, y que el mal sea grave.

a) *EL IMPEDIMENTO DE LEPRO EN LA LEY ARGENTINA; SU SUPRESIÓN.* El primer impedimento eugenésico introducido en la ley argentina fue el de lepra. El art. 17 de la ley 11.359 –de profilaxis de dicha enfermedad, sancionada en 1926– estableció: “Queda prohibido el matrimonio entre leprosos y el de una persona sana con una leprosa”.

La solución de la ley 11.359 respondía a los conocimientos científicos de la época de su sanción, que sufrieron gran evolución en las décadas siguientes. Se determinó que la enfermedad no es hereditaria, que es la menos contagiosa de las enfermedades infecciosas, que no toda persona sana puede contraerla aunque se exponga al contagio, y que no todas sus formas son contagiosas; aparecieron, además, nuevos tratamientos. Por tales motivos, no se justificaba mantener el impedimento, y el art. 4º de la ley 17.711 derogó el art. 17 de la ley 11.359.

b) *EL IMPEDIMENTO DE ENFERMEDAD VENÉREA EN LA LEY ARGENTINA.* Tras numerosos proyectos que no lograron éxito, el impedimento matrimonial de enfermedad venérea fue establecido en la parte última del art. 13 de la ley 12.331, que expresa: “No podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio”. Se trata, como se ve, de un impedimento transitorio, que rige mientras exista la posibilidad de contagio, mas no cuando la enfermedad, aunque persista, haya pasado a una fase no contagiosa. Por lo tanto, su eficacia eugenésica es limitada, ya que si evita el contagio del cónyuge no impide la generación de descendencia defectuosa, lo que puede ocurrir en ciertas enfermedades –como la sífilis– aunque el período de contagio haya pasado.

Discrepa la doctrina sobre el carácter dirimente o impediendo del impedimento. La posición según la cual es dirimente –es decir, que cabría la sanción de nulidad al matrimonio que lo viola-

se— tiene fundamentos diversos: Frías, Díaz de Guijarro, Galli, Busso y Borda se apoyan en el art. 18 del Cód. Civil, según el cual “*los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención*”; en cambio, Eppstein e Iribarne consideran inaplicable el art. 18, pero fundan la nulidad en la aplicación analógica del art. 9º, inc. 7, de la ley de matrimonio civil, y lo asimilan a la locura sometiéndolo al mismo régimen. Para la primera opinión, la nulidad sería absoluta, y para la segunda, relativa. En posición intermedia, Sambrizzi sostiene que la nulidad es relativa y sólo puede demandarse en tanto persista el período de contagio.

En cambio, por aplicación del principio —que acepto— de que en materia de matrimonio no existen más nulidades que aquellas que la ley prevé expresamente, Rébora, Fassi, Lazcano, Lagomarsino y Zannoni afirman que se trata de un impedimento impediante, ya que no hay disposición legal que imponga la sanción de nulidad. Su valor es preventivo; puede dar lugar a oposición a la celebración del matrimonio y a negativa del oficial público a autorizarlo, pero si se contrae a pesar de su existencia no se afecta la validez del acto ni cabe otra sanción civil. Sin aceptar el antes referido principio, Spota y Mazzinghi participan del mismo criterio, basados en el criterio restrictivo con que deben apreciarse los impedimentos matrimoniales.

Restaría considerar si es conveniente que la legislación futura asigne al impedimento el carácter de dirimente. Contrariamente a lo sostenido por Bernaldo de Quirós y por Díaz de Guijarro, y conforme con Mazzinghi, me inclino por la negativa. El impedimento puede cumplir una finalidad preventiva, la de evitar el contagio o la transmisión a los descendientes de la enfermedad; si el sistema preventivo falla, la nulidad del matrimonio no es el medio adecuado para castigarla, pues el riesgo que tiende a evitar ya se ha producido.

Por otra parte, preciso es señalar que la legislación de profilaxis antivenérea responde a las condiciones sociales de la época en que fue dictada, pero se muestra desactualizada y hasta ridícula tras el profundo cambio producido en las costumbres en las últimas décadas del siglo xx. En efecto, ha pasado a ser lo habitual que se tengan relaciones sexuales y aun se conviva antes de la celebración del matrimonio. En esas condiciones, las nupcias no

aumentan ni disminuyen el riesgo de contagio de enfermedades de transmisión sexual. Coincidió, pues, con Mazzinghi en reconocer la superioridad del sistema francés, que impone la revisión obligatoria por médicos privados que certifican haber realizado dicho examen. De lo que se trata es de organizar un sistema informativo que permita conocer el estado de salud sexual de la persona con quien se va a contraer matrimonio, sistema que en bien de la salud pública puede inclusive ser extendido a todo aquel que considere necesario informarse, aunque no vaya a casarse.

c) *EL PROBLEMA DEL SIDA.* La aparición del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) plantea el problema de si se trata de una enfermedad venérea y, en caso afirmativo, si queda comprendida en la normativa de las leyes 12.331 y 16.668.

La respuesta afirmativa fue dada por Díaz de Guijarro, Zannoni, Mazzinghi y Vidal Taquini, que sostuvieron su carácter de impedimento y la inclusión de su detección en el examen prenupcial. La base de su razonamiento la constituye la posibilidad de transmisión sexual de la enfermedad.

En contra, Borda y Sambrizzi, pese a considerarla una enfermedad venérea por ser su principal fuente de transmisión la sexual, niegan que constituya impedimento porque su carácter de incurable determina que no exista un "período de contagio". Lo contrario, afirman, implicaría la supresión absoluta y perpetua del derecho de casarse.

Por su parte, Fleitas Ortiz de Rozas propicia que se investigue su existencia en el examen prenupcial, mas sin que constituya impedimento, es decir, al solo fin informativo. En el mismo sentido se pronunció un fallo de primera instancia que autorizó el matrimonio de un sidoso internado en un establecimiento carcelario².

Cabe comenzar por señalar la difícil adecuación de una enfermedad nueva a normas que tuvieron fundamentalmente en cuenta a la sífilis y la blenorragia, que eran entonces los males que se deseaba combatir, así como la ya arcaica terminología de la ley, pues actualmente no se habla de enfermedades venéreas sino de enfermedades de transmisión sexual. Por lo demás, la ley se refiere a enfermedades que tienen un período de contagio, es decir,

² JuzgCivCom n° 5 Mar del Plata, 30/9/91, LL, 1991-E-463.

que o bien son curables, o que, si no lo son o de hecho no son curadas, continúan su evolución interna sin que haya ya posibilidad de transmisión sexual. En consecuencia, parece razonable excluir al sida de la aplicación de las leyes de profilaxis antivenérea, no sólo porque ellas no entendieron crear un impedimento perpetuo sino también por la manifiesta inutilidad de la legislación en juego frente a las costumbres actuales, lo que no aconseja su ampliación por vía de analogía.

d) *CERTIFICADO PRENUPCIAL*. Para asegurar que no se viole el impedimento que ella crea, la ley 12.331 impone al contrayente varón un examen médico previo y la extensión del llamado “certificado prenupcial”, del cual debe resultar la inexistencia de aquél. Expresan en tal sentido las tres primeras cláusulas del art. 13: “Las autoridades sanitarias deberán propiciar y facilitar la realización de exámenes médicos prenupciales. Los jefes de los servicios médicos nacionales y los médicos que las autoridades sanitarias determinen, estarán facultados para expedir certificados a los futuros contrayentes que lo soliciten. Estos certificados, que deberán expedirse gratuitamente, serán obligatorios para los varones que hayan de contraer matrimonio”.

La ley 16.668, de 1965, extendió la obligación a las mujeres. Su art. 1º dispone: “Declárase obligatorio en todo el territorio de la Nación la obtención del certificado prenupcial para los contrayentes del sexo femenino”. Y añade el art. 2º: “Los exámenes médicos respectivos deberán ser practicados por los organismos dependientes del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación, de la Municipalidad de la Capital Federal y los servicios asistenciales provinciales y municipales, en iguales condiciones que los practicados a las personas del sexo masculino. En todos los casos los certificados deberán ser elevados a la pertinente superioridad para su visación, antes de ser exhibidos en las oficinas del registro civil”.

La presentación del certificado prenupcial exigido por las leyes 12.331 y 16.668 constituye una diligencia previa (art. 187, inc. d, Cód. Civil, texto según ley 23.515). Por lo tanto, es posible prescindir de él en el caso de matrimonio celebrado en peligro de muerte de uno de los contrayentes (*in articulo mortis*) a que se refiere el art. 196 del Cód. Civil, texto según ley 23.515.

Pero además existen algunas normas de índole administrativa —en el orden nacional, la resolución del Departamento Nacional de Higiene del 30 de abril de 1943, que establece un cuerpo de normas a seguir para el otorgamiento de los certificados prenupciales, y en la provincia de Buenos Aires, el decreto del 17 de septiembre de 1942, sustituido luego por el decr. 7415 del 13 de mayo de 1944— que, con aprobación de parte de la doctrina, extienden las excepciones. En cuanto así proceden, esas disposiciones adolecen de evidente ilegalidad, ya que si ni siquiera el Poder Ejecutivo puede introducir excepciones reglamentarias que alteren el espíritu de las leyes (art. 99, inc. 2, Const. nacional), menos aun pueden hacerlo los ejecutivos provinciales ni reparticiones administrativas nacionales.

Según esas disposiciones, los supuestos de excepción a la obligatoriedad de presentar el certificado prenupcial serían los siguientes:

1) *MATRIMONIO "IN ARTICULO MORTIS"*. Lo exceptúa la citada resolución nacional, punto VIII, y el decreto de Buenos Aires, art. 17, inc. *a*.

2) *MATRIMONIO DE CONCUBINOS*. El punto IX de la resolución mencionada, modificado por una resolución de la Secretaría de Salud Pública del 30 de diciembre de 1946, quedó redactado así: "Cuando se trate de familias ilegalmente constituidas, que tengan 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. En estos casos, las autoridades sanitarias arbitrarán de inmediato las medidas necesarias para que el mencionado período desaparezca con la mayor rapidez. Con tal objeto, prestarán al enfermo asistencia médica gratuita y le facilitarán en la misma forma los medicamentos necesarios, como asimismo los servicios de asistencia social, y su internación, si ella correspondiere.

Si el futuro contrayente no contara con recursos y tuviere que desatender sus tareas para cumplir con el tratamiento indicado, las autoridades le otorgarán un subsidio que compense la pérdida de sus días de trabajo.

Las autoridades competentes entregarán el correspondiente certificado prenupcial, recién cuando comprueben que el enfermo ha salido del período infecto-contagioso de la afección".

3) *LUGARES DONDE NO HAY MÉDICO PRÓXIMO.* El punto XI de resolución citada dispone que “en las localidades en que no hubiere médico y que quedaran a una distancia mayor de cien kilómetros de otra en que residiera 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”; similar sistema adopta el art. 17, inc. c, del decreto de Buenos Aires.

4) *DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL.* El art. 17, inc. b, del decreto de Buenos Aires exime finalmente a los “matrimonios consiguientes a delitos considerados por el art. 132 del Cód. Penal y siempre que así lo declare la autoridad judicial donde se sustancie el proceso”. Se trata de los supuestos de abusos sexuales, en que el avenimiento exime de sanción al delincuente.

Ni la ley 12.331 ni la 16.668 establecen el plazo de validez del certificado prenupcial. Como un certificado de antigua data no cumpliría función alguna, el punto II de las ya citadas normas y el art. 9º del decreto de Buenos Aires lo fijan en siete días, que se amplían a quince si el contrayente da poder para el matrimonio estando radicado en país limítrofe y a cuarenta y cinco si lo está en país no limítrofe (Normas, punto X, y decreto de Buenos Aires, art. 16). Cuando quien da poder está radicado en el país, el certificado debe ser visado por la autoridad sanitaria o, en su defecto, judicial, y el plazo de siete días se computa desde la visación con tal de que no hayan transcurrido más de veinte días entre la expedición y la visación (Normas, punto XII, y decreto de Buenos Aires, art. 15).

§ 77. *FALTA DE AUTORIZACIÓN DE REPRESENTANTES LEGALES.* – Dispone el art. 168 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), que “*los menores de edad, aunque estén emancipados por habilitación de edad, no podrán casarse entre sí ni con otra persona sin el asentimiento de sus padres, o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o, en su defecto, sin el del juez*”.

De manera que los menores que han alcanzado la edad que los habilita para contraer matrimonio o que obtienen dispensa del

impedimento de edad pueden contraer matrimonio válidamente a pesar de ser incapaces, pero para hacerlo necesitan la venia de sus representantes legales o la supletoria del juez. La falta de esa venia importa un impedimento impediendo, puesto que para el matrimonio celebrado sin ella no está prevista la sanción de nulidad.

a) *SANCIONES A LOS MENORES CASADOS SIN VENIA.* Las sanciones estaban establecidas en el art. 13 de la ley de matrimonio civil –reproducción del art. 177 del Cód. Civil– y en el art. 373 de éste. Expresaba el art. 13 de la ley de matrimonio civil: “Casándose los menores sin la autorización necesaria, les será negada la posesión y administración de sus bienes hasta que sean mayores de edad; no habrá medio alguno de cubrir la falta de autorización”. Y el art. 373, parte primera (texto originario), del Cód. Civil: “Cesa la obligación de prestar alimentos, si los hijos de familia legítimos o legitimados, o los hijos naturales, se casaren sin consentimiento de los padres, y en caso de disenso, sin la autorización judicial...”. Establecíanse, pues, dos sanciones de tipo patrimonial: la negación de la posesión y administración de los bienes del menor casado, y la pérdida del derecho alimentario con relación a los padres. La ley 23.264 modificó este artículo y eliminó la sanción de pérdida de alimentos.

Sin embargo, dio lugar a discusiones la situación jurídica del menor casado sin venia, pues a pesar del claro texto del art. 131, párr. primero, del Cód. Civil (texto originario) –según el cual “la emancipación de los menores, sin distinción de sexo, sólo tendrá lugar en el caso de matrimonio de éstos, sin depender tampoco de formalidad alguna, cualquiera que fuese la edad en que se hubieren casado, con tal que el matrimonio se hubiese celebrado con la autorización necesaria, conforme a lo dispuesto en este Código”–, se discrepó acerca de si la emancipación se producía o no. Por la negativa se inclinaron Segovia, Llerena y Guastavino, y por la afirmativa Machado. La doctrina del siglo xx, con rara uniformidad –ya que sólo se registra la discrepancia de Lagomarsino–, se inclinó por la posición de Machado, esencialmente señalando que el art. 177 del Cód. Civil (texto originario, luego art. 13 de la ley de matrimonio civil) reproducía el art. 70 del Proyecto de Freitas al decir que “casándose los menores sin la autorización necesaria, les será negada la posesión y administración de sus bienes hasta que sean mayores de edad”, pero con la supresión de la frase “y se reputarán

incapaces como si no fuesen casados”, supresión que habría indicado el codificador de limitar la sanción, y por la incompatibilidad que habría entre la sujeción del cónyuge a la patria potestad y su ejercicio de la patria potestad de los hijos del matrimonio.

La solución mayoritaria era lógica pero claramente opuesta a las disposiciones del Código. En primer lugar, porque el art. 131 era claro en el sentido de que para que la emancipación se produjese, el matrimonio debía haberse celebrado con venia. En segundo término, porque concordaba con el art. 373, que hacía perder al menor casado sin autorización el derecho de alimentos contra sus padres, pues esos alimentos sólo podían ser los que debe pagar el padre a su hijo menor en virtud de la patria potestad, lo que supone que ésta subsistía; no habría sido razonable que la extinción se refiriese a los alimentos debidos por la sola razón del parentesco, pues habría sido absurdo que –por un matrimonio no autorizado– el hijo ya mayor, indigente y sin posibilidad de proveer a su sustento, no hubiera podido pedir alimentos a un padre pudiente.

Las leyes 17.711 y 23.264 sustituyeron el texto del art. 131, Cód. Civil, cuyo párr. segundo expresa: “*Si se hubieren casado [los menores] sin autorización no tendrán, hasta los veintiún años, la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación*”. Actualmente no cabe duda, pues, de que el matrimonio celebrado por el menor sin venia produce su emancipación, con la limitación de la sanción prevista en el texto transcrito.

Las diferencias con el régimen anterior pueden sintetizarse así:

a) Ya no se niega al menor la posesión de los bienes, de modo que puede entrar en ella y usufructuarlos.

b) Queda perfectamente delimitado el campo de aplicación de la atribución al padre o tutor del derecho de administrar y disponer los bienes; se trata de los adquiridos por el menor, antes o después del matrimonio, por título gratuito.

c) La falta de venia –que antes no podía ser cubierta– ahora puede quedar salvada por la ulterior habilitación de edad. Se trata de una verdadera anomalía, pues la habilitación de edad es una de las formas de emancipación (art. 131, párrs. primero y tercero,

Cód. Civil), de manera que no se comprende cómo pueda sumarse una emancipación a otra. Lo que habría correspondido establecer es la posibilidad de conformidad ulterior con el matrimonio celebrado por el menor.

b) *MATRIMONIO DEL EMANCIPADO POR HABILITACIÓN DE EDAD.* La ley 17.711 introdujo en nuestra legislación civil –que sólo admitía la emancipación legal por matrimonio– la institución de la emancipación dativa o por habilitación de edad. Al no resolver en forma expresa si el habilitado necesitaba autorización para contraer matrimonio, se planteaba tal cuestión, que dividía las opiniones de los autores. En las legislaciones extranjeras que aceptan la habilitación, el criterio general es el afirmativo, es decir, el de que el menor habilitado precisa venia para casarse (art. 481, Cód. francés, texto según reforma de 1964; art. 90, Cód. italiano, texto de 1942, ya no vigente, y art. 308, Cód. uruguayo).

Opinaban que el menor habilitado no necesitaba venia para contraer matrimonio Llambías, Borda, Méndez Costa, Mazzinghi, Raffo Benegas y Sassot, Agliano, Carranza y Moisset de Espanés. La base de esta posición –triumfante en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil– era la de que el habilitado había dejado de ser incapaz y era apto para todos los actos de la vida civil no exceptuados expresamente por disposiciones del Código. Sin embargo, mientras que Borda la aprobaba, los demás autores aconsejaban modificar el sistema legal exigiendo expresamente venia para el matrimonio del emancipado. En la Capital Federal, era el sistema que regía de hecho, ya que la res. OA 17/70 del 5 de mayo de 1970 del director del Registro Civil dispuso admitir la celebración de matrimonios de los emancipados por habilitación de edad sin autorización paterna ni venia judicial, con tal de que la habilitación estuviese inscrita en el Registro Civil y se presentara constancia de su vigencia actualizada expedida dentro de un plazo no mayor de quince días anteriores a la celebración del matrimonio.

En cambio, sostenían que el habilitado continuaba necesitando venia Spota, Portas, Bustamante Alsina, Ibarlucía, Garrido y Andorno, Zannoni y Orelle. Unos consideraban que seguía siendo aplicable el art. 10 de la ley de matrimonio civil, pues el habilitado no deja de ser menor; y otros que los arts. 128, 134 y 135 del Cód. Civil aluden a la esfera patrimonial, y no a aspectos personales

como éste, señalando que si el habilitado pudiese contraer matrimonio sin venia, convertiría por sí solo en irrevocable la emancipación que era revocable.

La cuestión quedó zanjada por la reforma de la ley 23.264 al art. 10 de la ley de matrimonio civil, llevada por la ley 23.515 al art. 168 del Cód. Civil, que exige la venia aun a los emancipados por habilitación de edad.

§ 78. *FALTA DE APROBACIÓN DE LAS CUENTAS DE LA TUTELA.* – El art. 171 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), dispone: “*El tutor y sus descendientes no podrán contraer matrimonio con el menor o la menor que ha tenido o tuviere aquél bajo su guarda hasta que, fenecida la tutela, haya sido aprobada la cuenta de su administración.*”

Si lo hicieran, el tutor perderá la asignación que le habría correspondido sobre las rentas del menor”.

Concordemente, el art. 453 del Cód. Civil, añade que “*el tutor no tendrá derecho a remuneración alguna, y restituirá lo que por ese título hubiese recibido, si contrariase a lo prescripto respecto al casamiento de los tutores o de sus hijos con los pupilos o pupilas...*”.

La disposición es aplicable a la curatela –del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito pero se casa expresando su consentimiento de otra manera inequívoca, y aun del insano, si éste ha recobrado la razón– conforme al art. 475 del Cód. Civil, según el cual “*las leyes sobre tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces*”. Igualmente se extiende a la tutora, puesto que la ley 11.357 permitió desempeñar esa función a la mujer.

El antecedente del actual art. 171 es el art. 12 de la ley de matrimonio civil, que comprendía al tutor y a los “descendientes legítimos que estén bajo su potestad”. Esa expresión dio lugar a dudas, pues mientras que Segovia la entendió referente sólo a los hijos, únicos descendientes mencionados en el art. 453, y ya que otros descendientes no pueden estar sujetos a la patria potestad del ascendiente sino a su tutela, el resto de la doctrina consideró que estaba incluido el nieto bajo tutela del abuelo. Fue la explicación histórica de la norma, como que en el derecho romano la patria

potestad comprendía a todos los descendientes, y no sólo a los hijos; fue también el alcance dado –aunque con mayor claridad– por el art. 1268, inc. 2, del Proyecto de Freitas y por el art. 116 del Cód. de Chile.

La cuestión ha quedado superada por la inclusión de todos los descendientes, estén o no estén bajo la potestad o la tutela del ascendiente, y aun cuando sean mayores de edad.

Por cierto, no cabe duda de que están incluidos el hijo adoptivo y sus descendientes.

El impedimento cesa cuando ha concluido la tutela o la curatela y ha sido aprobada la rendición de cuentas, sin que se exija el pago del saldo. Por otra parte, del texto del artículo parecería resultar que no rige sino cuando el tutor ha tenido al pupilo bajo su guarda, mas no cuando ésta es atribuida a un pariente del menor (art. 429, Cód. Civil), ni al caso del sometido a curatela, pero no a la guarda del curador.

La sanción por la violación del impedimento es exclusivamente patrimonial y recae sobre el tutor o curador; así surge de manera clara de los dos artículos que se refieren a la cuestión.

§ 79. **DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO DURANTE LA MENOR EDAD.** – La ley 23.515 reformó el art. 133 del Cód. Civil, que ha quedado redactado así: *“La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los arts. 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos. No obstante ello, la nueva aptitud nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad”*.

La parte final –que fue agregada durante la discusión en particular en el Senado– introduce un nuevo impedimento, que ha de revestir el carácter de impediendo, puesto que no existe sanción alguna para el menor de edad cuyo matrimonio se ha disuelto y contrae segundas nupcias. La disposición sólo se explica si se la entiende como una valla para quien se ha casado y divorciado durante la minoría de edad, porque podrá entenderse que le falta madurez para el matrimonio, pero la formulación excede el propósito, pues, al no distinguir, habrá de ser aplicada también en caso de viudez.

En contra de lo expuesto, y a pesar de reconocer el desacierto de la norma, Sambrizzi sostiene que se trata de un impedimento dirimente, pues considera que la prohibición lo hace caer en la sanción genérica del art. 18 del Cód. Civil.

D) PROHIBICIONES ADMINISTRATIVAS

§ 80. *SITUACIÓN DE MILITARES Y DIPLOMÁTICOS.* – Fuera de los impedimentos establecidos por la ley civil, existen prohibiciones de orden administrativo relativas al matrimonio, que no configuran impedimentos; son las que se refieren a los militares y a los diplomáticos.

Los militares necesitan autorización de sus superiores para contraer matrimonio (art. 681, Cód. de Justicia Militar), y si lo celebran sin ella se hacen pasibles de sanciones que alcanzan hasta la destitución (reglamento para la justicia militar, art. 348).

Planteada judicialmente la inconstitucionalidad de esas normas, la Cámara Federal de Córdoba negó que estuvieran en pugna con la Constitución, pero dejó sin efecto la destitución del militar que se había casado sin autorización, dispuesta por aplicación de aquéllas, por considerar irrazonables los motivos aducidos por el Ejército para denegar dicha autorización³.

En cuanto a los diplomáticos, deben solicitar autorización del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto para contraer matrimonio (ley 20.957, art. 21, inc. *r*). A su vez, el art. 93 de la misma ley establece, para el caso de que los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación se casen con ciudadanos extranjeros, la obligatoriedad de que estos últimos asuman el compromiso de obtener la ciudadanía argentina.

La transgresión de esas disposiciones únicamente tiene consecuencias en el orden disciplinario administrativo. Mas como no son impedimentos, no pueden dar lugar a oposición a la celebración del matrimonio, ni a negativa del oficial público a autorizarlo, ni a sanciones a los contrayentes ni al oficial público.

³ CFed 4^a Circunscripción Judicial, Córdoba, Sala B, 9/11/93, *ED*, 156-192.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL**SOBRE LA GENERALIDAD DEL CAPÍTULO**

- Allende, Guillermo L., *Impedimentos matrimoniales. Derecho romano y canónico (con acotaciones de nuestro derecho)*, ED, 48-703.
- *Matrimonio: impedimentos, nulidades o inexistencia*, LL, 1975-B-1061.
- Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, *Impedimentos matrimoniales*, en “Enciclopedia de derecho de familia”, t. II, p. 489.
- *La reforma del régimen de matrimonio civil: impedimentos*, LL, 1987-D-880.
- Frías, Jorge A., *El matrimonio. Sus impedimentos y nulidades*, Córdoba, 1941.
- Hauser, Jean, et Lemouland, Jean-Jacques, *Mariage*, “Encyclopédie Juridique Dalloz”, Répertoire de droit civil, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1990.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *El matrimonio en la reciente reforma del Código Civil*, LL, 131-1215.
- *Matrimonio*, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XIX, p. 146.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo U. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.
- Sambrozzi, Eduardo A., *Impedimentos matrimoniales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994.

SOBRE UNIONES HOMOSEXUALES

- Azpiri, Jorge O., *Las uniones de hecho hetero y homosexuales en la ley catalana 10/1998*, JA, 1999-I-765.
- Belluscio, Augusto C., *El concubinato y el pacto civil de solidaridad en el derecho francés*, LL, 2000-C-1100.
- Bidart Campos, Germán J., *Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo*, ED, 164-718.
- Chechile, Ana M., *Homosexualidad y matrimonio*, JA, 2000-II-1090.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Derecho y homosexualismo en el derecho comparado*, “Revista Derecho de Familia”, nº 13, p. 185.
- Lösing, Norbert, *¿Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos de las parejas del mismo sexo*, en “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”, Santa Fe, 1999, t. I, p. 115.
- Medina, Graciela, *Informe de derecho comparado sobre la situación legislativa mundial en relación con los homosexuales*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, 2000-1-513.

SOBRE IMPEDIMENTO DE PARENTESCO ADOPTIVO

- Belluscio, Augusto C., *El doble régimen de adopción*, LL, 144-773.
- Bossert, Gustavo A., *Adopción y legitimación adoptiva*, Rosario, Orbir, 1967.
- López del Carril, Julio J., *Las nuevas leyes de adopción 19.134 y 19.216*, LL, 144-994.

- *Meditaciones sobre la adopción*, "Anales de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", t. XXIV, año 1965.
- Mazzinghi, Jorge A., *La nueva ley de adopción*, ED, 39-1121.
- Moreno Dubois, Eduardo E., *Naturaleza jurídica de los impedimentos matrimoniales establecidos por la ley de adopción*, LL, 143-805.
- Poviña, Horacio L., *La adopción*, "Revista del Instituto de Derecho Civil", Universidad Nacional de Tucumán, 1949, n° 2.
- Zannoni, Eduardo A. - Orquín, Leopoldo M., *La adopción y su nuevo régimen legal*, Bs. As., Astrea, 1972.

SOBRE IMPEDIMENTO DE FALTA DE EDAD LEGAL

- Guastavino, Elías P., *Celebración del matrimonio. La Convención de Nueva York de 1962 aprobada por la ley 18.444*, JA, doctrina 1971-149.
- León Feit, Pedro, *Incidencia de la Convención de Nueva York de 1962 sobre la ley argentina de matrimonio civil*, "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral)", 3ª serie, n° 120, 1ª parte, p. 375.
- Novellino, Norberto J., *Los menores ante el matrimonio y el divorcio vincular según el nuevo régimen de la ley 23.515*, LL, 1988-A-753.
- Ugarte, Luis A., *Edad legal para contraer matrimonio*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 47.

SOBRE IMPEDIMENTO DE CRIMEN

- D'Antonio, Daniel H., *El impedimento matrimonial de crimen*, ED, 46-819.
- Tau Anzoátegui, Víctor, *El impedimento de crimen en el derecho matrimonial*, JA, 1957-IV-109, secc. doctrina.

SOBRE IMPEDIMENTO DE PRIVACIÓN DE LA RAZÓN

- Díaz de Guijarro, Enrique, *Anulabilidad del matrimonio celebrado durante un intervalo lúcido*, JA, 70-695.
- *El impedimento de locura*, JA, 68-857.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *La locura como impedimento matrimonial*, "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1964, p. 203.
- Mazzinghi, Jorge A., *Acerca de la nulidad de los actos celebrados por dementes*, "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Bs. As., 1950, p. 947.
- *Sobre algunos aspectos del impedimento de locura*, LL, 1977-A-324.
- Moisset de Espanés, Luis, *Los dementes y las reformas introducidas por la ley 17.711*, "Revista Notarial", Córdoba, n° 23, 1972.
- Molinas, Alberto J., *Nulidad de un contrato celebrado por un demente declarado tal judicialmente*, JA, 1949-II-571.
- Orgaz, Alfredo, *Personas individuales*, 2ª ed., Córdoba, Lerner, 1961.
- Rojas, Nerio, *Medicina legal*, 9ª ed., Bs. As., El Ateneo, 1966.
- Tobías, José W., *Locura*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 615.

Zannoni, Eduardo A., *Anotaciones sobre la locura alegada como impedimento matrimonial*, LL, 149-943.

SOBRE IMPEDIMENTOS EUGENÉSICOS

Bernaldo de Quirós, Carlos, *Eugenésia jurídica y social (derecho eugenésico argentino)*, Bs. As., 1944.

Bidart Campos, Germán J., *La enfermedad de sida no es impedimento matrimonial*, ED, 144-601.

Borda, Guillermo A., *La reforma del Código Civil. Matrimonio*, ED, 32-865.

Colombo, Leonardo A., *El impedimento matrimonial de enfermedad*, "Revista del Colegio de Abogados de Bs. As.", 1945, t. XXIII, p. 45.

Díaz de Guijarro, Enrique, *Efectos de la ley 12.331 sobre el matrimonio: certificado médico prenupcial o impedimento de enfermedad venérea en periodo de contagio*, JA, 56-69, secc. leg.

— *El certificado prenupcial en el matrimonio de concubinos*, JA, 1947-II-3, secc. doctrina.

— *El certificado prenupcial y las situaciones de hecho*, JA, 63-25, secc. doctrina.

— *El impedimento matrimonial de enfermedad ante las fallas de técnica normativa en la ley 23.515*, JA, 1987-IV-966.

— *El impedimento matrimonial de enfermedad (matrimonio y eugenésia)*, Bs. As., 1944.

— *Impedimento matrimonial de sida*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 479.

— *El proyecto legislativo sobre SIDA y sus fallas esenciales: carencia de certificado prenupcial al respecto, de sanción por nulidad matrimonial y de divorcio por causa*, JA, 1989-IV-808.

— *El SIDA como problema jurídico en cuanto a la aptitud nupcial y a efectos familiares*, JA, 1987-IV-837.

— *La necesidad de urgente legislación específica sobre el SIDA y la XI Conferencia Nacional de Abogados*, JA, 1989-IV-884.

— *Los actuales problemas sobre celebración matrimonial: limitación por edad de ambos, en cuanto a la exigencia del certificado prenupcial y ampliación de los impedimentos por causa del SIDA*, JA, 1989-IV-659.

— *Matrimonios prohibidos sin sanción prevista de nulidad. Reglas interpretativas*, JA, 1965-III-75, secc. doctrina.

— *Ubicación de la ley de profilaxis de las enfermedades venéreas dentro de la legislación eugénica*, JA, 56-61, secc. legislación.

Eppstein, Alberto B., *Las nulidades matrimoniales y las leyes eugenésicas*, Córdoba, Lerner, 1962.

Fanzolato, Eduardo I., *El sida y el derecho de familia*, "Revista de la Facultad de Derecho de Córdoba", vol. 2, n° 1, 1994, p. 103.

Fassi, Santiago C., *Nulidad de matrimonios prohibidos por leyes sancionadas con posterioridad a la 2393 y el art. 18 del Código Civil*, LL, 100-238, y en *Estudios de derecho de familia*, La Plata, Platense, 1962, p. 161.

Ferrer, Francisco M., *El matrimonio y los problemas jurídicos de la eugenésia*, en "Cuestiones de derecho civil", Santa Fe, 1979, p. 171.

- Finocchiaro, Mario, *Il certificato prematrimoniale*, "Studi in tema di diritto di famiglia", Università degli studi di Roma, Milano, 1967, p. 133.
- Gómez Forgues, Máximo I., *El impedimento de lepra ante el derecho natural y la Constitución*, LL, 36-1126.
- Lazcano, Carlos A., *Nulidad de matrimonio por impedimento que no menciona el Tratado de Derecho Civil de Montevideo*, LL, 83-291.
- Monti, Eduardo J. - Minyersky, Nelly, *El SIDA y los impedimentos matrimoniales*, LL, 1991-C-839.
- Royo Martínez, Miguel, *Prohibiciones nupciales por razón de enfermedad*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1950.
- Savater, René, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, 1963. Cap. VII: *L'eugénisme, le droit et l'amour. II. La conception autoritaire de l'eugénisme (les empêchements au mariage)*.
- Vidal Taquini, Carlos H., *Derogación del impedimento matrimonial por lepra*, LL, 131-1523.
- Yungano, Arturo R., *Eugenesis*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 115.
— *Lepra: supresión del impedimento matrimonial*, JA, doctrina, 1970-633.
— *Lepra*, "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 580.

SOBRE IMPEDIMENTO DE FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LOS REPRESENTANTES LEGALES

- Agliano, Humberto, *La capacidad y la minoría de edad*, LL, 148-949.
- Boffi Boggero, Luis M., *Conceptos generales sobre la emancipación en el Código Civil*, en "Lecciones y Ensayos", n° 21/22, p. 31.
- Borda, Guillermo A., *La reforma del Código Civil. Emancipación*, ED, 28-839.
— *La reforma del Código Civil. Inhabilitación*, ED, 29-715.
- Borga, Ernesto E., *Emancipación*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. IX, p. 879.
- Bustamante Alsina, Jorge H., *El nuevo régimen de las incapacidades según la reciente reforma del Código Civil*, LL, 130-1046.
- Carranza, Jorge A., *Habilitación de edad y capacidad para contraer matrimonio*, JA, doctrina 1971-203.
- Ibarlucea (h.), Armando H., *Emancipación por matrimonio y emancipación por habilitación de edad*, LL, 130-1141.
- Méndez Costa, María J., *Situación jurídica de los emancipados por matrimonio y por habilitación de edad*, JA, doctrina 1969-409.
- Moisset de Espanés, Luis, *Emancipación por matrimonio y habilitación de edad*, "Revista Notarial", Córdoba, n° 17/18, 1969.
- Orelle, José M. R., *La capacidad del menor emancipado luego de la reforma del Código Civil*, "Revista del Notariado", Bs. As., 1968, n° 700, p. 777.
- Portas, Néstor L., *Las personas individuales en la ley 17.711*, "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", n° 21, p. 99.
— *Régimen general de la capacidad*, en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil, 1. Parte general", La Plata, Platense, 1971, p. 235.

Raffo Benegas, Patricio - Sassot, Rafael A., *Los menores emancipados*, JA, doctrina 1969-556.

— *Situación jurídica del inhabilitado*, JA, doctrina 1969-552.

SOBRE PROHIBICIONES ADMINISTRATIVAS

Bidart Campos, Germán J., *El derecho de los militares a contraer matrimonio*, ED, 156-192.

Lentini, Silvia J. - Trebino, Ricardo E., *Prohibiciones administrativas*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. III, p. 297.

CAPÍTULO XI

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

A) GENERALIDADES

§ 81. *CONCEPTO Y EVOLUCIÓN.* – El consentimiento matrimonial es –junto a la diversidad de sexos– uno de los requisitos intrínsecos esenciales para que haya matrimonio. Es la voluntad de cada uno de los contrayentes de unirse al otro con sujeción a las reglas legales a que está sometido el vínculo conyugal.

En nuestro régimen legal, es requisito necesario para la existencia del matrimonio (art. 172, Cód. Civil, texto según ley 23.515). Se manifiesta externamente, como regla general, mediante la declaración de uno y otro de los futuros esposos de querer tomarse respectivamente por marido y mujer (art. 188, párr. tercero, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

Según la opinión prevaleciente entre los romanistas, hasta la época del derecho romano clásico no bastaba para la existencia del matrimonio el consentimiento expresado en un acto inicial; por el contrario, debía perdurar para que el matrimonio continuase existiendo. En otros términos, el consentimiento no debía ser sólo inicial sino continuo, razón por la cual, más que *consensus* se lo denominaba *affectio*. El matrimonio estaba dado, pues, por un elemento material –la cohabitación– y otro moral, la *affectio maritalis*; la desaparición de uno u otro ponía fin al matrimonio. En definitiva, el consentimiento no era un elemento del matrimonio-acto sino del matrimonio-estado.

El cristianismo recogió una máxima del derecho romano, según la cual el matrimonio resultaba del consentimiento y no de la unión sexual (*nuptias, nun concubitus, sed consensus facit*), dándole un sentido distinto, el de que para la constitución del matrimonio bastaba el consentimiento inicial. Desde entonces, el consentimiento dejó de ser un requisito del matrimonio-estado para serlo del matrimonio-acto, es decir, que basta el consentimiento inicial y no se requiere su persistencia.

La admisión del divorcio por mutuo consentimiento no alteró ese criterio, pues se sostuvo que aquél no suponía la desaparición del consentimiento inicial sino la aparición de una nueva voluntad, la de poner fin al vínculo. Sin embargo, la nueva posibilidad de disolver el vínculo por razones puramente objetivas –tal como la ruptura fáctica de la unión– que ofrecen diversas legislaciones actuales, abre la posibilidad de considerar que en ellas el consentimiento haya pasado a ser no sólo requisito del matrimonio-acto sino también del matrimonio-estado.

En el derecho argentino, el consentimiento debe ser expresado por los contrayentes, en principio, ante el oficial público encargado del registro civil (art. 188), y en casos excepcionales, ante un funcionario judicial (art. 196). La recepción del consentimiento por tales funcionarios es un requisito esencial para la existencia del matrimonio (art. 172).

B) PROHIBICIÓN DE IMPONER MODALIDADES

§ 82. *DERECHO ARGENTINO.* – En nuestro derecho –como en la mayor parte de las legislaciones modernas–, el consentimiento matrimonial debe ser puro y simple, no puede estar sujeto a modalidades. A este respecto, el art. 193, parte primera, del Cód. Civil (texto según ley 23.515) –cuya ubicación entre las normas referentes a la forma de celebración, en lugar de las correspondientes al consentimiento, es criticable–, dispone: “*La declaración de los contrayentes de que se toman respectivamente por esposos, no puede someterse a modalidad alguna*”.

La prohibición de las modalidades importa no sólo la exclusión de ellas en su estricto sentido jurídico, sino también la inad-

misibilidad de todo pacto que altere cualquiera de los derechos y deberes derivados del matrimonio.

§ 83. **OTRAS LEGISLACIONES.** – Es general en las legislaciones civiles actuales la solución similar a la de la ley argentina, esto es, el rechazo de la imposición de modalidades al consentimiento matrimonial. Excepcionalmente, el derecho canónico admite el matrimonio bajo condición y el derecho musulmán contempla el matrimonio a plazo.

En el ordenamiento canónico, la condición no es –como en el derecho civil– un hecho futuro e incierto, sino simplemente una circunstancia extrínseca al acto de la cual se hace depender el consentimiento matrimonial. Por lo tanto, existe condición de pretérito (hecho ya pasado, pero que los contrayentes ignoran si ha sucedido), de presente (hecho actual, en igual situación) y de futuro (la condición del derecho civil). Si la condición es de pretérito o de presente, el matrimonio es válido o no, según que se verifique o no aquello que es objeto de la condición (canon 1102, § 2), pero esta condición sólo puede ponerse lícitamente con licencia escrita del ordinario del lugar (canon 1102, § 3). En cambio, según el Código de Derecho Canónico vigente –que en este aspecto innova sobre el de 1917, el cual admitía su eficacia en ciertos casos– no puede contraerse válidamente matrimonio bajo condición de futuro (canon 1102, § 1).

Una de las sectas musulmanas admite el matrimonio a plazo, con dos sentidos diferentes: el de verdadera unión temporaria –caso de obreros rurales que se desplazan de una región a otra y se unen por el tiempo que durarán en el lugar las tareas agrícolas– o el de impedir el repudio del marido fijando un plazo de duración extremadamente largo. Lo admite el Código Civil iraní.

§ 84. **SOLUCIÓN EN CASO DE IMPONERSE PLAZO, CONDICIÓN O CARGO AL MATRIMONIO CIVIL.** – Dado lo imperativo de la prohibición del art. 193 y la circunstancia de celebrarse el matrimonio ante un oficial público que debe conocer sus obligaciones, resulta harto improbable que la unión se contraiga bajo plazo o condición, o con cargo.

En el derecho extranjero existen dos soluciones contrapuestas. Una es la de los códigos italiano (art. 108) y portugués (art. 1618,

párr. segundo), según la cual el plazo o la condición se tienen por no puestos. Otra es la de la ley matrimonial alemana (arts. 13 y 17), conforme a cuya interpretación el matrimonio sería nulo.

En nuestro país, ante el silencio del antiguo art. 44 de la ley de matrimonio civil, se sostuvieron tres posiciones. Para Lafaille, Busso y Borda, el matrimonio condicional o a plazo habría estado viciado de nulidad por aplicación del art. 530 del Cód. Civil, según el cual *“la condición de una cosa imposible, contraria a las buenas costumbres, o prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligación”*.

La solución contraria –validez del acto y nulidad de la condición o el plazo– fue insinuada por Machado y sostenida por Spota, Iribarne, Lagomarsino y Zannoni, además de ser natural consecuencia de la doctrina de la especialidad en materia de nulidad del matrimonio sostenida por Rébora y Fassi, dado que esta tesis no admite más nulidades matrimoniales que las expresamente establecidas en la ley.

Una tercera posición era la de Mazzinghi, quien entendía que la condición suspensiva provocaba la nulidad del matrimonio, porque implicaba ausencia de consentimiento actual, en tanto que la resolutoria habría sido nula sin afectar la validez del matrimonio, ya que habría consentimiento actual pero sería inadmisibles la posibilidad de disolver el matrimonio por sobrevenir un hecho incierto.

Coincidentemente con la segunda posición –que compartí al aceptar la doctrina de la especialidad en materia de nulidades matrimoniales–, la parte segunda del art. 193 añade, poniendo fin a la cuestión: *“Cualquier plazo, condición o cargo se tendrán por no puestos, sin que ello afecte la validez del matrimonio”*.

C) MATRIMONIO ENTRE AUSENTES

§ 85. *CONCEPTO Y TIPOS.* – Es posible que el consentimiento matrimonial sea otorgado sin que uno o ambos contrayentes concurren personalmente al acto de la celebración. Se presenta entonces lo que se ha dado en denominar “matrimonio entre ausentes”, por extensión de la denominación que en materia de contratos utiliza el art. 1181 del Cód. Civil.

Dentro del género matrimonio entre ausentes, deben distinguirse las siguientes especies: *a)* el matrimonio por correspondencia, en el que uno de los contrayentes envía su consentimiento por carta; *b)* el matrimonio por poder, en el cual el consentimiento de uno de los contrayentes, o de ambos, es expresado por su mandatario o sus mandatarios. Una variante de esta especie es el matrimonio por nuncio, en el cual éste se limita a transmitir la voluntad del contrayente, sin poder modificarla ni postergarla, y *c)* el matrimonio a distancia, o sin comparecencia personal, en el que uno de los contrayentes –ausente de su residencia habitual– expresa el consentimiento ante una autoridad competente especial y el otro ante la ordinaria.

En el derecho romano, el consentimiento matrimonial no se requería sólo en el acto inicial sino durante todo el curso de la unión, parecería imposible que pudiera haberse expresado por mandatario. Sin embargo, se admitía que la cohabitación se iniciase sin la presencia del marido, con tal de que la mujer fuese introducida en su casa (*deductio in domum mariti*). En tal caso, la expresión de voluntad del hombre podía hacerse por carta, o bien por intermedio de un mensajero o nuncio.

Luego, el derecho canónico admitió que cualquiera de los dos contrayentes que estuviese ausente expresara su consentimiento por carta o nuncio, para más adelante considerar a éste como un verdadero mandatario. Actualmente, reconoce la posibilidad de contraer matrimonio por apoderado; el poder debe ser especial para casarse con persona determinada, y debe ser otorgado por escrito ante el párroco o el ordinario, o ante sacerdote delegado por uno de ellos, o al menos ante dos testigos, o mediante documento auténtico a tenor del derecho civil (canon 1105), pero además se requiere licencia del ordinario del lugar, salvo caso de necesidad (canon 1071, § 1, inc. 7).

El matrimonio por poder pasó del derecho romano y canónico al español, cuya tradición siguió el Código argentino, así como la mayor parte de los países latinoamericanos. En cambio, no lo aceptaron Alemania, Suiza, ni los países escandinavos. Sólo excepcionalmente lo admite el Código italiano (art. 111), para los militares en tiempo de guerra, y cuando uno de los contrayentes reside fuera del país y median graves motivos. En Francia, en cambio, normas dictadas con motivo de la Segunda Guerra Mun-

dial aceptan el consentimiento otorgado a distancia por militares y marinos bajo bandera.

§ 86. *RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE MATRIMONIO.* – El art. 1881, inc. 5, del Cód. Civil –apartándose de la solución negativa del art. 1281 del Proyecto de Freitas–, enunció entre los actos para los cuales son requeridos poderes especiales, el de “contraer matrimonio a nombre del mandante”, pero no tenía otra referencia al matrimonio por poder, ya que se remitía a las otras formas de celebración religiosas (arts. 167, 180, 181 y 183). La ley de matrimonio civil, siguiendo la tradición patria, lo aceptaba al establecer en su art. 15 que “el consentimiento puede expresarse por medio de apoderado, con poder especial en que se designe expresamente la persona con quien el poderdante ha de contraer matrimonio”.

En la práctica, sólo se hizo uso de esta posibilidad en circunstancias excepcionales, sin que haya motivado dificultad alguna –lo que se trasuntó en la ausencia total de decisiones judiciales relativas a problemas que pudieran haberse presentado–. Sin embargo, una indirecta limitación de su utilización resultaba de las disposiciones que establecen la obligatoriedad del certificado prenupcial, pues imponían al ausente que contraía por mandatario su obtención y remisión al lugar de celebración en plazo relativamente corto (siete días para los residentes en el país y quince o cuarenta y cinco para los residentes en el exterior, según se tratase de países limítrofes o no).

El art. 15 de la ley de matrimonio civil fijaba únicamente dos requisitos que debía reunir el poder para contraer matrimonio: ser un “poder especial” y designarse “expresamente la persona con quien el poderdante ha de contraer matrimonio”. En cuanto al primer aspecto, se entendió por “poder especial” aquel que contuviera facultad expresa para contraer matrimonio; pero no existía obstáculo para que la facultad indicada fuera conferida en un poder general o que comprendiese el mandato para otros actos. Con respecto a la designación del otro contrayente, su ausencia habría implicado la falta de expresión del consentimiento matrimonial con relación a determinada persona, de manera que el acto que hubiera celebrado el mandatario en tales condiciones habría sido inexistente por falta de consentimiento (art. 14, ley de matrimonio civil).

§ 87. **RÉGIMEN DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1962 Y LA LEY 23.515.** – La ley 18.444 ratificó la “Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios”, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1962 con el voto favorable de la delegación argentina. Sus normas entraron en vigor para nuestro país el 27 de mayo de 1970.

Respecto del matrimonio entre ausentes, dispone el art. 1º de la Convención: “1) *No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley.*

2) *Sin perjuicio de lo dispuesto en el párr. 1 supra, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescripto por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente”.*

La Convención no tolera el matrimonio por poder en ningún caso y sólo acepta el denominado “matrimonio a distancia” o “sin comparecencia personal”. Así resulta de que, en principio, el consentimiento debe ser otorgado por los contrayentes “*en persona*” y “*ante la autoridad competente*” ordinaria (art. 1º, párr. primero), y en circunstancias excepcionales ante “*otra autoridad competente*”; sería forzar excesivamente el texto considerar que uno de los contrayentes esté presente cuando es representado por apoderado, y que el escribano o funcionario público ante quien se otorga el poder para contraer matrimonio sea la autoridad competente especial que recibe la manifestación del consentimiento matrimonial del cónyuge ausente.

Por tanto, correspondía considerar derogado el régimen del matrimonio por poder admitido por el Código Civil y la ley de matrimonio civil, criterio que fue sostenido por la doctrina, pero que no rigió en la práctica –al menos en la Capital Federal–, pues el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, por resolución del 28 de abril de 1970, interpretó que continuaba siendo posible que uno de los contrayentes –no ambos– estuviese representado por apoderado.

La ley 23.515 pone fin a toda duda, pues deroga el art. 1881, inc. 5, del Cód. Civil, y adopta los nuevos textos de los arts. 173 y 174, que legislan el matrimonio a distancia en los siguientes términos: “*Se considera matrimonio a distancia aquél en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra.*”

La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo podrá ser ofrecida dentro de los noventa días de la fecha de su otorgamiento” (art. 173).

Y el art. 174 dice: “*El matrimonio a distancia se reputará celebrado en el lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio deberá verificar que los contrayentes no están afectados por los impedimentos legales y juzgará las causas alegadas para justificar la ausencia. En caso de negarse el oficial público a celebrar el matrimonio, quien pretenda contraerlo con el ausente podrá recurrir al juez competente*”.

De los textos combinados de la Convención y del Código cabe extraer actualmente las siguientes inferencias.

El funcionario competente para recibir el consentimiento del ausente es el oficial público encargado del registro civil del lugar donde aquél se encuentra, si es que está en la República, o el funcionario al cual la ley local autoriza para celebrar matrimonios, si está en el extranjero (art. 1º, inc. 1 *in fine*, de la Convención, y art. 173, párr. primero, Cód. Civil).

El funcionario argentino debe recibir la expresión del consentimiento en forma análoga a la establecida en el art. 188, párr. cuarto, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), bien que limitándose a recibir el consentimiento del allí presente sin efectuar pronunciamiento alguno, levantar acta de su recepción y entregar una copia al interesado para su remisión al lugar donde manifestará a su vez el consentimiento el otro contrayente (arg. arts. 188, 191, 192 y 194, Cód. Civil, textos según ley 23.515). Si el consentimiento fuese otorgado en el extranjero, las formas de su recepción y expedición de su constancia se regirán por la ley del lugar. En uno y otro caso, el acta o las constancias correspondientes sólo podrán ser presentadas en el lugar de celebración definitiva dentro de los noventa días de su expedición. En rigor, lo

que la ley debió establecer era que la celebración del matrimonio tuviese lugar dentro de un determinado plazo a partir de la expresión del consentimiento del ausente, pues por la forma como está redactada, el lapso puede prolongarse en virtud de la indefinición resultante del tiempo que puede transcurrir entre dicha expresión y la expedición del testimonio del acta o constancias correspondientes, y entre su presentación en el lugar de celebración y la celebración misma.

Para que el matrimonio a distancia pueda ser celebrado es necesario que median circunstancias excepcionales (art. 1º, inc. 2, de la Convención). Por lo tanto, no es suficiente un distanciamiento geográfico voluntario que pueda suprimirse sin grave dificultad; debe haber motivos graves, tales como la guerra o movimiento militar que los distancie forzosamente, la prisión de uno de ellos con prohibición de salir de la cárcel y de casarse en ella, el matrimonio *in extremis* cuando uno de los contrayentes no puede concurrir a la sede de la autoridad ni ésta trasladarse a su residencia, y las epidemias, bloqueos o cualquier otro caso de distanciamiento forzoso si median razones para no dilatar la celebración.

Conforme a la misma disposición, la autoridad competente para autorizar el matrimonio debe estar convencida de la existencia de tales circunstancias; y el art. 174, parte segunda, del Cód. Civil, la habilita para juzgarlas. Puede ser necesario, pues, presentarle algún elemento de juicio del cual ellas resulten. En caso de negativa, cabe un recurso de apelación ante el juez competente (art. 174, parte tercera, Cód. Civil), que en la Capital Federal será el juez nacional en lo civil, y en el interior aquel al cual le atribuyan competencia las leyes locales.

El consentimiento dado a distancia caduca cuando cesan las causas que autorizan esta forma de celebración, ya que la apreciación de dichas causas debe hacerse al celebrarse el acto definitivo.

El consentimiento del ausente puede ser revocado hasta la celebración del acto definitivo, como resulta de la frase final del art. 1º, párr. segundo, de la Convención citada, según la cual el funcionario debe estar también cerciorado de que el consentimiento dado no fue retirado. El matrimonio celebrado después de la revocación del consentimiento del ausente sería inexistente por falta de consentimiento, aun cuando la revocación no hubiese llegado a conocimiento del otro contrayente. También sería inexis-

tente el matrimonio celebrado después de la muerte del ausente, pues se trataría de un matrimonio *post mortem*, que sólo se concibe si una norma lo autoriza expresamente.

El acto definitivo tiene lugar al ser expresado ante el oficial público encargado del registro civil el consentimiento del contraente presente. A dicho oficial le incumbe la realización de las diligencias previas –entre ellas la verificación de la inexistencia de impedimentos, a la cual alude redundantemente el art. 174, parte primera, del Cód. Civil–, así como la recepción de la declaración del presente de que quiere unirse en matrimonio, y el pronunciamiento de la unión en nombre de la ley (art. 188, párr. cuarto, Cód. Civil).

Violado el régimen de la Convención por la celebración de matrimonio por poder después de haber entrado ella en vigencia, el matrimonio sería inexistente por no haber sido otorgado el consentimiento del ausente ante el oficial público encargado del registro civil ni de ninguna otra manera admitida por el ordenamiento legal vigente (arg. art. 172, Cód. Civil, texto según ley 23.515). Pero de haber posesión de estado, la inexistencia quedaría cubierta porque la iniciación de la cohabitación implicaría una renovación del consentimiento que, si bien no revestiría la forma impuesta por el art. 172, impediría atacar al matrimonio por invocación de un vicio formal (art. 197, párr. segundo, parte segunda, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

En cambio, si la violación proviniese de no haber mediado las situaciones de excepción previstas en la Convención, el matrimonio sería existente y válido, pues al haberse otorgado el consentimiento ante funcionario competente no habría causal de inexistencia, y porque la nulidad no puede derivar de vicios formales.

D) VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

§ 88. **DISPOSICIONES APLICABLES.** – El art. 175 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) establece: “*Vician el consentimiento la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contraente. También lo vicia el error acerca de cualidades personales del otro contrayente si se prueba que, quien lo sufrió, no habría*

consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El juez valorará la esencialidad del error considerando las condiciones personales y circunstancias de quien lo alega". Viene así la ley de matrimonio a hacer aplicación, para este típico acto jurídico familiar, de la doctrina de los vicios de la voluntad que, como motivo de invalidez de los actos jurídicos en general, había legislado el Código Civil en el Libro Segundo, Sección Segunda.

De ahí que en principio sean aplicables a los vicios del consentimiento matrimonial las normas de los actos jurídicos, pero la naturaleza especial del acto tenido en vista impone dos órdenes de limitaciones: *a)* aquéllas que resultan de la ley misma; así, en cuanto al error, que queda limitado a los casos previstos en el art. 175, y *b)* aquéllas que resultan de la naturaleza del matrimonio, de la cual deriva la inaplicabilidad de disposiciones que carecerían de sentido en cuanto a él, especialmente las que se relacionan con los efectos patrimoniales de los actos jurídicos en general.

§ 89. **LA CRÍTICA DE BORDA A LA TEORÍA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.** – En nuestro medio, la teoría de los vicios del consentimiento ha sido objeto de la crítica de Borda, quien la considera falsa y señala que no se dan en el matrimonio los requisitos que la teoría psicológica del consentimiento exige para que éste sea válido: discernimiento, intención y libertad. El discernimiento no sería requisito del matrimonio válido, pues la ley admite su celebración sin límite de edad cuando media dispensa. Sostiene, por otra parte, que la falta de libertad en el matrimonio es, más que frecuente, normal, y aun llega a considerarla deseable cuando los contrayentes han perdido su libertad y claridad de juicio por estar profundamente enamorados.

Cualesquiera que sean los reparos que puedan oponerse a la llamada "teoría psicológica clásica del consentimiento", lo cierto es que existe la posibilidad concreta de que éste se halle afectado por las circunstancias que la ley determina como sus vicios, y que las situaciones en que éstos se dan resultan sin lugar a dudas merecedoras de protección legal. En consecuencia, la crítica formulada queda relegada a un plano puramente teórico y resulta ineficaz para modificar las soluciones prácticas consagradas por la ley, que si algún reparo mereciese sería resultado de otras aprecia-

ciones mas no de consideraciones referentes al fundamento teórico de la doctrina que la funda. Puede afirmarse, como lo hace Orgaz, que en los casos contemplados en la ley existe interés social en no mantener por la fuerza una unión mal constituida o que aparece desde su comienzo como fracasada.

1) VIOLENCIA

§ 90. *DISPOSICIONES APLICABLES.* – En materia de violencia, resultan aplicables los principios generales establecidos a su respecto en el Código Civil. Así, debe distinguirse la violencia física de la moral.

Tanto en uno como en el otro caso, el fundamento de la disposición radica en la falta de libertad de quien sufre la violencia (arts. 897 y 900, Cód. Civil). Debe ser desechada la opinión de Busso y de Borda de que el fundamento no es ése sino la ilicitud de la conducta del autor de la violencia. Si así fuera, no habría por qué tener en cuenta las condiciones particulares de la víctima, como prescribe el art. 938, ni sería computable la violencia ejercida por un tercero (art. 941, Cód. Civil), ya que la sanción de nulidad no recae sobre éste; la ilicitud de la conducta de quien ejerce la violencia tiene su sanción civil en la indemnización de daños y perjuicios, mientras que el vicio consensual origina la anulabilidad del acto.

§ 91. *VIOLENCIA FÍSICA.* – Violencia física es la “*fuera irresistible*” ejercida sobre uno o ambos contrayentes para obtener la celebración del acto (art. 936, Cód. Civil). Si es difícil que ella pueda ocurrir con relación a los actos jurídicos en general –solamente se conciben ejemplos puramente de escuela, como el clásico de aquel a quien se hace firmar llevándosele la mano–, las solemnidades de que el acto de celebración del matrimonio está revestido hacen prácticamente imposible que pueda configurarse, pues supondría el ejercicio a la vez de la violencia sobre el oficial público –que debería negarse a autorizar el matrimonio en presencia de actos forzosamente notorios como los que configurarían esta situación– o bien que ella fuese ejercida por el propio oficial o con su concurso.

§ 92. **VIOLENCIA MORAL.** – Más posibilidad de aplicación se da con relación a la violencia moral o intimidación, que existe “cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos” (art. 937, Cód. Civil); el Código agrega: “No hay intimidación por injustas amenazas, cuando el que las hace se redujese a poner en ejercicio sus derechos propios” (art. 939, Cód. Civil).

Debe tenerse en cuenta también la situación subjetiva de quien habría sufrido las amenazas, conforme al art. 938 del Cód. Civil, que establece: “La intimidación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, hábitos o sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión”.

Según estos preceptos, los requisitos de la intimidación son los siguientes:

a) **EXISTENCIA DE INJUSTAS AMENAZAS.** Si bien el art. 939 sienta el principio de que no es injusta amenaza la de ejercer un derecho, se ha sostenido que, para que así ocurra, tal ejercicio no debe ser abusivo, es decir, no debe contrariar los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo (art. 1071, Cód. Civil); con ese criterio no dejaría de ser injusta la amenaza de ejercer un derecho concedido para la defensa patrimonial del acreedor (pedido de quiebra, ejercicio de acción de indignidad o desheredación) si en lugar de hacerlo con ese fin se lo utilizase como medio de presión para forzar el matrimonio, por lo que sería muy restringida la aplicabilidad del art. 939 al matrimonio.

Pero es evidente que no constituiría intimidación la amenaza de ejercicio de un derecho vinculado con la celebración o no celebración del matrimonio, como en el caso de amenaza de accionar penalmente por abuso sexual si el abusador no accede a un avenimiento.

b) **CARÁCTER FUNDADO DEL TEMOR.** Si el temor es fundado o no lo es, es una cuestión que debe ser apreciada en cada caso, conforme a las circunstancias personales del sujeto pasivo de las amenazas (art. 938).

c) *INMINENCIA Y GRAVEDAD DEL MAL*. El mal con que se amenaza debe ser inminente, es decir, que debe producirse inmediatamente o, por lo menos, en un lapso muy breve que impida a la víctima tomar medidas destinadas a conjurar la amenaza. En cuanto a la gravedad, debe ser apreciada con relación a la importancia del acto para cuyo otorgamiento se exige el consentimiento de la víctima, y a la significación que para ésta revista el bien amenazado.

d) *BIENES SOBRE LOS QUE DEBE RECAER*. El mal debe recaer sobre los bienes enunciados en el art. 937, pero esa enunciación no es limitativa sino que debe ser interpretada según la explicación que el mismo codificador da en la nota a dicho artículo. Dice allí que si se trata de las personas enumeradas, la violencia produce el mismo efecto que si se hubiera ejercido contra la parte del acto, mientras que si se trata de otras personas, los jueces deben resolver según las circunstancias del caso.

e) *RELACIÓN CAUSAL*. Finalmente, como es natural, debe haber relación causal entre las amenazas y el consentimiento.

Nuestra jurisprudencia registra un solo caso de anulación de un matrimonio por intimidación, consistente en amenazas de muerte de parte de los parientes de la novia hacia el novio, quien si bien había mantenido una relación de noviazgo prolongada en el tiempo, deseaba postergar el acto en razón de la grave enfermedad de su madre y huyó en seguida de la ceremonia¹.

§ 93. *VIOLENCIA DE UN TERCERO*. – Con relación a ambos tipos de violencia, es de aplicación el art. 941 del Cód. Civil, que asigna iguales efectos que a la ejercida por una parte sobre la otra a la empleada por un tercero que no interviene en el acto. De tal modo, la violencia que debe tenerse en cuenta en el matrimonio es tanto la proveniente del otro contrayente como la de un tercero.

Lo mismo ocurre con los arts. 942 y 943, que hacen responsable al tercero de la indemnización de los daños ocasionados para la parte violentada –solidariamente con la otra parte, cuando ésta

¹ CCivP, 5/8/31, JA, 36-942.

es sabedora de la violencia, y sólo por el tercero cuando no ocurre así-, solución concordante con el nuevo art. 225 (texto según ley 23.515).

§ 94. *ESTADO DE NECESIDAD.* – Mazzinghi sostiene que también debe ser computada la violencia que no proviene de la acción de otra persona, la coacción derivada de circunstancias externas que nadie ha provocado deliberadamente, es decir, el estado de necesidad. Con ese criterio, habría vicio de la voluntad cuando se padeciese el riesgo objetivo de sufrir un mal inminente y grave que inspirase fundado temor a una de las partes. La necesidad, sin embargo, debería ser valorada con mayor rigor que cuando media intimidación provocada por otra persona, pues si la teoría de la necesidad se aplicara con criterio lato, cualquier matrimonio que se contrajese para superar un problema determinado podría ser invalidado alegando falta de libertad; por lo tanto, sólo cabría en caso de riesgo inminente sobre la vida, como el peligro muy grave o el estado de miseria insuperable.

Por mi parte, pienso que ni aun en severas condiciones de apreciación es posible admitir que el consentimiento matrimonial esté viciado por el estado de necesidad. Lo contrario equivaldría a introducir un supuesto de anulabilidad que –fuera de no estar expresamente previsto en la ley– podría poner en peligro la estabilidad de los matrimonios y enfrentar a uno de los cónyuges con motivos de anulación a los que puede ser totalmente ajeno. Adviértase que la situación no es la misma que en la violencia, donde es poco concebible que el contrayente que no la sufre no advierta que pesa sobre el otro.

Precisamente, nuestra jurisprudencia ha rechazado demandas de nulidad en las que el verdadero fundamento de la acción, aunque no invocado, habría sido el estado de necesidad. Tal fue un caso en que el matrimonio se contrajo para evitar las consecuencias penales de la violación, después de presentada la denuncia penal, es decir, evidentemente no por la amenaza de deducirla², y otro en que una mujer inmigrante invocó el temor de verse obligada por las autoridades a regresar a su país de origen si no

² CCiv2°Cap, 16/7/45, LL, 39-364, y JA, 1945-III-759.

contraía el matrimonio concertado previamente para poder ingresar en la Argentina³.

En un caso reciente se puso en duda la admisibilidad del estado de necesidad como causa de nulidad de los actos jurídicos en general, afirmándose que su aplicación es sumamente restrictiva. Se negó que fuese causa de anulación del matrimonio el hecho de que el autor hubiese pasado momentos difíciles derivados de sus dolencias y su mala relación con sus familiares directos, y que se sintiera solo y angustiado frente a la vejez y la enfermedad, pues su situación no era tan desesperada como para impulsarlo a realizar un acto tan trascendente como el matrimonio⁴.

§ 95. *TEMOR REVERENCIAL.* – En cuanto al temor reverencial, del mismo modo que no tiene efectos en los actos jurídicos en general, tampoco los tiene en cuanto al matrimonio (art. 940, Cód. Civil). Pero no debe por eso excluirse la posibilidad de que la violencia sea ejercida por el ascendiente sobre el descendiente, el tutor sobre el pupilo o el superior sobre el subordinado, y en tal caso debe ser tenida en cuenta. Lo que la ley deja a un lado es el temor que deriva de la existencia de tal tipo de vinculación, situación subjetiva de quien lo sufre, pero no el ocasionado por actos comprendidos en las situaciones de violencia previstas, que nada impide que sea ejercida por las mismas personas con respecto a las cuales podría existir el temor reverencial. Aun más, la vinculación de este carácter puede dar lugar a una menor estrictez en la apreciación de la existencia de la intimidación, por aplicación de lo dispuesto en el art. 938 del Cód. Civil.

§ 96. *RAPTO.* – En el derecho romano antiguo, el rapto, aun cuando era delito, no impedía la validez del matrimonio. El derecho imperial lo consideró impedimento dirimente, confiriendo una acción de nulidad del matrimonio prescriptible a los cinco años, que Justiniano hizo perpetua.

En el derecho germánico también era considerado un delito, pero una vez pagada la composición pecuniaria que correspondía,

³ CCiv2ªCap, 25/6/45, LL, 39-256.

⁴ CNCiv, Sala F, 4/12/97, JA, 1998-II-415.

nada obstaba a la celebración de matrimonio válido entre raptor y raptada.

El derecho canónico atemperó la severidad del romano, al considerar al impedimento como temporal, y el Código vigente lo equipara con la retención de la mujer (canon 1089).

Algunas legislaciones actuales mantienen la calidad de impedimento del rapto, o bien lo consideran como una causal de nulidad relativa. Nuestra ley no lo contempla como impedimento ni como causal especial de vicio consensual que dé lugar a la anulabilidad del matrimonio. Luego, carece de efectos por sí solo; ha de probarse la fuerza o intimidación para que se configure el vicio.

§ 97. *SEDUCCIÓN.* – El derecho canónico no admite ni admitió nunca que la falta de conformidad de los padres para el matrimonio de los menores fuese impedimento dirimente. El Código de 1917 contemplaba el rapto de seducción, que –a diferencia del rapto propiamente dicho o rapto de violencia– consistía en la sustracción de mujer menor de edad con el consentimiento de ella y con la ignorancia u oposición de sus padres o tutores. Era un delito canónico, previsto en el canon 2353, pero no era impedimento matrimonial ni causa de nulidad del matrimonio; aun como delito ha sido eliminado del Código vigente. En cuanto al impedimento matrimonial, sólo comprende el rapto propiamente dicho o rapto de violencia.

En el antiguo derecho francés, la jurisprudencia extendió al rapto de seducción la sanción de nulidad del matrimonio establecida para el rapto de violencia, creando así un impedimento dirimente para el matrimonio de menores de edad sin el consentimiento paterno; su violación no sólo daba lugar a la nulidad del matrimonio, sino también a la aplicación al marido y al sacerdote –considerado cómplice del delito– de las penas del rapto, que podían llegar hasta la de muerte. En el Código francés, la falta de consentimiento del padre y la madre, de los ascendientes, o del consejo de familia, con el matrimonio de los menores de edad es una causal de nulidad relativa del matrimonio, demandable por aquellos cuyo consentimiento se requería o por el contrayente que lo necesitaba (art. 182).

En nuestro derecho, la seducción no es por sí sola causal de nulidad –ni siquiera en la forma indirecta en que resulta estableci-

da en el Código francés, pues la falta de venia paterna no es impedimento dirimente sino impediente–, de modo que sólo podría llegar a serlo si reuniese los caracteres del dolo.

2) ERROR

§ 98. **DERECHO CANÓNICO.** – El derecho canónico contempla el error de derecho (*error iuris*) y el de hecho (*error facti*). A su vez, en el error de derecho se distingue un error sustancial sobre la identidad del propio acto matrimonial, la ignorancia de la esencia del matrimonio (canon 1096) –que más parece aproximarse al error sobre la naturaleza del acto que al error de derecho–, que excluye el consentimiento matrimonial y es causal de nulidad, de ciertos errores accidentales (sobre la unidad, indisolubilidad o dignidad sacramental del matrimonio, y certeza u opinión de que la unión contraída va a ser nula) que no lo vician (cánones 1099 y 1100).

En cuanto al error de hecho, se diferencia el error acerca de la persona (*error in persona*) del error sobre las cualidades de la persona. El primero –que hace inválido el matrimonio (canon 1097, § 1)– es el caso en que quien pretende casarse con una persona lo hace con otra, cuya consideración parte del supuesto bíblico de Jacob, que casó con Lía en lugar de hacerlo con su hermana Raquel; pues la noche de la boda el padre de ambas sustituyó fraudulentamente a la segunda por la primera.

El error sobre las cualidades de la persona (*error qualitatis*) no es causa de invalidez, a no ser que se pretenda determinada cualidad directa y, principalmente, por encima de la identidad de la persona misma con la cual se va a contraer matrimonio (canon 1097, § 2). Es el antiguamente denominado “error sobre la cualidad de la persona que redundaba en error acerca de la persona misma” (*error qualitatis in personam redundans*).

§ 99. **DERECHO FRANCÉS.** – En el antiguo derecho francés, Pothier distinguía entre el error sobre la persona y el error sobre las cualidades de la persona, y –como principio– sólo admitía que el primero, o sea, el error acerca de la individualidad física del otro contrayente, viciase el consentimiento. Por excepción, acep-

taba que también lo viciara el *error conditionis* (error sobre la condición servil del otro contrayente), por aplicación del antiguo derecho canónico.

El art. 180 del Código Napoleón utilizó la expresión “error en la persona” (*erreur dans la personne*), dando lugar a una larga controversia interpretativa, complicada por las distintas opiniones vertidas durante la discusión y por la falta de explicación de la razón por la cual se sustituyó la preposición “sobre” (*sur*) de la fórmula clásica por “en” (*dans*).

La doctrina francesa ha sostenido las siguientes opiniones: *a*) la más restringida, según la cual el único error comprendido es el que versa sobre la persona física, con lo que no habría habido modificación alguna respecto del antiguo derecho (Maleville, Zachariæ); *b*) la de que no comprende sólo el error sobre la persona física sino también el error sobre la persona civil, que estaría dada por el nombre y demás cualidades sociales que identifican a la persona, como la pertenencia a determinada familia (Merlin, Toullier, Duranton, Proudhon, Delvincourt, Vazeille, Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie), y *c*) la de que se extiende –en cierta y variable medida– a las cualidades esenciales de la persona, especialmente las de orden moral (Massé y Vergé, Demante, Marcadé, Valette, Demolombe). En la doctrina moderna es criterio generalizado el de que debe ser ampliado de alguna manera el estrecho criterio que sólo acepta el error sobre la identidad física o civil; las extensiones propuestas son diversas, pero todos coinciden en señalar la existencia de errores de mucho mayor gravedad que sobre la personalidad civil.

La Corte de Casación tuvo oportunidad de decidir la cuestión en fallo dictado el 24 de abril de 1862. Se había planteado la nulidad del matrimonio sobre la base de que la mujer se había casado con un ex presidiario, que había sido condenado a quince años de trabajos forzados por complicidad en un asesinato. La Corte decidió que sólo podía tenerse en cuenta el error sobre la identidad física o civil de la persona, de modo que el caso no estaba encuadrado en la previsión legal. Consideró que si bien la nulidad no debía restringirse al supuesto de error derivado de la sustitución fraudulenta de una persona por otra, solamente podría considerarse el caso en que uno de los esposos se hubiese hecho aceptar presentándose como miembro de una familia que no

era la suya y se hubiera atribuido las condiciones de origen y filiación pertenecientes a otro; mas no el error sobre las condiciones y cualidades de la persona, por más desdoro que el otro cónyuge pudiera haber sufrido.

A pesar de tal decisión, con posterioridad otros tribunales inferiores desconocieron esta doctrina, al admitir errores sobre cualidades sustanciales. El primer error admitido sin ser estrictamente sobre la personalidad civil fue el error sobre la nacionalidad, aunque en circunstancias especiales, derivadas del conflicto bélico de 1914-1918: se trataba de mujeres francesas que habían contraído matrimonio con alemanes que se habían hecho pasar por alsacianos, y que como consecuencia de la unión adquirirían la nacionalidad del marido y quedaban sometidas a las restricciones impuestas a los súbditos de países enemigos. Más adelante se aceptó el error sobre el estado de familia, de mujer que se había casado con un divorciado creyéndolo soltero, o con quien había ocultado su matrimonio religioso anterior, que le impedía contraer otro. También se admitió el error sobre cualidades físicas, como la impotencia o el estado mental del otro cónyuge; finalmente, llegó a aceptarse el error sobre cualidades morales del marido, detenido después del matrimonio por tentativa de homicidio y robo, con lo que se dio la solución totalmente inversa a la de la Corte de Casación de 1862. Este tribunal no volvió a pronunciarse sobre el punto.

Actualmente, la cuestión ha quedado superada por la reforma introducida por la ley del 10 de julio de 1975, que extiende los supuestos del art. 180 no sólo al error en la persona (*erreur dans la personne*), sino también al error sobre sus cualidades esenciales (*sur des qualités essentielles de la personne*).

§ 100. **OTRAS SOLUCIONES LEGISLATIVAS.** – Las soluciones legislativas de otros países varían desde una falta de precisión similar a la del Código francés, pasando por la aplicación de fórmulas generales destinadas a establecer cuándo el error tiene relevancia, hasta la enunciación concisa de los casos comprendidos.

Muchos códigos se refieren al error en la persona o error sobre la persona, dando lugar a la misma dificultad interpretativa que el Código francés. De fórmulas generales amplias pueden señalarse como ejemplos la ley de matrimonio alemana, que incluye

el error sobre la naturaleza del acto, el error sobre la persona del otro cónyuge, y el error sobre las cualidades personales de éste que, conocidas anteriormente y apreciada razonablemente la esencia del matrimonio, habrían disuadido de celebrarlo (arts. 31 y 32, párr. primero), y el Código Civil suizo, que contempla el error sobre la naturaleza del acto, sobre la identidad del otro contrayente, y sobre cualidades tan esenciales de éste que hagan la vida común insoportable (art. 124). El Código Civil brasileño de 1916 enunciaba los siguientes casos de error esencial: *a*) sobre la identidad del otro cónyuge, su honor y buena fama, siempre que ese error sea de tal naturaleza que su conocimiento ulterior torne insoportable la vida en común al cónyuge engañado; *b*) la ignorancia de crimen inafianzable cometido por el otro contrayente antes del matrimonio y definitivamente juzgado por sentencia condenatoria; *c*) la ignorancia anterior al casamiento de defecto físico irremediable o de enfermedad grave y transmisible por contagio o herencia, capaz de poner en peligro la salud del otro cónyuge o de la descendencia, y *d*) el desfloramiento de la mujer, ignorado por el marido (art. 219).

Mientras tanto, la reforma del Código Civil italiano en materia de derecho de familia, de 1975, ha seguido la misma orientación de la francesa, al admitir el error sobre la identidad de la persona o el error esencial sobre las cualidades personales del otro cónyuge (nuevo texto del art. 122).

§ 101. **RÉGIMEN DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL.** – El proyecto del Poder Ejecutivo que sirvió de base a la ley de matrimonio civil aludía al “error en la persona”. Entre las modificaciones que el Senado le introdujo estuvo la adopción del texto del art. 16, que expresaba: “La violencia, el dolo y el error sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil vician el consentimiento”.

Ningún inconveniente presentaba la interpretación del primer caso; el error sobre la identidad del individuo físico era el error sobre la persona en su acepción más restringida, el caso de quien, queriendo contraer con persona determinada, lo hace con otra.

Es un supuesto poco menos que imposible de darse en la práctica, pero como no media imposibilidad absoluta de que se presente, no puede dejar de ser previsto en la ley. Podría ocurrir, por ejemplo, en el casamiento de un ciego, o cuando prestado

el consentimiento a distancia, la ceremonia definitiva se cumple con un homónimo. Maffía cita un caso ocurrido en Suecia y registrado por los periódicos. Un sueco residente en los Estados Unidos de América mantenía correspondencia con una compatriota domiciliada en su país natal. En su última carta, el hombre le ofreció matrimonio y le comunicó que viajaba para escuchar su decisión. La carta se entregó a otra mujer del mismo nombre, quien lo esperó y el matrimonio se contrajo; de inmediato el contrayente advirtió que no se había casado con la mujer con la cual había mantenido la relación epistolar, y logró la anulación del matrimonio por error, sin que hubiera mediado dolo.

En cambio, era verdaderamente dificultoso determinar el alcance de la expresión "*error sobre la identidad de la persona civil*", lo que dio lugar a tres criterios interpretativos: *a*) la tesis restringida, según la cual, al haber sido tomada la expresión de las enseñanzas de Aubry y Rau recogidas un cuarto de siglo antes de la ley de matrimonio civil argentina por la Corte de Casación francesa, no consentía otra interpretación. Este error habría tenido lugar, pues, cuando hubiese versado sobre el conjunto de atributos que constituyen la personalidad civil, de modo que verdaderamente se presentase una cuestión de identidad (J. M. Guastavino, Salvat, Frías, Fassi); *b*) la tesis amplia, para la cual habrían estado comprendidos todos los casos de error sobre alguna de las cualidades sustanciales de la persona. Se fundaba en considerar decisiva la referencia de la ley al dolo, pues consideraba que el error no derivado de maniobras u omisiones dolosas debía tener las mismas consecuencias que el causado por dolo (Spota, Lagomarsino), y *c*) diversas tesis intermedias, como la de Machado, que consideraba que la expresión "persona civil" equivale a "persona social", es decir, el conjunto de las cualidades que individualizan y personifican a un individuo, por lo que debían tenerse en cuenta en cada caso las circunstancias de hecho, la posición social de los esposos, su carácter, sus creencias, y todo lo que pudiera alterar de manera profunda y esencial el consentimiento, dando como ejemplo el caso de la mujer católica que, sin saberlo, se casase con un sacerdote; la de Llerena, que identificó el error sobre la identidad civil con el error sobre el estado civil, que habría tenido lugar cuando lo hubiera habido sobre la filiación o el estado de familia; la similar de Lafaille, que entendía que debía haber error en

cuanto a la designación de la familia, estado, etc.: la de Busso, para quien bastaba el error sobre un solo elemento de la personalidad civil si inducía error sobre la identidad, mas no cualquier cualidad, por importante que fuese; la de Mazzinghi, que admitía en general ese planteo, añadiendo que era causa de anulación el error sobre el estado civil del otro cónyuge, por ejemplo si se lo creía soltero y era divorciado, o si tenía prole extramatrimonial que el otro contrayente ignoraba; y la de Rébora, que creía que la expresión legal tenía la significación atribuida por el derecho canónico, con la cual tendería a coincidir la jurisprudencia francesa.

Hasta poco tiempo atrás, la jurisprudencia no había llegado a tener oportunidad de anular matrimonios por error espontáneo —es decir, no motivado por dolo— como vicio del consentimiento matrimonial. Cabe señalar, sin embargo, que en un caso de anulación por dolo, uno de los integrantes de la Cámara Civil 2ª, el doctor Chute, señaló que se daba un supuesto de error sobre la identidad de la persona civil, de modo que la anulación habría cabido aun de no mediar engaño; se trataba de un hombre casado que había ocultado su estado de tal durante el noviazgo, y que había enviudado cuatro días antes de contraer el matrimonio impugnado⁵.

Por otra parte, en algunos casos se han hecho referencias incidentales al alcance del error que muestran igual divergencia que en la doctrina; mientras en algunos se afirmó que el error que autorizaba a alegar el art. 16 era sólo el que redundaba en la sustitución de una persona por otra, presentando una cuestión de identidad, y en otro que la individualidad civil es el conjunto de cualidades que sirven para identificar a las personas, en una oportunidad llegó a decirse que el error computable era el que incidía sobre la identidad física del contrayente o sobre alguna de sus cualidades esenciales, entendiéndose por tales las que versan sobre los atributos de la persona misma. Desde otro punto de vista, se dijo también que el error debía ser determinante, o sea de tal naturaleza y gravedad que, de no haber mediado, las nupcias no se habrían formalizado, lo que no ocurre en el error sobre el apellido.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó un solo fallo en que se anuló un matrimonio por error sobre la identidad

⁵ CCiv2ªCap, 26/12/46, LL, 48-461, y JA, 1947-I-419.

de la persona civil. Se trataba del contraído por una mujer argentina con un extranjero, que se dijo ciudadano soviético y llamarse de determinada manera, y que algún tiempo después desapareció sin dar más noticias, tras lo cual se pudo determinar que había presentado documentación falsa y que por el nombre dado no existía ningún ciudadano de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, con lo que la esposa ignoraba totalmente con quién se había casado⁶.

§ 102. **PROYECTOS DE REFORMA.** – Bibiloni propuso una fórmula basada en el Código alemán. Según ella “vicia el consentimiento... el error padecido al celebrarse el matrimonio por uno de los contrayentes sobre la persona del otro, o sobre las calidades personales de éste de tal naturaleza que no habría contraído matrimonio si hubiera conocido el estado de las cosas, y apreciado razonablemente la unión que contraía. No puede invocarse el error sobre la situación patrimonial aunque hubiese sido provocado por maniobras dolosas” (art. 487).

En cambio, el Proyecto de 1936 optó por una enunciación basada en el Código brasileño, con exclusión del *error virginittatis*: “El error o la ignorancia sólo podrán referirse: 1º) a la identidad del otro cónyuge, a su honra y buena fama, cuando fuere de tal naturaleza, que el conocimiento ulterior impidiese continuar la vida en común; 2º) al hecho de haber cometido el consorte un delito, anterior al matrimonio, juzgado por sentencia firme y condenatoria, cuando el conocimiento de ello colocare al otro en el supuesto previsto en la parte final del inciso anterior; 3º) a la existencia de un defecto físico irremediable, o enfermedad grave, contagiosa o hereditaria, susceptible de poner en riesgo la salud del otro esposo o de los hijos” (art. 390).

En cuanto al Anteproyecto de 1954, sigue al Proyecto de 1936, pero suprime el segundo inciso por considerarlo comprendido en el primero. El art. 443 expresa: “El error sólo será causa de anulación del matrimonio: 1º) cuando se refiera a la identidad del otro cónyuge, o a su honra y buena fama, si fuera de tal naturaleza que el conocimiento ulterior de la verdadera situación impidiera con-

⁶ CNCiv, Sala A, 12/3/85, LL, 1986-B-472, y ED, 111-513.

tinuar la vida común; 2º) cuando se refiera a un defecto físico irremediable, o enfermedad grave, contagiosa o hereditaria, susceptible de poner en peligro la salud del otro esposo o de los hijos”.

§ 103. **RÉGIMEN DE LA LEY 23.515.** – La norma del art. 16 de la ley de matrimonio civil fue en general censurada por la doctrina nacional en razón de su deficiencia; sólo recibió la aprobación de Spota.

Diversos criterios se propusieron para dar solución legislativa al problema del error como vicio del consentimiento matrimonial. Así, la adhesión de Lafaille a la fórmula enumerativa de casos de error esencial del Código brasileño dio lugar a la disposición propuesta en el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954, la segunda de las cuales mereció también la aprobación de Mazzinghi. En otra corriente, Maffia se adhería a la crítica de Bibiloni y propiciaba una reforma legislativa que admitiese el error sobre las cualidades determinantes de la persona, mediante una fórmula presidida por el espíritu de la institución matrimonial, o, en otros términos, que los motivos concordasen con los principios esenciales del instituto e impidiesen aducir intenciones aventuradas. Por mi parte, sostuve que debía reducirse el error al que se refiere a la identidad del otro contrayente y mantener la autonomía del dolo como vicio consensual en el matrimonio.

La redacción dada al art. 175 por la ley 23.515 incluye el “*error acerca de la persona del otro contrayente*” y el “*error acerca de las cualidades personales*” de éste, con los requisitos que señala. La fórmula está evidentemente inspirada en el Anteproyecto de Bibiloni, como que tiene el mismo contenido con sólo leves modificaciones de forma, y con la supresión de la final alusión del Anteproyecto al error sobre la situación patrimonial.

El primer caso no difiere del “*error en la persona*” que prevía la ley de matrimonio civil, de manera que cabe reiterar lo dicho a su respecto.

El segundo, en cambio, amplía el error a todas las cualidades sustanciales del individuo, siguiendo la línea de la legislación alemana y de la francesa de 1975, al establecer que existe “*si se prueba que, quien lo sufrió, no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemen-*

te la unión que contraía”, y que “el juez valorará la esencialidad del error considerando las condiciones personales y circunstancias de quien la alega”.

La fórmula elegida no deja lugar a dudas acerca de que este error debe ser determinante, así como excusable. En este último aspecto, concuerda con el art. 929 del Cód. Civil, que dice: “El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable”. También fija claras pautas para la valoración judicial del carácter esencial del error.

Por último, la supresión de la parte final de la disposición propuesta por Bibiloni no significa, por cierto, que la interpretación de la norma vigente deba ser distinta. Es obvio que no puede invocarse el error sobre la situación patrimonial del otro contrayente, ya que no se trata de una causa legítima que funde la expresión del consentimiento matrimonial.

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en notorio desacuerdo, consideró que había mediado error sobre las cualidades personales en un caso en que, después de las nupcias, el marido había cambiado de personalidad: abandonó el trabajo, rehuía quedar a solas con su mujer, y se dio al juego⁷. Se trataba, es obvio, de hechos posteriores al matrimonio.

Por su parte, la Sala J del mismo tribunal anuló por error un matrimonio en que el contrayente se negó a celebrar la ceremonia religiosa después de contraído el matrimonio civil, estimando que ello demostraba el error sobre una cualidad esencial, la sinceridad⁸. En rigor, debe de haberse tratado de un supuesto de dolo, como se resolvió en otros casos (ver § 106, f. 1).

3) DOLO

§ 104. **DERECHO CANÓNICO Y FRANCÉS.** – La solución tradicional del derecho canónico fue la de no contemplar el dolo como vicio del consentimiento matrimonial; sólo se atendía al error, sin

⁷ CNCiv, Sala B, 19/5/88, ED, 133-463.

⁸ CNCiv, Sala J, 9/4/99, ED, 183-656.

establecer diferencias sobre la base de que éste fuese espontáneo o provocado por el dolo del otro contrayente o de un tercero. Se estimaba que las maniobras dolosas, en lugar de causar un perjuicio conducen a un bien, ya que llevan a recibir un sacramento, aplicando igual solución que a las maniobras dolosas que lleven a una persona a entrar en religión.

Sin embargo, ese criterio fue desechado en el Código de 1983, cuyo canon 1098 establece: "Quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente".

La exclusión del dolo como vicio del consentimiento matrimonial es también la solución tradicional del derecho francés. Ya en el antiguo derecho se consideró que no debía tenerse en cuenta por ser natural que existiese en el matrimonio, pues sería normal que para llegar a él los futuros contrayentes trataran de aparecer con virtudes que en realidad no tenían; así lo expresó Loysel en sus *Institutes coutumières*, con una máxima de tono humorístico: "*en mariage trompe qui peut*" (en el matrimonio engaña quien puede).

Luego de excluido por el Código Napoleón, la doctrina intentó fundar en una explicación más jurídica ese criterio. Arguyó así —fuera de señalar los peligros que podrían derivar para la estabilidad de las familias de una admisión más o menos amplia de nulidades basadas en esta causal— que el dolo puede motivar la anulación de un contrato, ya que es el medio de indemnizar a la víctima de la manera más adecuada por el perjuicio sufrido a consecuencia de las maniobras de la otra parte; esto sería así más que por la existencia de un verdadero vicio del consentimiento, por el perjuicio derivado del dolo, de manera que la anulación evita, a la vez, tal perjuicio y el beneficio que del acto derivaría para el que lo consiguió dolosamente. En cambio, la nulidad del matrimonio no constituiría igual compensación para el cónyuge engañado, pues, por una parte, del matrimonio habrían nacido relaciones que interesan por igual a la sociedad y a los cónyuges, y por otra, no se concebiría que las circunstancias en las cuales se formó el vínculo conyugal diesen lugar a reparaciones civiles de un esposo al otro, las que no se adaptarían al peculiar perjuicio ocasionado

por el matrimonio. Por esas razones, el dolo carecería de influencia en tanto no diese lugar a un error en la persona.

Sin embargo, la doctrina actual ha comenzado a poner en duda la validez de esos argumentos, y en algunos casos la jurisprudencia sobre error ha hecho referencia a las maniobras dolosas del contrayente.

La exclusión del dolo es la solución de la mayor parte de las legislaciones. Pero también ha comenzado a manifestarse la tendencia contraria a partir del Código alemán y el suizo.

§ 105. *EL DOLO EN LA LEY ARGENTINA.* – Apartándose de los precedentes existentes en su época, el art. 16 de la ley de matrimonio civil admitió el dolo como vicio del consentimiento matrimonial, adelantando así la solución de otros códigos y leyes posteriores. El criterio fue mantenido en la redacción dada al art. 175 del Cód. Civil por la ley 23.515.

El mantenimiento de la previsión expresa del dolo implica, claramente, que este vicio consensual no está limitado al caso en que provoca error acerca de la persona del otro contrayente o de sus cualidades personales. Si así fuese, la mención del dolo como vicio independiente no tendría sentido. Puede también relacionarse con circunstancias vinculadas con la unión por contraer, siempre –claro está– que se trate de maniobras que realmente vicien el consentimiento de quien las padece, es decir, que según el orden normal de las cosas pueda razonablemente suponerse que –de no haber existido– el consentimiento matrimonial no habría sido prestado.

Es uniforme el criterio según el cual, para establecer la existencia del vicio de dolo en el consentimiento matrimonial, son aplicables las normas generales que sobre él contiene el Código Civil. Así resulta de la circunstancia de que la ley de matrimonio se limita a enunciarlo.

Por lo tanto, en primer lugar ha de aceptarse que puede existir acción dolosa, consistente en “*toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee*” para conseguir la celebración del matrimonio (art. 931, Cód. Civil), como igualmente omisión dolosa, es decir, “*reticencia u ocultación dolosa*” (art. 933, Cód. Civil). Precisa-

mente la segunda de las formas es la que tiene mayor campo de aplicación posible en materia de matrimonio, si es que se ocultan circunstancias que habría deber moral o de conciencia de explicar.

Por aplicación del art. 932 del Cód. Civil, para que el dolo vicie el consentimiento matrimonial es preciso:

a) *QUE SEA GRAVE*. Los artificios, astucias y maquinaciones deben ser de tal índole que la víctima haya podido ser engañada no obstante haber actuado prudentemente (inc. 1). No basta cualquier superchería que puede ser desbaratada con una sencilla averiguación ni cabe extender la protección al que incurre en negligencia culpable, de modo que a pesar de poder conocer la verdad no la llega a saber por su propio descuido o ligereza.

b) *QUE SEA LA CAUSA DETERMINANTE DEL ACTO*. La maniobra dolosa debe haber sido la razón por la cual la víctima se inclinó a otorgar el acto (inc. 2). En otros términos, quien invoca el engaño debe demostrar que de no haber mediado el dolo no habría consentido el matrimonio, no sólo en su propia apreciación objetiva, sino también ponderada desde un punto de vista objetivo la razonabilidad de su probable actitud frente al conocimiento de la verdad.

c) *QUE NO HAYA HABIDO DOLO POR AMBAS PARTES. ES DECIR, DOLO RECÍPROCO (INCISO 4)*. Si bien en este caso no podría excluirse el vicio consensual independiente de una y otra parte, la ley excluye su invocabilidad castigando a quien, aunque ha sufrido engaño, también ha incurrido en él, obrando de mala fe.

En cuanto al requisito del inc. 3 –que haya ocasionado un daño importante– resulta superfluo con relación al matrimonio, donde el daño resulta simplemente de haberse contraído el matrimonio como consecuencia de una acción u omisión dolosa, quedando la víctima ligada por un vínculo que no habría deseado de no mediar el engaño.

El dolo incidente, previsto por el art. 934 del Cód. Civil, carece de efectos con relación al matrimonio. Sólo el dolo determinante tiene consecuencias jurídicas a su respecto, pues sería inconcebible que por efecto de un dolo no determinante se mantuviese la validez del matrimonio y se otorgara al cónyuge que lo padeció una acción de daños y perjuicios.

El dolo proveniente de un tercero debe ser tenido en cuenta, lo mismo que el causado por la otra parte (art. 935, Cód. Civil), y aun cuando no lo conozca ésta, bien que parece ser más difícil que ocurra en el matrimonio que en otros actos jurídicos.

Finalmente, fuera de las condiciones generales del dolo establecidas en el Código Civil, cabe requerir que el engaño verse sobre causas legítimas del consentimiento matrimonial, ya que de lo contrario no existiría interés digno de la protección legal. No podría entonces, por ejemplo, ser invocado el engaño sobre la fortuna del contrayente, sobre la existencia de un título nobiliario, etcétera.

§ 106. *CASOS DE DOLO.* – No es posible hacer una enumeración completa de los posibles casos de dolo en la celebración del matrimonio, ya que la complejidad de los hechos de la vida real puede presentar una gran variedad de situaciones, en cada una de las cuales es necesario examinar si se presentan los requisitos generales para la existencia del mencionado vicio consensual. Sin embargo, es posible esbozar una sistematización de los principales casos reales o posibles que han sido tenidos en consideración por la doctrina y por la jurisprudencia, ya que ellos son muy ilustrativos acerca de la aplicación práctica de las normas que lo rigen.

a) *ENGAÑO SOBRE CUALIDADES FÍSICAS.* La doctrina y la casuística jurisprudencial traen a colación los casos siguientes.

1) *DEFECTO FÍSICO EN GENERAL.* En principio, la ocultación de un defecto físico, sea que disminuya las cualidades estéticas, la capacidad de trabajo o la salud de un cónyuge, no vicia el consentimiento del otro. Pero si se trata de un defecto físico grave que pueda hacer repugnante la convivencia a punto tal que pueda estimarse que, de habérselo conocido, el matrimonio no se habría celebrado, debe ser tenido en cuenta; claro está que con la condición de que hubiera podido razonablemente ser ocultado durante la relación prematrimonial, lo que es improbable que ocurra.

En este sentido, un fallo de un tribunal mendocino rechazó la demanda de nulidad por ocultación de defectos físicos de la mujer –calvicie total disimulada con peluca, carencia de cejas y pestañas y grave defecto de la visión–, pero no por insuficiencia de los

defectos en sí, sino por considerar que no podían haber pasado inadvertidos durante el noviazgo, por breve que éste hubiera sido⁹.

2) *DEFECTO FÍSICO DE LOS ÓRGANOS SEXUALES*. En principio, este tipo de defecto no podría dar lugar a vicio consensual, pues la cuestión quedaría regida por un precepto expreso, el art. 220, inc. 3, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), que considera causal de nulidad del matrimonio a la impotencia. De tal modo, el defecto provocaría la impotencia, y sería causal de anulación independiente del vicio consensual, o no la provocaría y sería irrelevante. Sin embargo, no cabe excluir totalmente la existencia de vicios de conformación que no impidan la relación sexual, pero que resulten repugnantes; en tal caso, la anulación fundada en la ocultación dolosa podría ser admitida.

3) *ESTERILIDAD*. En cuanto a la esterilidad, también en principio no cabría tenerla en cuenta, pues, aunque impediría la procreación, no afectaría el posible cumplimiento de los demás fines del matrimonio. Sin embargo, podría asumir importancia la esterilidad voluntariamente provocada (vasectomía bilateral en el hombre o ligadura de las trompas de Falopio en la mujer), ocultada a un contrayente que hace motivo esencial de la celebración el deseo de procrear.

4) *ENFERMEDAD CONTAGIOSA O HEREDITARIA*. La ocultación de una enfermedad contagiosa o hereditaria capaz de poner en peligro la salud del otro cónyuge o de la descendencia que pudiera haber de la unión es un caso de dolo que debe ser admitido, ya que puede presumirse que normalmente no se contraería el matrimonio sometiéndose a un riesgo tal. Una situación de este tipo –ocultación de la sífilis de que padecía el novio– dio lugar a la anulación del matrimonio en una antigua sentencia¹⁰; el engaño no dejó de ser tenido en cuenta en fallos que, considerando equivocadamente a la lepra como impedimento dirimente, anulaban matrimonios por la existencia de tal enfermedad¹¹.

⁹ CCivComMin Mendoza, 7/5/45, LL, 39-908.

¹⁰ CCivCap, 27/12/910, “Jurisprudencia de los tribunales nacionales”, 1910-IV-295.

¹¹ 1ªInstCivil, firme, 22/9/55, JA, 1956-II-466, y LL, 83-290. CCivCom Corrientes, 5/8/59, LL, 100-238.

5) *ENFERMEDAD MENTAL*. Se ha juzgado que no es posible el dolo por ocultación de la enfermedad mental, pues o bien el contrayente es demente y no puede cometer dolo, o bien no lo es y nada tiene que ocultar¹². A este razonamiento habría que agregar la posibilidad de que el enfermo con intervalos lúcidos o remisiones periódicas del mal sepa de su existencia y lo oculte —circunstancia tenida en consideración por la jurisprudencia francesa dentro de la construcción relativa al error y como consecuencia de no estar prevista directamente la locura como causal de anulación del matrimonio—, pero en tal caso bastaría invocar la situación objetiva, el impedimento de falta de razón, sin necesidad de acreditar el dolo.

6) *VIRGINIDAD*. Discrepó la doctrina nacional acerca de si es un vicio consensual atendible el engaño de la mujer sobre su virginidad, es decir, la ocultación de su pérdida anterior al matrimonio. La solución afirmativa fue sostenida por Spota y Bidau, apoyados en que no era irrelevante en el estado de nuestras costumbres y nuestra civilización. En cambio, Busso la rechazaba porque, aun cuando la virginidad sea un requisito moral para el matrimonio, el legislador no habría querido admitir una investigación sobre el punto, dado lo dudoso de sus resultados. Igual opinión sustenta Borda, quien cree que implicaría un rigor repugnante con la mujer —quien nunca podría probar que había confesado su pasado a su novio— que protegería la indigna actitud del marido de llevar una cuestión tal a los tribunales, fuera de que podría esconder una colusión de los cónyuges para conseguir la nulidad.

Fuera de que el tema se presenta como desactualizado, y aun absurdo, frente al cambio de costumbres que ha hecho habituales las relaciones sexuales antes del matrimonio, sería deplorable que se admitiesen investigaciones de este tipo. Semejante rigor con la conducta de la mujer anterior al matrimonio no merece protección, ya que, además de afectar la igualdad jurídica de los esposos, sería vejatorio y constituiría una afrenta a la dignidad de la mujer, ordinariamente impedida de demostrar la revelación del hecho al novio, ya que ésta —de haber tenido lugar— se habría hecho confidencialmente. Por otra parte, podría ser prácticamente

¹² CNCiv, Sala A, 11/7/69, LL, 136-672, y ED, 29-595.

imposible probar si el desfloramiento se produjo antes o después del matrimonio, sin que pueda tampoco descartarse que el anterior sea obra del mismo hombre que luego se casó con ella.

7) *OCULTACIÓN DE EMBARAZO*. La ocultación, por la mujer, de embarazo anterior al matrimonio y proveniente de relaciones sexuales con un tercero, sería un engaño de suficiente gravedad para configurar dolo. En efecto, no es razonable que un hombre se case con mujer embarazada por obra de otro.

8) *SUPOSICIÓN DE EMBARAZO*. En cambio, la suposición de embarazo para obtener el consentimiento del novio no pasaría de ser un mero ardid intrascendente. En tal caso, no podría concluirse con certeza que de haber sabido la verdad no se habría casado; por otra parte, su actitud no sería muy digna de protección, ya que si el engaño pudo producirse fue porque realmente había tenido relaciones sexuales con la mujer con la cual se casó y se creyó obligado a regularizar la situación.

b) *ENGAÑO SOBRE CUALIDADES MORALES*. El engaño sobre las cualidades morales debe ser admitido cuando se trata de situaciones de gravedad tal que pueda suponerse que, de haber sido conocidas antes del matrimonio, éste no habría sido contraído, siempre que al llegar al conocimiento del otro contrayente le hagan intolerable la vida en común. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los casos de condena penal por delito grave, ejercicio de la prostitución, vida deshonesta anterior al matrimonio, e inclusive –si puede acreditarse que el tema tiene trascendencia para el otro contrayente– el concubinato anterior del que hubo hijos, o simplemente la existencia de hijos extramatrimoniales.

1) *EL CONCUBINATO ANTERIOR*. En dos casos se admitió la acción fundada en el concubinato anterior del marido con otra mujer, con intención de continuar manteniéndolo después del matrimonio¹³, o continuado efectivamente¹⁴. En otro se la rechazó, mas no porque su ocultación no configurase dolo, sino por falta de prueba¹⁵.

¹³ CCiv2ºCap, 17/10/24, *GF*, 53-46.

¹⁴ CNCiv, Sala F, 18/6/84, *LL*, 1984-D-576, y *ED*, 111-341.

¹⁵ CCiv1ºCap, 23/2/42, *LL*, 25-907.

2) *VIDA LICENCIOSA*. Una demanda fundada en la ocultación por la mujer de su vida licenciosa anterior al matrimonio no fue acogida por falta de prueba de los ardidés y argucias empleados para obtener el consentimiento y por no poderse afirmar categóricamente que, conocidos los antecedentes, el hombre no se hubiese casado¹⁶, lo que implica que de habérselos acreditado y de haberse justificado estos extremos, habría sido admitida. En otro caso, fue el hombre quien ocultó su anterior concubinato y la existencia de múltiples procesos penales, la cual, aun sin condena, demostraba su personalidad proclive a la estafa¹⁷.

3) *HIJOS EXTRAMATRIMONIALES*. Se rechazó una demanda fundada en la existencia de un hijo extramatrimonial de la mujer al cual hacía pasar por sobrino, pero por falta de prueba de que el marido ignorase la verdad¹⁸, lo que confirma que de haber existido engaño el dolo se habría configurado. En otro caso, se juzgó que existía dolo en el falseamiento del estado civil y el ocultamiento de la existencia de hijos¹⁹.

4) *HOMOSEXUALIDAD*. El ocultamiento por el marido de una relación homosexual mantenida a pesar del matrimonio, dio lugar a su anulación por dolo²⁰.

c) *ENGAÑO SOBRE CUALIDADES INTELECTUALES*. No hay dolo en el engaño sobre cualidades intelectuales, pues éstas pueden ser fácilmente apreciadas mediante el trato personal mantenido durante el noviazgo. Rechazóse así como fundamento para la anulación del matrimonio el engaño sobre la verdadera cultura universitaria del novio, estudiante de ingeniería de tercer año que decía serlo de quinto²¹.

Sin embargo, la falsa atribución del título de médico –unida al ejercicio ilegal de la medicina– fue uno de los elementos tenidos en consideración en un caso en que el engaño versó sobre una

¹⁶ CCiv2ºCap, 12/12/38, LL, 13-735, y JA, 64-948.

¹⁷ CNCiv, Sala C, 6/12/78, LL, 1979-B-365, y ED, 84-435.

¹⁸ CNCiv, Sala C, 6/6/55, LL, 79-711.

¹⁹ CFamiliaIºnominación Córdoba, 30/8/99, LLC, 2000-572.

²⁰ CNCiv, Sala G, 26/2/86, LL, 1987-A-232, y JA, 1987-I-41.

²¹ CNCiv, Sala C, 10/7/59, LL, 96-176, y JA, 1959-VI-112.

pluralidad de aspectos de la personalidad del marido que éste deformó dolosamente²².

d) *ENGAÑO SOBRE CUALIDADES CIVILES*. Sobre estas cualidades cabe un análisis particularizado.

1) *NACIONALIDAD*. En principio, el engaño sobre la nacionalidad no sería motivo valedero para pretender que el consentimiento del otro cónyuge estuviese viciado. Esto es indudablemente así en el estado actual de nuestra legislación y nuestras costumbres. Pero no puede ser desechada la posibilidad de que ocurriese lo contrario en caso de un conflicto bélico en que el contrayente ocultase su nacionalidad enemiga.

2) *EDAD*. Tampoco puede ser admitido el engaño sobre la edad, pues no reviste suficiente gravedad ni la diferencia de unos pocos años en más o en menos —si fuera mayor, no podría fácilmente ocultársela— puede estimarse causa determinante del matrimonio.

3) *CONDICIÓN SOCIAL*. Tampoco debe admitirse, actualmente y en nuestro país, el engaño sobre la condición social. No existen títulos nobiliarios, y la condición social del contrayente no constituye motivo legítimo del consentimiento matrimonial, fuera de que puede ser apreciada por el conocimiento de las partes anterior al matrimonio.

4) *FILIACIÓN*. El engaño sobre la verdadera filiación no parece ser una circunstancia decisiva para llegar al matrimonio.

En un caso fue desechado. La mujer se decía hija legítima de un diplomático, de quien la madre pretendía estar separada, cuando en verdad era hija natural y hermana de un maleante. Se consideró que no había podido mediar engaño sobre la honorabilidad de la familia, porque los cónyuges habían vivido en concubinato antes del matrimonio con la tolerancia de la madre de la esposa²³. Pero quedó sin solución el caso en que el engaño se hubiera producido realmente.

No cabe considerar, en mi opinión, el engaño sobre la filiación ni sobre la familia a la cual dice pertenecer el contrayente,

²² I^oInstCiv, 13/9/67, LL, 132-593, y ED, 25-85.

²³ CCivI^oCap, 19/6/42, LL, 27-86, y JA, 1942-III-426.

pues no se trata de condiciones personales suyas decisivas para la celebración del matrimonio, y es hasta cierto punto razonable que una persona de bien oculte los malos antecedentes de su familia que no sean suyos personales.

5) *ESTADO DE FAMILIA*. Es claro que no puede computarse como dolo el engaño sobre el estado de familia de quien se hace pasar por soltero cuando en realidad es casado, ya que entonces basta con acudir a la existencia del impedimento de ligamen y es indiferente que medie o no dolo o aun error. Sin embargo, se anuló por dolo el matrimonio en el cual el marido había ocultado su condición de casado durante el noviazgo y contrajo matrimonio cuatro días después de enviudar²⁴; aquí el engaño consistió en ocultar el matrimonio anterior, y sólo una circunstancia fortuita —la muerte de la esposa cuando ya estaba decidido el nuevo matrimonio— evitó que subsistiese el impedimento de ligamen.

Sería suficiente, en cambio, que se hiciese pasar por soltero el viudo o divorciado, en especial, en el segundo caso, si su situación impide el matrimonio religioso deseado por el otro contrayente. En un caso se denegó la acción fundada en la ocultación por la mujer de su estado de divorciada, mas no porque no fuese engaño suficiente, sino porque no se estimó demostrado que, de haber conocido la situación, el esposo no se habría casado²⁵; evidentemente, en estos casos deben tenerse en cuenta las ideas religiosas y morales del otro contrayente, pues resulta decisivo que hubiese o no hubiese aceptado la unión conociendo la verdad. En otra oportunidad también se rechazó la nulidad fundada en el carácter de divorciado del marido, pero por falta de prueba de que la demandante lo desconociera, lo que implica confirmar que su ocultación configurarían dolo²⁶. Igual solución se dio a un tercer caso, dada la falta de prueba asertiva del dolo, la duda sobre si la mujer habría o no contraído el matrimonio si hubiera conocido la verdadera situación, y la presunción de haberse producido la caducidad de la acción²⁷.

²⁴ CCiv2ºCap, 26/12/46, *LL*, 48-46, y *JA*, 1947-I-419.

²⁵ CCivCom La Plata, Sala II, 28/5/54, *LL*, 75-368, y *JA*, 1954-III-492.

²⁶ CNCiv, Sala F, 31/12/68, *LL*, 135-918, y *ED*, 29-597.

²⁷ CNCiv, Sala C, 29/12/70, *ED*, 35-508.

6) *CONDICIÓN SACERDOTAL.* La ocultación de la condición sacerdotal debe ser tenida también en cuenta, especialmente cuando se trata de un sacerdote católico y la novia pertenece a la misma religión, pues ello le impediría contraer matrimonio válido en razón del impedimento de orden. Pero no cabe afirmar rotundamente que el vicio consensual no se configuraría si la mujer fuera librepensadora o atea, pues aunque no sea católica, igualmente puede molestarle la indigna actitud del contrayente de ocultar su condición y violar los preceptos religiosos a los que voluntariamente está sometido.

7) *FORTUNA.* El engaño sobre la fortuna o condición patrimonial no debe ser considerado, pues no se trata de un motivo legítimo del consentimiento matrimonial. El cónyuge que invocase tal engaño demostraría así su propia conducta irregular, pues se habría casado por razones puramente económicas.

e) *ENGAÑO SOBRE EL CONJUNTO DE LA PERSONALIDAD DEL CONTRAYENTE.* Se decidió en un caso que un cúmulo de engaños que independientemente podrían no haber viciado el consentimiento, en conjunto configuraban una eficaz maniobra dolosa porque deformaban totalmente la personalidad del contrayente. Éste había ocultado su verdadera edad, afirmando tener cinco años más, dijo ser hijo de una familia sólidamente arraigada y resultó ser hijo extramatrimonial de padre desconocido, simuló solvencia económica a pesar de ser totalmente insolvente, al punto de no poder pagar los alquileres del hogar conyugal, se atribuyó el título de médico y ejerció ilegalmente la medicina, pues sólo tenía aprobada alguna materia de primer año, y además tenía una personalidad neurótica con tendencias suicidas²⁸. Similar solución se dio frente a la ocultación de la verdadera personalidad del contrayente mediante un hábil manejo de la mentira²⁹.

También el engaño sobre la personalidad de la mujer justificó la aceptación de la demanda cuando al mes del matrimonio el marido se enteró de que ella tenía una hija extramatrimonial, había vivido en concubinato hasta sólo dos meses antes de la boda, se arrogaba un supuesto título de maestra para justificar ingresos

²⁸ 1ª InstCiv, 13/9/67, LL, 132-593, y ED, 25-285.

²⁹ CNCiv, Sala A, 21/10/82, LL, 1983-D-14, y ED, 103-677.

obtenidos ejerciendo la prostitución, y al sufrir un accidente de tránsito acompañada por un joven declaró ser soltera y maestra, mientras que el padre del acompañante afirmó que era la novia de su hijo³⁰.

f) *ENGAÑO SOBRE INTENCIONES ULTERIORES DEL CONTRAYENTE*. El engaño puede versar también no ya sobre cualidades o condiciones del contrayente, sino sobre otras circunstancias capaces de tener influencia decisiva sobre la decisión de contraer matrimonio, en especial determinadas intenciones con relación a la vida en común ulterior.

1) *PROMESA INCUMPLIDA DE CELEBRAR MATRIMONIO RELIGIOSO*. El incumplimiento de la promesa de celebrar matrimonio religioso después de la ceremonia civil es motivo suficiente para tener por configurado el dolo, si el otro contrayente es creyente y no cabe suponer que habría admitido la iniciación de la vida en común sin la consagración religiosa de la unión. Existen varios fallos en este sentido³¹.

2) *NEGATIVA DE INICIAR LA VIDA EN COMÚN O UNIÓN CON ÁNIMO DE NO CONSUMAR EL MATRIMONIO*. Estas circunstancias también vician el consentimiento matrimonial, ya que se trata de engaños tales que defraudan la legítima esperanza del otro contrayente de contraer un matrimonio normal. En un caso, la mujer urdió el matrimonio como maniobra tendiente a impresionar a un ex novio, con el cual había intentado sin éxito reconciliarse, y nunca se avino a iniciar la vida en común³²; en otro, la mujer admitió el matrimonio bajo la presión familiar, pero lo hizo dispuesta a no tolerar su consumación³³. En un tercero, la mujer demostró su falta de voluntad de iniciar la vida en común después de haber contraído matrimonio por poder desde Inglaterra³⁴. Finalmente, también se admitió la demanda basada en la negativa a iniciar la vida en común³⁵.

³⁰ CNCiv, Sala B, 2/10/74, ED, 59-392.

³¹ CNCiv, Sala C, 8/6/62, LL, 108-798, y ED, 2-78.

³² CNCiv, Sala D, 10/8/54, JA, 1954-IV-226.

³³ 1ºInstCivComMin Mendoza, 26/4/65, LL, 119-127.

³⁴ CNCiv, Sala B, 18/8/78, LL, 1979-C-10, y ED, 82-160.

³⁵ CNCiv, Sala B, 19/8/80, LL, 1980-D-174.

4) VICIOS DEL CONSENTIMIENTO O DEL ACTO MATRIMONIAL NO ACEPTADOS POR LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

§ 107. *RESERVA MENTAL.* – Existe reserva mental cuando uno de los contrayentes, a pesar de expresar formalmente su voluntad de contraer el matrimonio, en su fuero interno no desea la realización del acto, o bien la desea pero con determinadas condiciones que no se ponen de manifiesto formalmente.

El derecho canónico reconoce el principio de que se presume que en el matrimonio la voluntad interna coincide con su manifestación exterior (canon 1101, § 1). Pero esa presunción es *iuris tantum*, ya que en determinadas situaciones admite prueba en contrario. Se trata de los casos en que una de las partes o las dos, por un acto positivo de voluntad, excluyen el matrimonio mismo (intención de no contraer) o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial de éste, como en los casos de exclusión de la procreación, de la unidad o de la indisolubilidad matrimonial (intención de no obligarse) (canon 1101, § 2). Esos supuestos están comprendidos en la doctrina canónica en el concepto de ficción o simulación del consentimiento matrimonial, pero, con terminología civilista, habría que distinguir el caso en que la discordancia entre la voluntad real y la declarada proviene de ambos cónyuges, y aquel en que proviene de uno solo; en el primero habría simulación, y en el segundo, reserva mental.

Nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna norma expresa según la cual se presuma la concordancia entre la voluntad real y la declarada. No es, sin embargo, dudosa su vigencia, pues de lo contrario nunca podría haber seguridad sobre la existencia o la inexistencia de los actos jurídicos.

En el caso particular del matrimonio, la presunción surge –y con carácter *iuris et de iure*, no *iuris tantum* como en el derecho canónico– de haberse considerado al consentimiento matrimonial exclusivamente desde el punto de vista formal. El art. 172 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) establece como requisito de existencia del acto la expresión del consentimiento ante el oficial público; por consiguiente, basta su expresión para que el matrimonio se constituya, salvo en los casos en que la misma ley asigna efectos a determinadas circunstancias capaces de viciarlo, que

por su índole deben estimarse enumeradas taxativamente en el art. 175 del Cód. Civil, y que excluyen cualquier tipo de discordancia entre voluntad real y voluntad declarada que no encuadre en ellas. Otra solución implicaría crear una peligrosa fuente de invalidez nupcial, susceptible de atentar contra la estabilidad del vínculo.

Por lo tanto, la reserva mental no es causa de anulación del matrimonio en el derecho argentino. Lo que no implica que no pueda conducir a ella en ciertos casos –promesa incumplida de matrimonio religioso ulterior, celebración del acto sin intención seria de establecer el hogar común, o con el propósito de no romper una unión concubinaria anterior–, pero no por ser reserva mental sino porque la ocultación de los verdaderos propósitos constituye una maquinación dolosa tendiente a obtener la celebración de un matrimonio que la otra parte no consentiría si conociese las verdaderas intenciones de quien usa del engaño. En otros términos, la reserva mental por sí sola no tiene relevancia alguna, pero sí la tiene si configura dolo.

§ 108. *SIMULACIÓN.* – La simulación, o reserva mental bilateral, no constituye un vicio del consentimiento, pero es un vicio del acto jurídico capaz de dar lugar a su nulidad. En materia de matrimonio, ha sido aceptada como causal de nulidad en la jurisprudencia francesa e italiana.

El primer caso fue el de un soldado francés, ex prisionero liberado, que contrajo matrimonio en la zona oriental de Alemania con una alemana a fin de que ella adquiriese la nacionalidad francesa y se le permitiese pasar a la parte occidental; el matrimonio, puramente formal y destinado a ese fin, sin que los contrayentes hiciesen vida en común ni volvieran a verse, fue anulado. De ahí en adelante se sucedieron varias anulaciones de matrimonios simulados o “matrimonios blancos”, celebrados sin la verdadera intención de constituir la unión matrimonial sino la de lograr otros fines, como, por ejemplo, en el campo del derecho público, hacer adquirir al contrayente la nacionalidad francesa, permitirle obtener en su país visa para trasladarse a Francia, u obtener autorización para radicarse en dicho país, y en el del derecho privado, hacer adquirir filiación legítima a un hijo.

En nuestro país, aceptan la nulidad del matrimonio por simulación Mazzinghi y Borda. En cambio, la rechazan Spota y Zan-

noni, y fue la solución dada en el único caso llevado a los estrados judiciales. Fundado el pedido de nulidad en que el matrimonio se había contraído para facilitar al novio la exención del servicio militar pero con el acuerdo de no consumarlo, se decidió que tal pacto no implicaba el vicio de dolo, y que la reserva mental bilateral es inadmisibles porque el consentimiento matrimonial no puede someterse a término ni condición alguna³⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, según mi opinión, no cabe duda alguna acerca de la inadmisibilidad de la nulidad del matrimonio por simulación. En primer lugar, porque se presume *iuris et de iure* la concordancia de la voluntad real con la declarada. En segundo término, por la inestabilidad del vínculo a que podría dar lugar su admisión. Y, finalmente, por aplicación del principio según el cual no hay otras nulidades matrimoniales que las consagradas explícitamente en la ley. Por otra parte, resultaría inadmisibles tolerar que se acudiera a la intervención de la autoridad estatal para consumar fines extraños a la institución matrimonial que ésta legisla, obteniendo su protección, y desligándose de ella cuando tales fines se han obtenido y se pretende hacer prevalecer la voluntad oculta.

§ 109. **FALTA DE SERIEDAD.** – La doctrina canónica considera comprendido en el supuesto de simulación el caso en que el consentimiento matrimonial es prestado en broma (*iocandi causa*), es decir, sin intención seria de contraer matrimonio, como en los casos de broma propiamente dicha, apuesta, juego o representación del matrimonio en espectáculo teatral o cinematográfico.

En nuestro derecho, el rechazo de la falta de seriedad como causa de nulidad del matrimonio se sustenta en las mismas razones que el de la simulación.

E) VENIA PARA EL MATRIMONIO DE INCAPACES

§ 110. **CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.** – Al mismo tiempo que –en la generalidad de las legislaciones modernas– se acep-

³⁶ C2ªCivCom La Plata, Sala III, 2/8/63, LL, 112-205, y ED, 6-363.

ta que puedan celebrar matrimonio ciertos incapaces, en especial las personas que no han alcanzado aún la mayoría de edad civil, se establece el requisito de que su propio consentimiento sea integrado por el asentimiento o venia de sus representantes legales. La venia es, pues, el medio de superar la incapacidad del contratante, a la vez que el de asegurar una mayor reflexión por parte de quienes no se hallan en condiciones de manejarse por sí mismos con entera libertad en la vida civil.

Mientras para Cicu la venia del representante legal del incapaz es un acto del poder familiar, Lagomarsino lo considera un acto jurídico familiar. Según lo expuesto al tratar de los actos jurídicos familiares, en realidad se trata de un simple acto lícito semejante a los actos jurídicos, y más concisamente una exteriorización de voluntad.

§ 111. *PRECEDENTES HISTÓRICOS Y SOLUCIONES LEGISLATIVAS.* – La venia paterna para contraer matrimonio tiene antecedentes en el derecho romano, donde era requerida para el *filiusfamiliae* –es decir, para el *alieni iuris*, sometido a la patria potestad de su ascendiente–, cualquiera que fuese su edad. La Iglesia luchó contra esa subordinación, y el Concilio de Trento estableció la validez del matrimonio contraído por el hijo sin el consentimiento del padre o contra su voluntad, aunque su actitud fuese reprobada.

La legislación comparada ofrece diversas soluciones respecto del matrimonio de los menores que han alcanzado la edad mínima para celebrarlo. En algunos países se requiere la venia paterna –o judicial en su caso–, pero difieren las consecuencias de la omisión, dado que mientras en unos –como en Francia– ella provoca la anulabilidad del matrimonio, en otros las sanciones son de distinta índole, patrimonial o aun penal. También hay naciones en las cuales o bien coincide la mayoría con la aptitud nupcial, o bien los menores pueden casarse sin venia.

§ 112. *RÉGIMEN DE LA LEY ARGENTINA.* – El art. 168 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) impone a los menores de edad la necesidad de la venia de los padres, o, en su caso, la del tutor o la judicial, para poder casarse. En este sentido expresa: “*Los menores de edad, aunque estén emancipados por habilitación de edad,*

no podrán casarse entre sí ni con otra persona sin el asentimiento de sus padres, o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce, o, en su defecto, sin el del juez". Pero la falta de venia no importa la nulidad del matrimonio –no es un impedimento dirimente–, sino las consecuencias estudiadas al tratar de los impedimentos impeditentes.

Según la disposición transcrita, el orden de las personas que deben otorgar la venia a los menores de edad es el siguiente: 1º) los padres, si ambos ejercen la patria potestad, o el que la ejerce, en caso contrario; 2º) por muerte o incapacidad de ambos padres, el tutor, y 3º) a falta de tutor, el juez.

La venia, sea paterna, del tutor o judicial, debe ser dada para el matrimonio con una persona determinada; no cabe admitir la autorización general para contraer matrimonio.

En los casos en que –según el art. 8º de la ley 10.903– la tutela definitiva de un menor corresponde a la Dirección General de la Minoridad y la Familia, es esta repartición la que debe otorgar la venia para el matrimonio del menor; no es necesario para ello que la tutela le haya sido otorgada por resolución judicial, pues le es atribuida imperativamente por ministerio de la ley.

El art. 10 de la ley de matrimonio civil imponía también la venia del curador o del juez a los sordomudos que no supieran darse a entender por escrito. Actualmente, está suprimida la posibilidad de que contraigan matrimonio los sordomudos que no saben darse a entender por escrito ni puedan manifestar su consentimiento de otra manera inequívoca (art. 166, inc. 9, Cód. Civil, texto según ley 23.515). Resta, sin embargo, la posibilidad de que ciertos sordomudos que son incapaces absolutos por las normas generales del Código, puedan contraer matrimonio: son los que no saben darse a entender por escrito pero pueden manifestar su voluntad de casarse de otra manera inequívoca. Para ellos, se ha suprimido el requisito de la venia del curador.

§ 113. **JUICIO DE DISENSO.** – En el régimen vigente, recibe la denominación de “juicio de disenso” la actuación judicial que tiene lugar cuando el menor no se conforma con la oposición de sus padres o su tutor, y lleva la cuestión a conocimiento de los tribunales para que éstos decidan si la oposición es o no fundada.

A su respecto el art. 170 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), dispone: “*El juez decidirá de las causas de disenso en juicio sumarísimo, o por la vía procesal más breve que prevea la ley local*”. Y el art. 774 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación –denominándolo “*pedido de autorización para contraer matrimonio*”– establece que “*tramitará en juicio verbal, privado y meramente informativo, con intervención del interesado, de quien deba darla y del Ministerio Público*”. Trátase, pues, de un proceso sin audiencias públicas, sumarísimo y no sujeto a formas estrictas, en el cual basta con que se presenten al juez sumariamente los elementos necesarios para la decisión.

§ 114. **CAUSAS DE NEGATIVA.** – El art. 169 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), determina: “*En caso de haber negado los padres o tutores su asentimiento al matrimonio de los menores, y éstos pidiesen autorización al juez, los representantes legales deberán expresar los motivos de su negativa...*”.

Dichos motivos pueden ser los siguientes:

a) La existencia de alguno de los impedimentos legales (art. 169, inc. 1).

El texto originario de la ley de matrimonio civil aludía a los impedimentos establecidos en su art. 9º, que eran los impedimentos dirimentes. La ley 17.711 lo había reformado sustituyendo la expresión por “*impedimentos legales*”, que mantiene la ley 23.515. Con el texto vigente, no sólo pueden invocarse los impedimentos dirimentes sino también los impeditivos, es decir, la enfermedad venérea en período de contagio (art. 13, parte última, ley 12.331), la falta de aprobación de las cuentas de la tutela (art. 171, Cód. Civil), y la disolución de anterior matrimonio (art. 133, parte última, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

b) La inmadurez psíquica del menor que solicita autorización para casarse (art. 169, inc. 2, Cód. Civil).

Este motivo de negativa fue introducido por la ley 23.515, a la par que se apartó del régimen anterior, que permitía la oposición de los padres por cualquier motivo razonable cuando se trataba de hijos varones menores de dieciocho años y mujeres menores de quince. Constituye un acierto del legislador, pues las anteriores causas de negativa se referían únicamente a la persona que

pretendiera casarse con el menor, y no al menor mismo; y la inmadurez psíquica de éste constituye un serio fundamento para impedir su matrimonio.

c) La enfermedad contagiosa o grave deficiencia psíquica o física de la persona que pretende casarse con el menor (art. 169. inc. 3).

El texto originario de la ley de matrimonio civil aludía sólo a la enfermedad contagiosa; la ley 17.711 añadió la grave deficiencia física, y la 23.515, la psíquica, completando el panorama de motivos de salud del otro contrayente que hacen inconveniente el matrimonio del menor.

No son, en cambio, causas de negativa las enfermedades del propio menor, salvo la venérea en período de contagio, incluida en el inc. 1.

d) La conducta desordenada o inmoral o la falta de medios de subsistencia de la persona que pretende casarse con el menor (inc. 4).

En su parte primera, este inciso mantiene –con la sola modificación de sustituir “desarreglada” por “desordenada”– un motivo de negativa que ya traía el texto originario de la ley de matrimonio civil, cuya fórmula había sido criticada por Machado por contener una expresión demasiado general y vaga; creo, por el contrario, que se trata de un acierto del legislador, ya que precisamente por su carácter amplio, la fórmula permite a los jueces apreciar en cada caso si la conducta de quien quiere casarse con el menor tiene o no la suficiente gravedad para impedir el matrimonio.

En cuanto a la falta de medios de subsistencia, a que ya se refería el texto anterior, opiné en su momento que era una fórmula defectuosa, pues frente a la obligación del marido de sostener el hogar, habría debido preverse la falta de medios de subsistencia del varón que pretendía casarse con una mujer menor o la del varón menor que pretendía casarse. Suprimida aquella obligación por la ley 23.515, el texto se ha tornado coherente.

La enumeración del art. 169 debe ser considerada taxativa, ya que sus fórmulas tienen la suficiente amplitud, a pesar de haberse suprimido el vocablo “sólo” del art. 24 de la ley de matrimonio civil, que expresaba “sólo puede fundarse...”.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL**SOBRE TODO EL CAPÍTULO**

- Cadoche de Azvalinsky, Sara, *Reserva mental respecto del consentimiento matrimonial. Simulación unilateral*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. III, p. 566.
- Capparelli, Julio C., *El consentimiento matrimonial en la ley 23.515*, ED, 133-979.
- Cafferata, José I., *El error y el dolo como vicios del consentimiento matrimonial*, "Revista Jurídica de San Isidro", San Isidro, 1983.
- Di Lella, Pedro, *Consentimiento matrimonial*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. I, p. 613.
- Frías, Jorge A., *El matrimonio. Sus impedimentos y nulidades*, Córdoba, 1941.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Matrimonio*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIX, p. 146.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo U. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.
- Sambrizzi, Eduardo A., *El consentimiento matrimonial*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995.

SOBRE MATRIMONIO ENTRE AUSENTES

- Guastavino, Elías P., *Celebración del matrimonio. La Convención de Nueva York de 1962 aprobada por la ley 18.444*, JA, doctrina 1971-149.

SOBRE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

- Bianchi, Enrique T., *Un caso de nulidad de matrimonio por error sobre la identidad de la persona civil*, ED, 113-513.
- *Vicios del consentimiento. Causales de nulidad en la ley de matrimonio civil y en el nuevo Código de Derecho Canónico*, LL, 1985-A-1067.
- Bidaú, José F., *La pretendida mayor flexibilidad de los sistemas canónico y brasileño sobre nulidades matrimoniales comparados con el de la ley argentina*, en "Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille", Bs. As., Depalma, 1968, p. 113.
- Borda, Guillermo A., *La teoría de los vicios del consentimiento, y en particular el error, en relación al matrimonio*, LL, 74-831.
- *Un caso de nulidad de matrimonio por dolo*, LL, 1976-D-451.
- Cichero, Néstor D., *El error y el dolo como vicios del consentimiento matrimonial*, ED, 59-392.
- Cornejo, Raúl J., *El error y el dolo, causas de anulabilidad del matrimonio*, LL, 48-461.
- Fernández Abad, María C., *Apuntes sobre el dolo como vicio del consentimiento matrimonial, a propósito de un reciente fallo*, LL, 1983-D-11.

- Ferrer, Francisco A. M., *El consentimiento matrimonial, los principios del derecho canónico y los vicios de simulación y dolo*, JA, 1981-II-7.
- Gowland, Alberto J., *Afirmación de la preeminencia de la voluntad real sobre la voluntad declarada*, LL, 1979-C-8.
- Granillo, Arturo, *El error y el dolo, causas de anulabilidad del matrimonio*, LL, 1979-B-365.
- Guastavino, Elías P., *Requisitos del dolo en el régimen de nulidad matrimonial*, LL, 132-593.
- León, Pedro, *Extinción de la acción de nulidad del matrimonio*, LL, 70-550.
- Maffía, Jorge O., *Dolo y error en materia matrimonial*, LL, 108-1125.
- Mazzinghi, Jorge A., *Adecuada utilización del dolo como causa de anulación matrimonial*, ED, 103-673.
- *El nuevo artículo 175 del Código Civil aplicado a un dudoso caso de error*, ED, 133-463.
- *Error evidente y dolo presunto*, LL, 1986-B-468.
- *Expresión del consentimiento sin intención de contraer matrimonio*, ED, 70-175.
- *Fundamento de la anulación de un matrimonio por causa de dolo*, ED, 2-538.
- *La reserva mental como supuesto de dolo*, LL, 140-713.
- Méndez Costa, María J., *Consecuencias de la limitación convencional de efectos del matrimonio en derecho argentino*, LL, 1984-D-1226.
- Molinario, Alberto D., *El concepto de dolo como vicio del consentimiento matrimonial*, LL, 1980-B-310.
- Ocampo, Guillermo - Uriarte, Jorge A., *La omisión dolosa y la reserva mental configurativa de aquélla dando lugar a la nulidad de matrimonio por dolo*, LL, 1980-D-545.
- Orgaz, Alfredo, *Los vicios del consentimiento y la nulidad del matrimonio*, LL, 72-64.
- *Nuevos estudios de derecho civil*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1950.
- Pereiro, María D., *Rapto*, "Enciclopedia de derecho de familia", t. III, p. 399.
- Zannoni, Eduardo A., *El error sobre las cualidades personales del otro contrayente como causa de nulidad del matrimonio*, LL, 1988-E-201.
- *La reserva mental unilateral frente a un caso de nulidad del matrimonio*, LL, 119-127.

SOBRE VENIA PARA EL MATRIMONIO DE INCAPACES

- Belluscio, Augusto C., *Disenso y embarazo*, LL, 1980-C-53.
- Culaciati Lonné, Miguel A., *Informaciones sumarias judiciales*, JA, 1960-V-559.
- Lagomarsino, Carlos: A. R., *Licencia matrimonial*, "Enciclopedia Jurídica Omeba", XVIII-694.
- Legón, Fernando, *El "permiso" nupcial y la relatividad del disenso ante la prerrogativa del art. 24 de la ley de matrimonio*, JA, 53-32.
- Mazzinghi, Jorge A., *Razonable denegación de una venia matrimonial*, LL, 1982-D-50.

CAPÍTULO XII

REQUISITOS EXTRÍNSECOS: FORMA Y PRUEBA DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO COMPARADO

§ 115. *IMPORTANCIA DE LAS FORMAS.* – Desde la Antigüedad el matrimonio fue rodeado de formas y solemnidades, así como de festejos. La importancia dada a las formas está motivada, según expone Borda, en las siguientes razones: “*a*) impide los peligros de un consentimiento prestado en un momento de ligereza y exaltación; *b*) obliga a reflexionar sobre la trascendencia del acto que se va a realizar y despierta la conciencia de las obligaciones y responsabilidades que entraña; *c*) el formalismo contribuye poderosamente a la vitalidad y estabilidad de las instituciones”. Así deben haberlo comprendido en todo momento quienes tuvieron en sus manos la organización de la sociedad, porque las formas han perdurado a través del desenvolvimiento histórico de la institución.

Por otra parte, ha sido en muchos pueblos una ceremonia religiosa, pues la religión siempre ha tendido a influir sobre él para lograr su seguridad y fijeza.

§ 116. *GRECIA.* – En Grecia, el casamiento comprendía tres actos: el primero en la casa del padre de la novia, el segundo en el tránsito de aquélla a la del marido, y el tercero en ésta. En la casa paterna, en presencia del novio, el padre de la novia (ordinariamente rodeado de su familia) ofrecía un sacrificio y pronuncia-

ba una fórmula sacramental declarando que entregaba su hija al pretendiente. La conducción de la novia a la casa del novio era hecha por él mismo o por los heraldos (hombres revestidos de carácter sacerdotal), generalmente en un carro, con el rostro cubierto por un velo y una corona en la cabeza, con traje blanco; precedía al vehículo la antorcha nupcial y se cantaba un himno religioso, llamado "himeneo". La novia no entraba por sí al hogar del novio: éste la alzaba simulando un rapto, ella profería gritos y las mujeres que la acompañaban simulaban defenderla; la entrada se hacía cuidando que los pies de la novia no tocasen el umbral. La tercera etapa era la verdadera ceremonia celebrada en el hogar del novio: en presencia de la divinidad doméstica se rociaba a la novia con agua lustral, ella tocaba el fuego sagrado, se recitaban algunas oraciones y los esposos compartían una torta, un pan, algunas frutas. Con esta comida los esposos quedaban en comunión religiosa con los dioses domésticos.

§ 117. **ROMA.** – En Roma, dos eran las formas primitivas del matrimonio: la *confarreatio*, ceremonia religiosa, y la *cæmptio*, acto civil.

La *confarreatio* era muy similar al matrimonio griego y, como éste, constaba de tres etapas, denominadas sucesivamente *traditio*, *deductio in domum* y *confarreatio*. La *traditio* era la formalidad cumplida en el hogar paterno de la mujer donde el padre la desligaba de su familia. La *deductio in domum* era la conducción de la novia a la casa del novio; como en Grecia, iba velada, llevando una corona, una antorcha precedía al cortejo y se cantaba un himno religioso. Frente a la casa del novio, el cortejo se detenía y se presentaba a la novia el fuego y el agua; el primero, emblema de la divinidad doméstica, y la segunda, el agua lustral utilizada en los actos religiosos. También se simulaba el rapto. Ya en el hogar del novio, los contrayentes ofrecían un sacrificio ante el fuego sagrado de los dioses domésticos, hacían la libación, pronunciaban oraciones y comían juntos una torta (*panis farreus*), que asociaba a la mujer al culto familiar del marido; todo ello ante el pontífice máximo, el *flamen dialis* y diez testigos.

La *cæmptio*, en cambio, era simplemente un acto civil, una compra ficticia con formalidades similares a la *mancipatio* y al *nexum*.

Pero en la época histórica, ya esas formalidades no eran necesarias para que hubiese matrimonio, sino para que la mujer quedase desligada de la patria potestad de su *paterfamilias* y entrase en la *manus* del marido o del *paterfamilias* de éste; por otra parte, la *manus* podía adquirirse también por el *usus*, una suerte de prescripción adquisitiva de un año. De ahí la distinción entre matrimonio *cum manu* y *sine manu*, que no responde a una diferencia esencial sino a que la mujer entrara o no entrara en la *manus* del marido o del *paterfamilias* de éste; para la celebración del segundo no había formalidad alguna, sólo era necesario que se realizase la *deductio in domum*, de manera que en definitiva ésta era la única formalidad esencial del matrimonio romano, mas también llegó a desaparecer (bastando el solo consentimiento) en el Bajo Imperio.

§ 118. *EL CRISTIANISMO Y EL DERECHO CANÓNICO.* – En los primeros tiempos del cristianismo, la Iglesia no intentó establecer formalidades para el matrimonio sino que admitió que éste se formase del modo que lo aceptaba la legislación civil. Sin embargo, pronto entraron en conflicto dos criterios contradictorios: el deseo de que el acto se realizase ante la Iglesia y con la bendición del sacerdote, y el principio de derecho natural de que el matrimonio se perfecciona por la sola prestación del consentimiento por los contrayentes. De modo que había dos formas de celebración igualmente válidas: la pública, manifiesta o *in facie Ecclesiae*, y la clandestina, válida pero ilícita, que importaba singulares inconvenientes por la dificultad de la prueba.

El Concilio de Trento dictó en 1563 el decreto *Tametsi* por el cual la única forma admitida era la celebración *in facie Ecclesiae*, es decir, con la presencia del párroco o de un sacerdote designado por el párroco y dos o tres testigos, y serían nulos los matrimonios clandestinos a partir de los treinta días de la publicación del decreto en cada parroquia. La actuación del sacerdote era meramente pasiva, y sólo se diferenciaba de los demás testigos en que lo era calificado. De hecho, el decreto no fue publicado en todas las parroquias, de modo que debía distinguirse entre los llamados lugares tridentinos (donde la publicación se había realizado y, por lo tanto, los matrimonios clandestinos eran nulos) y los lugares no tridentinos, donde eran válidos.

Finalmente, el decreto *Ne Temere* dado por Pío X en 1907, cuyas disposiciones se incluyeron casi sin alteraciones en el Código de 1917, ordenó la intervención activa del sacerdote, con vigencia universal. Las normas actualmente vigentes son las del Código de 1983.

En su forma ordinaria, el matrimonio debe ser precedido de algunas diligencias previas tendientes a determinar que nada se opone a la validez y licitud de la celebración (canon 1066). Se delega a la conferencia episcopal de cada país el establecimiento de normas sobre el examen de los contrayentes, así como sobre las proclamas matrimoniales u otros medios oportunos para realizar las investigaciones que deben necesariamente preceder al matrimonio, de manera que, diligentemente observadas, pueda el párroco asistir al matrimonio (canon 1067); el Código vigente deja de lado, así, la reglamentación minuciosa que contenían los cánones 1020 a 1034 sobre el examen de los contrayentes, justificación de su bautismo, realización de las proclamas y otras diligencias previas.

El matrimonio debe ser celebrado ante el ordinario del lugar, o el párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos, y ante dos testigos (cánones 1108 a 1111); donde no haya sacerdotes ni diáconos, el obispo diocesano, previo voto favorable de la conferencia episcopal y licencia de la Santa Sede, puede delegar a laicos para que asistan a los matrimonios (canon 1112). En el matrimonio se deben observar (fuera del caso de necesidad) los ritos prescritos en los libros litúrgicos aprobados por la Iglesia o introducidos por costumbres legítimas (canon 1119); pero, con reconocimiento de la Santa Sede, la conferencia episcopal puede elaborar un rito propio coherente con los usos de los lugares y de los pueblos adaptados al espíritu cristiano (canon 1120). Celebrado el matrimonio, se lo anota en el registro matrimonial llevado del modo prescripto por la conferencia episcopal o por el obispo diocesano (canon 1121) y en los registros de bautismos en los que está inscripto el bautismo de los cónyuges (canon 1122).

La forma extraordinaria del matrimonio tiene lugar cuando no hay quien sea competente para asistir al matrimonio, o no se puede acudir a él sin grave dificultad, ante otro sacerdote o diácono o sólo ante testigos, si media peligro de muerte o si se prevé prudentemente que la situación va a prolongarse durante un mes (canon 1116). El sacerdote o diácono que hayan asistido, o en caso con-

trario los testigos, están obligados solidariamente con los contrayentes a comunicar cuanto antes al párroco o al ordinario que se ha celebrado el matrimonio (canon 1121, § 2).

Por último, el matrimonio en secreto puede ser autorizado por el ordinario por causa grave y urgente (canon 1130). En tal caso, se llevan a cabo en secreto las investigaciones previas, se celebra en secreto y se anota en un registro especial que se guarda en el archivo secreto de la curia (cánones 1131 y 1133).

§ 119. *ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL.* – El antiguo derecho español, una vez introducido el cristianismo, reconocía dos formas de matrimonio: el solemne, ceremonia religiosa celebrada en la parroquia de uno de los contrayentes conforme a las normas de la Iglesia, y el matrimonio *a yuras*, puramente civil, consistente en la celebración de esponsales en forma oculta y bajo juramento seguidos de la unión sexual de los contrayentes. Ambos producían iguales efectos.

El Fuero Real estableció la obligatoriedad de la forma eclesiástica, pero mantuvo la validez del matrimonio clandestino, al que llamó *a furto*, e impuso una sanción de multa (libro III, tít. I, ley 1).

Las Partidas también consideraron prohibidos los matrimonios ocultos, a los que denominaron “ascondidos” o “encubiertos”. En razón de la imposibilidad de probarlos, dispusieron que la Iglesia no podría apremiar al cónyuge que quisiese separarse del otro a no hacerlo, y establecieron la validez del segundo matrimonio formalmente contraído (Partida IV, título III, leyes 1 y 2).

Finalmente, una real cédula de Felipe II, expedida el 12 de julio de 1564, mandó cumplir como ley del reino las disposiciones tomadas por el Concilio de Trento acerca del matrimonio. Desde entonces sólo tuvo valor la forma eclesiástica.

§ 120. *ANTIGUO DERECHO FRANCÉS.* – Durante las monarquías merovingia y carolingia el matrimonio estaba sujeto a la vez a la legislación civil y a la religiosa, aun cuando sólo la primera tenía fuerza obligatoria. Sin embargo, la legislación civil resultó cada vez más influida por las reglas canónicas, a la vez que la jurisdicción disciplinaria de los tribunales eclesiásticos fue adquiriendo paulatinamente mayor importancia.

Durante el siglo x, coincidiendo con el debilitamiento del poder real producido en la época feudal, quedó consumada la sustitución del poder secular por el religioso, tanto en la jurisdicción como en la legislación matrimonial. La Iglesia se atribuyó el conocimiento exclusivo de las causas matrimoniales y, por lo tanto, aplicó sus normas o las seculares que hubiera adoptado como propias.

La tendencia hacia la secularización del matrimonio comenzó a manifestarse nuevamente en el siglo xvi, como consecuencia de la Reforma, que rompió la unidad religiosa del reino. Los tribunales seculares comenzaron por retomar el conocimiento de los procesos referentes a los efectos patrimoniales del matrimonio, para llegar luego inclusive a entender en los asuntos relativos al propio vínculo, como las causas de nulidad del matrimonio; al tiempo de la Revolución, la jurisdicción eclesiástica prácticamente había desaparecido.

En cuanto a la legislación, diversas ordenanzas, edictos y declaraciones reales reglamentaron cuestiones referentes al matrimonio; llegó a admitirse, así, que sólo el Estado podía dictar reglas obligatorias en cuanto al matrimonio, y que las normas canónicas únicamente eran obligatorias si habían sido recibidas, es decir, promulgadas por ordenanza real.

Respecto de la forma del matrimonio católico, las disposiciones del Concilio de Trento no fueron recibidas, de manera que no tuvieron aplicación. Sin embargo, las Ordenanzas de Blois de 1579 consagraron reglas similares, imponiendo la celebración pública del matrimonio, en presencia del párroco, ante la Iglesia y con la asistencia de cuatro testigos, bajo sanción de nulidad; prohibieron también a los notarios recibir esponsales de presente.

A pesar de esas disposiciones, la práctica de los matrimonios ante notarios no fue totalmente abandonada. Se cita el caso del decano de los *maîtres de requêtes* (ciertos funcionarios del Consejo de Estado), Gaumin o Gaulmin, quien se casó por contrato civil ante notario y, para dar cumplimiento a las prescripciones reales, hizo notificar en seguida al párroco. Denominóse desde entonces matrimonios “à la Gaumine” o “à la Gaulmine” a los que, siguiendo ese ejemplo, se celebraban con la asistencia de notario y dos testigos, ante la presencia meramente física del párroco, a quien los contrayentes sorprendían en el templo para intercambiar su

consentimiento frente a él. Sin embargo, los parlamentos anulaban tales matrimonios. Un edicto de 1606 y una ordenanza de 1629 renovaron las prescripciones de las Ordenanzas de Blois y otra ordenanza interpretativa de 1639 dispuso la intervención activa del párroco, quien debía recibir el consentimiento de las partes y unir las en matrimonio, lo que facilitó la solución de la jurisprudencia de los parlamentos. Finalmente, el edicto de Luis XIV de 1697 renovó y precisó las reglas de las Ordenanzas de Blois, fijando en forma expresa la sanción de nulidad de toda unión celebrada sin la presencia del párroco.

Otro problema fue el causado por el matrimonio de los protestantes. El Edicto de Tolerancia de 1561 admitió la validez de los que celebrasen ante notario o ante dos testigos, y el Edicto de Nantes de 1598 estableció la jurisdicción temporal para las causas derivadas de esos matrimonios. Pero, en 1685, Luis XIV revocó el edicto de Nantes y declaró nulo todo matrimonio celebrado sin la presencia del sacerdote, al par que prohibió el ejercicio de la religión “pretendidamente reformada”; desde entonces, los protestantes no tuvieron cómo celebrar sus matrimonios legalmente y lo hicieron en secreto, en bosques o montañas y casi siempre de noche, forma denominada “*au désert*” (en el desierto). Primero los parlamentos se resistieron a anular esos matrimonios (nulidad que acarrearía la ilegitimidad de los hijos y la privación del derecho sucesorio de éstos), pero lo hicieron a partir de 1739 y comenzaron a imponer la separación de los así casados. La resistencia a que dio lugar ese estado de cosas motivó que un nuevo edicto, dado el 28 de noviembre de 1787 por Luis XVI, autorizase a los no católicos a casarse ante el primer oficial de la justicia del lugar o ante el párroco de su domicilio, pero en la casa particular de éste y no en la iglesia.

§ 121. *EL MATRIMONIO CIVIL.* – La Reforma fue el antecedente inmediato de la creación del matrimonio civil moderno, pues negó el carácter sacramental del matrimonio, a pesar de lo cual mantuvo su reglamentación predominantemente sobre la base del antiguo derecho canónico, bien que con modificaciones.

Se cita como la primera ley que estableció el matrimonio civil a la holandesa del 1º de abril de 1580, con carácter optativo, y curiosamente para permitir la celebración del matrimonio a los cató-

licos, ya que la Iglesia holandesa se había plegado a la Reforma. Posteriormente rigió de modo transitorio en Inglaterra, bajo el gobierno de Cromwell, según ley del 24 de agosto de 1652, derogada en 1660. En Francia, apareció con el ya citado edicto de Luis XVI de 1787.

Después de la Revolución Francesa, surgió la idea de que el matrimonio debía estar sometido exclusivamente a la legislación civil, como institución que interesaba a la sociedad regida por el Estado. La Constitución de 1791 dispuso que la ley no consideraría al matrimonio sino como contrato civil, y que el poder legislativo debía establecer, para todos los habitantes sin distinción, los modos por los cuales los nacimientos, matrimonios y defunciones serían comprobados, y designar a los oficiales públicos que recibirían y conservarían las actas. Conforme a esa disposición, la ley del 20 de septiembre de 1792 estableció el matrimonio civil obligatorio, que desde entonces rigió ininterrumpidamente en Francia y fue aceptado por numerosas naciones.

La difusión del matrimonio civil comenzó con la aplicación del Código Napoleón en otros países europeos (Bélgica, parte de Alemania y ciertos cantones suizos), y en el curso del siglo XIX fue adoptado, sea obligatoriamente, sea optativamente, por la generalidad de los países europeos y americanos, y luego también por las codificaciones de otros países.

§ 122. *ANTECEDENTES PATRIOS.* — La conquista española introdujo en las colonias americanas el derecho de la metrópoli. En materia matrimonial, tal derecho no era otro que el canónico, cuya orientación definitiva había sido dada por el Concilio de Trento. De manera que mientras duró la dominación española, en nuestro país (lo mismo que en las demás colonias) sólo existió el matrimonio católico.

Los primeros años de la emancipación no vieron movimiento alguno de opinión considerable en favor de la modificación del derecho privado, y menos en esta materia. Si bien la adopción del principio de libertad de cultos trajo aparejado el problema del reconocimiento de los matrimonios de los no católicos o de los católicos con quienes no lo eran, el matrimonio siguió siendo considerado un asunto exclusivamente religioso.

La primera tentativa de modificar ese estado de cosas data de la época de Rivadavia. El 22 de enero de 1824 se dictó en la provincia de Buenos Aires, cuyo Ministerio de Gobierno ocupaba, un decreto según el cual las causas matrimoniales (nulidad de matrimonio y separación de cuerpos) competerían a la jurisdicción civil; pero esa disposición no tuvo aplicación por la resistencia opuesta por el catolicismo, dada su oposición con la jurisdicción eclesiástica establecida por el Concilio de Trento. En cambio, el decreto de Viamonte del 20 de diciembre de 1833 (modificado por otro del 10 de marzo de 1834) autorizó la celebración del matrimonio a los disidentes, ante la autoridad eclesiástica de su confesión y un escribano designado por el gobierno, quien asentaba la partida en un registro especial, denominado "Registro cívico de matrimonios de individuos pertenecientes a diversas creencias religiosas".

Tras la organización nacional se mantuvo como única forma de contraer matrimonio la canónica, a pesar de que el régimen contrariaba la libertad constitucional de casarse, al no permitir hacerlo a quienes no profesasen religión alguna o careciesen de ministros de su culto en el país. Pero tal situación (que no ocasionaba inconvenientes mientras prácticamente la totalidad de la población pertenecía a la comunión católica apostólica romana) comenzó a presentarse cuando se inició el incremento de la inmigración europea, ya que fue cada vez mayor el arribo al país de personas de otras religiones o que no profesaban ninguna; tales inconvenientes se manifestaron especialmente en las provincias de Buenos Aires y Santa Fe, lugares preferentes de radicación de los inmigrantes.

En la provincia (entonces Estado) de Buenos Aires, el decreto de Valentín Alsina del 28 de octubre de 1857 se limitó a imponer formalidades para las actas de matrimonios religiosos. En cambio, en Santa Fe se sancionó, en septiembre de 1867, una ley que establecía el matrimonio civil obligatorio, celebrado ante los jueces de primera instancia en lo civil, y, donde no los hubiera, ante los presidentes de las municipalidades; pero, producido el movimiento sedicioso del 22 de diciembre del mismo año, que derivó en la caída del gobierno provincial y en la intervención federal, la ley de matrimonio civil fue derogada el 13 de julio del año siguiente.

§ 123. *CÓDIGO CIVIL*. – El Código Civil redactado por Vélez Sársfield, sancionado por ley 340, del 29 de septiembre de 1869, que entró en vigor el 1º de enero de 1871, no trajo innovaciones fundamentales en materia matrimonial.

El matrimonio entre personas católicas debía celebrarse según los cánones de la Iglesia y estaba regido por ellos en cuanto a impedimentos y sus dispensas, divorcio, disolución del vínculo y nulidad (arts. 167, 168, 201, 221 y 225). También se hallaban sometidos al derecho canónico los matrimonios mixtos celebrados con autorización de la Iglesia Católica (arts. 180, 182, 201, 221 y 225); si estos matrimonios se celebraban ante sacerdotes disidentes eran nulos, salvo que inmediatamente fueran celebrados también ante el párroco católico (art. 181).

En cuanto a los matrimonios entre no católicos, se admitía su validez si eran celebrados de conformidad con el Código y según las leyes y ritos de la comunidad religiosa a la cual pertenecían los contrayentes (art. 183). En estos casos, las causas de divorcio y nulidad competían a los tribunales civiles (arts. 204 y 227).

De manera que bajo este régimen sólo estaba admitido el matrimonio religioso; subsistió la situación de que las personas que no pertenecían a ninguna comunidad religiosa, las que profesaban cultos no organizados en el país, y aquellas de distinto credo de las cuales ninguna fuese católica, no tenían medio de contraerlo.

§ 124. *LEY DE MATRIMONIO CIVIL Y LEY 23.515*. – El 22 de septiembre de 1887, el Poder Ejecutivo remitió al Congreso un proyecto de ley de matrimonio civil. Fundaba la necesidad de su sanción en el creciente aumento de la inmigración europea y en la circunstancia, sobre la cual influía ese aumento, de que muchos habitantes del país, por carecer de sacerdotes de la comunión a que pertenecían o por no profesar culto externo alguno, se veían privados del derecho de casarse. Fue sancionado por el Senado, que le introdujo una serie de modificaciones, el 2 de octubre de 1888; la Cámara de Diputados lo consideró juntamente con el proyecto del diputado Juan Balestra y lo modificó nuevamente, dándole sanción el 25 de octubre. Vuelto al Senado, recibió sanción definitiva el 2 de noviembre y fue promulgado el 12 del mismo mes, para entrar a regir el 1º de diciembre de 1889.

El proyecto del Poder Ejecutivo establecía un procedimiento previo judicial para obtener la declaración de que no había impedimento para el matrimonio; con tal declaración los futuros esposos podían casarse según los dictados de su conciencia, pero el matrimonio no se reputaba legalmente celebrado mientras no se inscribiese en el registro civil. Quienes no se casaban religiosamente, podían hacerlo ante el jefe de la oficina del registro civil. Entre las modificaciones introducidas por el Congreso se incluyó la sustitución del sistema propiciado por el Poder Ejecutivo por el de matrimonio civil obligatorio.

Antes de que entrase en vigor, la ley 2393 fue modificada por la 2681 (promulgada el 12 de noviembre de 1889), que suprimió la publicidad previa a la celebración del matrimonio y efectuó otras supresiones tendientes a facilitar y simplificar la realización del acto. La ley 23.515 incorporó las normas sobre matrimonio civil al Código Civil.

En el régimen vigente, el único matrimonio reconocido es el celebrado ante el oficial público designado por la ley. Sin embargo, la ley 23.515 ha suprimido la sanción penal que el art. 110 de la ley de matrimonio civil establecía para los ministros, pastores y sacerdotes de cualquier religión o secta que celebrasen un matrimonio religioso sin tener a la vista el acta de celebración del matrimonio civil. Por tanto, no habría ahora obstáculo para contraer solamente matrimonio religioso, pero tal acto carecería de efectos civiles.

En el tiempo (más de un siglo) que lleva de aplicación el matrimonio civil, no ha ocasionado inconvenientes apreciables ni ha provocado importantes movimientos de opinión en contra. Sin embargo, los juristas católicos (como, p.ej., Borda, Mazzinghi, Molinario y Bidart Campos) son generalmente adversos al sistema, y propician, bien el matrimonio civil facultativo (religioso para los creyentes, y civil para los no creyentes y para los creyentes que no quieran someterse a la forma religiosa, sujetos ambos a la legislación civil), bien el matrimonio civil optativo (iguales posibilidades pero sometido el religioso a la regulación religiosa y el civil al derecho del Estado).

Por otra parte, comparto plenamente el sistema de la ley vigente, que a la vez que asegura el control del Estado sobre una institu-

ción básica para la organización social, permite a los contrayentes cumplir con sus obligaciones religiosas y de conciencia sin traba alguna; no veo que la ceremonia civil afecte el derecho de casarse ni la libertad de culto cuando no existe dificultad alguna para la celebración ulterior del matrimonio religioso; inclusive la ley civil otorga la solución de la nulidad por dolo al contrayente llevado al matrimonio civil mediante una promesa luego incumplida de consagración religiosa de la unión. Por lo demás, es evidente que el largo tiempo de vigencia del matrimonio civil obligatorio sin que haya provocado resistencia popular es la mejor prueba de su plena adecuación a las circunstancias de la sociedad argentina.

§ 125. *DERECHO COMPARADO.* – Las soluciones básicas de las legislaciones actualmente vigentes son las siguientes:

a) *MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO.* El matrimonio civil es el único que produce efectos civiles. Rige en Francia, Bélgica, Holanda, Alemania, Suiza, Turquía, en Europa Oriental, en la mayor parte de los países latinoamericanos y en algunas nuevas legislaciones asiáticas y africanas.

b) *MATRIMONIO CIVIL FACULTATIVO.* Puede celebrarse matrimonio civil o religioso, a voluntad de los contrayentes, pero en todos los casos está regido por el derecho civil. Es el sistema de los países anglosajones, escandinavos, de España, Portugal, de Grecia desde 1983 y de algunos países latinoamericanos (Brasil), africanos (Etiopía) y asiáticos (Islas Filipinas, Indonesia, Tailandia).

c) *MATRIMONIO CIVIL OPTATIVO.* Los contrayentes pueden optar entre el matrimonio civil o el religioso, pero el segundo queda sujeto, total o parcialmente, al derecho canónico. Rige en Italia y República Dominicana, como consecuencia de los concordatos celebrados con la Santa Sede en 1929 y 1954, respectivamente.

d) *MATRIMONIO CIVIL SUBSIDIARIO.* El matrimonio religioso es obligatorio para los católicos, y el civil queda reservado a los no católicos. Se aplicó en Colombia y Liechtenstein.

e) *MATRIMONIO EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSO.* En Israel no existe el matrimonio civil; sólo puede contraérselo en forma religiosa.

f) *MATRIMONIO CONSENSUAL*. El matrimonio puramente consensual rige en Escocia y en algunos Estados norteamericanos (como consecuencia de la supervivencia del derecho canónico anterior al Concilio de Trento) y en el Extremo Oriente.

g) *MATRIMONIO DE HECHO*. En Bolivia, Cuba, Guatemala, Panamá, Honduras y en el Estado mejicano de Tamaulipas, se conoce el matrimonio anómalo o por equiparación, resultante de una prolongada unión de hecho sin que existan impedimentos matrimoniales. En realidad no se trata aquí de un consentimiento matrimonial expresado sin formalidades, sino de casos en que dicho consentimiento falta, pero la ley impone el matrimonio, fundamentalmente en beneficio de la mujer y de los hijos nacidos de la unión.

B) PUBLICIDAD PREVIA

§ 126. *ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO*. – La previa publicidad de la celebración del matrimonio es régimen que tiene su origen en el derecho canónico, donde tenía un sentido muy claro; pero su obligatoriedad fue suprimida por el Código de Derecho Canónico de 1983, que dejó librado a las conferencias episcopales el establecimiento de normas sobre las proclamas matrimoniales u otros medios de realizar las investigaciones previas al matrimonio (canon 1067). Al anunciarse el proyectado matrimonio en las parroquias donde los futuros contrayentes se domicilian, los fieles tomaban conocimiento de él y podían hacer conocer al párroco la existencia de impedimentos; más aún, estaban obligados a hacerlo (canon 1027, Cód. de 1917).

Creado el matrimonio civil, el sistema fue trasladado a la ley civil por los legisladores revolucionarios franceses, que impusieron los anuncios previos en la puerta de la alcaldía municipal. Bien se comprende que aunque este sistema tiende a dar ocasión de que se denuncie la existencia de impedimentos que podrían obstar al matrimonio proyectado, carece de la eficacia que podía suponerse en el derecho canónico, pues nadie que no esté prevenido va a concurrir a la alcaldía a enterarse de los posibles matrimonios a celebrar.

A pesar de su ineficiencia, el sistema de publicaciones persiste en la generalidad del derecho europeo occidental y latinoamericano, a punto tal que son excepcionales las legislaciones que establecen el matrimonio civil y no las requieren. Son ellas, además de la de nuestro país, las de Chile, México, Guatemala, Cuba, el derecho anglosajón, y el de los países de Europa Oriental. Alemania lo suprimió por inútil en la reforma del derecho de familia de 1998.

§ 127. **RÉGIMEN DE LAS LEYES 2393, 2681 Y 23.515, Y PROYECTOS DE REFORMA.** – El texto originario de la ley de matrimonio civil, es decir, la ley 2393, también imponía la publicidad previa a la celebración del matrimonio.

El acta de las diligencias previas debía ser publicada durante ocho días en la puerta exterior de la oficina de los registros civiles correspondientes a los domicilios de ambos futuros esposos y, además, en el correspondiente al domicilio anterior de aquel de ellos que lo hubiera cambiado en los últimos seis meses anteriores a la publicación (art. 22). Los oficiales públicos de los lugares de publicación distintos del de celebración debían, cumplida la publicación, levantar acta en que constase que ella se había verificado; de esa acta y, de haberla, de la de oposición, debía remitirse copia al oficial público ante quien el acto debía celebrarse (art. 23). El matrimonio no podía celebrarse sino después de los tres días siguientes al último de publicación, y en caso de hacerse las publicaciones en varios lugares, después de haberse recibido los testimonios correspondientes (art. 24). La publicación se consideraba no hecha si el matrimonio no se celebraba dentro de cien días (art. 25).

Este sistema, suprimido por la ley 2681, no tuvo vigencia práctica, pues tal ley se dictó antes de entrar en vigor la 2393.

Tanto el Anteproyecto de Bibiloni como el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954 propiciaron el retorno al régimen de publicidad previa a la celebración del matrimonio. Coincidieron en exigir la colocación de un edicto en la parte exterior de la oficina del registro civil durante diez días.

Sin embargo, la ley 23.515 –a mi juicio, con acierto– mantiene el sistema de la ley 2681, que suprime la publicidad previa.

§ 128. *CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.* – El art. 1º, párr. primero, de la Convención de Nueva York de 1962 (ratificada por ley 18.444), establece que “*no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad ...*”.

Con esa inconsulta ratificación (realizada sobre la errónea base de considerar que el país contaba con la estructura jurídica necesaria para ponerla en práctica) se ha contraído el compromiso internacional de restaurar la publicidad previa a la celebración del matrimonio en la legislación argentina, a pesar de no existir razones para ello frente a la falta de problemas derivados de su ausencia durante más de un siglo de vigencia del matrimonio civil, así como de su reconocida inutilidad y de las mayores ventajas que ofrece la agilización de los trámites previos.

C) CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

§ 129. *DILIGENCIAS PREVIAS.* – Diligencias previas a la celebración del matrimonio son las que deben cumplirse con anterioridad a la ceremonia misma. Consisten, esencialmente, en la expresión de la intención de contraer matrimonio y el cumplimiento de determinados requisitos (arts. 186 y 187, Cód. Civil, textos según ley 23.515).

La primera de esas disposiciones legales establece lo siguiente:

“Los que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en el domicilio de cualquiera de ellos y presentarán una solicitud que deberá contener:

1) Sus nombres y apellidos y los números de sus documentos de identidad si lo tuvieren.

2) Su edad.

3) Su nacionalidad, su domicilio y el lugar de su nacimiento.

4) Su profesión.

5) Los nombres y apellidos de sus padres, su nacionalidad, los números de sus documentos de identidad si los conocieren, su profesión y su domicilio.

6) *Si antes han sido casados o no, y en caso afirmativo, el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar del casamiento y la causa de su disolución.*

Si los contrayentes o alguno de ellos no supieren escribir, el oficial público levantará acta que contenga las mismas enunciaciones”.

Luego, el art. 187 establece cuáles son los elementos que los futuros esposos deben presentar en el mismo acto de presentación de la solicitud o levantamiento del acta a que se refiere el artículo anterior. Son ellos:

“1) Copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiere anulado o disuelto el matrimonio anterior de uno o ambos futuros esposos, o declarado la muerte presunta del cónyuge anterior, en su caso. Si alguno de los contrayentes fuere viudo deberá acompañar certificado de defunción de su anterior cónyuge”.

Este inciso refunde los anteriores art. 19, inc. 1, de la ley de matrimonio civil, art. 47 de la ley 14.586 y art. 49 del decr. ley 8204/63. Además, restablece la exigencia del certificado de defunción del anterior cónyuge para los viudos, que existía en la ley 2393, pero había suprimido la 2681.

“2) La declaración auténtica de las personas cuyo asentimiento es exigido por este Código, si no la prestaran en el acto, o la venia supletoria del juez cuando proceda. Los padres o tutores que presten su asentimiento ante el oficial público, suscribirán la solicitud o el acta a que se refiere el artículo anterior; si no supieren o no pudieren firmar, lo hará alguno de los testigos a su ruego”.

De manera que no es imprescindible la presencia de los padres o del tutor; puede ser suplida por el asentimiento expresado en escritura pública, en otro instrumento público (por ejemplo, en acta judicial en que hubiesen retirado su oposición o se hubiesen avenido a aceptar el matrimonio del representado) o aun en instrumento privado cuya firma hubiese sido certificada por escribano público.

También cabría el otorgamiento de mandato para expresar el asentimiento, mas como el poder requeriría indicación de la persona con la cual el incapaz va a casarse, resulta más práctico otorgar directamente el asentimiento que instituir un mandatario.

En caso de venia supletoria otorgada judicialmente, deberá presentarse el testimonio de la resolución judicial respectiva.

“3) Dos testigos que, por el conocimiento que tengan de las partes, declaren sobre su identidad y que los creen hábiles para contraer matrimonio”.

Se trata de testigos de conocimiento, y, a la vez, del medio establecido por la ley para justificar la habilidad para casarse de quienes pretenden hacerlo.

“4) Los certificados médicos prenupciales”.

Son los establecidos, para uno y otro contrayente, por las leyes 12.331 y 16.668.

§ 130. **OPOSICIÓN A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.** – El Código permite a determinadas personas oponerse a la celebración del proyectado matrimonio, sobre la base de la existencia de impedimentos.

A este respecto, el art. 176 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) expresa: *“Sólo pueden alegarse como motivos de oposición los impedimentos establecidos por ley.*

La oposición que no se fundare en la existencia de alguno de esos impedimentos será rechazada sin más trámite”.

Además, el art. 177 añade: *“El derecho a deducir oposición a la celebración del matrimonio compete:*

1) Al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio.

2) A los ascendientes, descendientes y hermanos de cualquiera de los futuros esposos”.

El texto originario de la ley de matrimonio civil extendía el derecho a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad. La ley 17.711 redujo la extensión de ese derecho (que era notoriamente desmesurado, como que alcanzaba a afines en cuarto grado, prácticamente extraños), suprimiéndolo para los parientes por afinidad y limitándolo hasta el segundo grado para los consanguíneos; pero al no distinguir entre la línea recta y la colateral, privaba de ese derecho (sin razón) a los ascendientes y descendientes en tercero o ulterior grado. Claro está que ello no tenía trascendencia en cuanto al derecho de oposición en sí mis-

mo, pero sí con relación a la legitimación activa en la acción de nulidad de matrimonio, que un bisnieto (por ejemplo) podría tener fundado interés en deducir. La ley 23.515 corrigió ese defecto, al aludir a ascendientes, descendientes y hermanos.

“3) Al adoptante y adoptado en la adopción simple”.

Es un inciso añadido por la ley 23.515, que clarifica el derecho de oposición en la relación de adopción simple.

“4) A los tutores o curadores.

5) Al Ministerio Público, que deberá deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos”.

La oposición debe ser deducida ante el oficial público que haya de celebrar el matrimonio, desde la iniciación de las diligencias previas, es decir, desde la presentación de la solicitud o el levantamiento del acta a que se refiere el art. 186, hasta la celebración del matrimonio (arts. 179 y 180, Cód. Civil, textos según ley 23.515).

Puede ser deducida verbalmente o por escrito, y en ella debe expresarse: *“1) el nombre y apellido, edad, estado de familia, profesión y domicilio del oponente; 2) el vínculo que lo liga con alguno de los esposos; 3) el impedimento en que funda su oposición; 4) los motivos que tenga para creer que existe el impedimento y sus referencias”.* Si los tiene, *“deberá presentarlos en el mismo acto”*; de lo contrario, expresar *“el lugar donde estén, y detallarlos, dando noticia de ellos”*. Si la oposición se deduce verbalmente, el oficial público debe levantar acta circunstanciada, que debe firmar con el oponente, o con quien firme a su ruego si aquél no supiere o no pudiere firmar. Si se deduce por escrito, debe transcribirla *“en el libro de actas con las mismas formalidades”* (art. 181, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

Si es deducida en forma, el oficial público debe dar conocimiento de ella a los futuros esposos. Si uno de éstos o ambos reconocen la existencia del impedimento, se hace constar en el acta y no se celebra el matrimonio (art. 182). Si no lo reconocen, deben expresarlo dentro de los tres días de la notificación al oficial público, quien debe levantar acta, remitir al juez competente copia autorizada de todo lo actuado con los documentos presentados, y suspender la celebración del matrimonio. Los tribunales deben

sustanciar y decidir la oposición por el procedimiento más breve que prevea la ley local, y remitir copia de la sentencia al oficial público (art. 183). Pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia que rechaza la oposición, puede celebrarse el matrimonio; si, por el contrario, se declara la existencia del impedimento que funda la oposición, no puede celebrárselo. En uno y otro caso, el oficial público debe anotar al margen del acta la parte dispositiva de la sentencia (art. 184).

§ 131. **DENUNCIA DE IMPEDIMENTOS.** – Fuera de la oposición, la ley autoriza a cualquier persona a denunciar la existencia de impedimentos. El oficial público que recibe la denuncia debe remitirla al juez en lo civil, quien debe dar vista al Ministerio Público para que éste, dentro de tres días, deduzca oposición o manifieste que la denuncia es infundada (art. 185, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

§ 132. **FORMA ORDINARIA DE CELEBRACIÓN.** – El Código no establece plazo alguno entre el cumplimiento de las diligencias previas y el acto de la celebración del matrimonio. Por tanto, éste podrá tener lugar de inmediato si con dichas diligencias resulta acreditada la habilidad de los contrayentes.

En cambio, “*si de las diligencias previas no resultara probada la habilidad de los contrayentes o si se dedujese oposición o se hiciera denuncia, el oficial público suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad, se rechace la oposición o se desestime la denuncia, haciéndolo constar en el acta de la que dará copia a los interesados, si la pidieren, para que puedan recurrir al juez en lo civil*” (art. 195, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

Con respecto al desarrollo del acto, dispone el art. 188, párr. primero, del Cód. Civil (texto según ley 23.515): “*El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales*”.

Los testigos a que alude la disposición son testigos instrumentales, que pueden coincidir o no con los de conocimiento a que se refiere el art. 187, inc. 3.

El párr. segundo añade: “*Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos*”.

La imposibilidad de concurrir está dada por cualquier enfermedad o accidente que impida el traslado; no se necesita que exista peligro de muerte, pues si se diera éste cabría acudir a la celebración *in articulo mortis* que prevé el art. 196, disposición que no aumenta las formalidades sino que las disminuye.

La ley exige en este caso la presencia de cuatro testigos en lugar de dos. Aquí asume relieve la distinción entre los testigos instrumentales y los testigos de conocimiento, pues el número de éstos no se altera; en las diligencias previas debieron actuar dos testigos de conocimiento, pero no es necesario que los cuatro instrumentales conozcan a los contrayentes.

El párr. tercero del art. 188 dispone: “*En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los arts. 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio*”.

De modo que el acto consta de tres etapas: a) la lectura de las disposiciones del Código referentes a los derechos y deberes de los esposos; b) la prestación verbal del consentimiento, sucesivamente por uno y otro contrayente, ante el oficial público, y c) el pronunciamiento de la unión por parte de éste, en nombre de la ley. Pero de esas tres etapas, la única que reviste carácter esencial para la existencia del matrimonio es la segunda (art. 172, Cód. Civil, texto según ley 23.515); la omisión de la primera o de la tercera no está prevista por el Código como causal de inexistencia ni de anulabilidad del matrimonio. Entiendo que debe desecharse el criterio de Spota, según el cual la declaración del oficial público estaría requerida como forma constitutiva del acto jurídico y su ausencia impediría su perfeccionamiento; fuera de que la señalada circunstancia de que ni el pronunciamiento es requisito de existencia del acto (art. 172, Cód. Civil, texto según ley 23.515), ni su omisión es causa de nulidad (arts. 219 y 220, Cód. Civil, textos según ley 23.515), sería absurdo que quienes hubieran creído celebrar un acto válido viesan reducida su condición a

la de concubinos por el incumplimiento por parte del funcionario público de una formalidad pretendidamente sacramental.

Respecto de la prestación del consentimiento por los contrayentes, en principio debe ser verbal y en idioma nacional. “*Cuando uno o ambos contrayentes ignorasen el idioma nacional, deberán ser asistidos por un traductor público matriculado y, si no lo hubiere, por un intérprete de reconocida idoneidad, dejándose en estos casos debida constancia en la inscripción*” (art. 190, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

Por otra parte, dado que el Código admite el matrimonio de los sordomudos que no saben darse a entender por escrito pero pueden manifestar su voluntad de otra manera inequívoca (art. 166, inc. 9, Cód. Civil, texto según ley 23.515), si el oficial público no puede interpretar su respuesta, habría de recurrirse a un intérprete que entendiese los medios de expresión del sordomudo.

El art. 189 establece: “*Cuando uno o ambos contrayentes fuesen menores de edad, la autorización que este Código requiere podrá otorgarse en el mismo acto del matrimonio o acreditarse mediante declaración auténtica*”. Se trata de una reiteración de lo prescripto en el art. 187, inc. 2. Parece obvio que si la declaración auténtica de los padres o tutores tuvo que ser presentada al realizarse las diligencias previas, no podrá serlo de nuevo al contraerse el matrimonio. En cambio, si asisten personalmente, de una y otra disposición resulta que deberán suscribir la solicitud o acta a que se refiere el art. 187, inc. 2, y, además, estar presentes en el acto del matrimonio para manifestar su asentimiento.

El último párrafo del art. 188 añade: “*El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto*”. Se trata de una expresión de voluntad legislativa de que la obligatoriedad del matrimonio civil no afecte la libertad de conciencia de los esposos, pero es una facultad de la cual evidentemente no se hace uso, pues la unión religiosa se lleva a efecto en los templos, y no en oficinas administrativas.

De la celebración del matrimonio debe levantarse (en los libros del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas) un acta, cuyo testimonio será el medio normal de prueba de la celebración.

A su respecto, el art. 191 del Cód. Civil, texto según ley 23.515, establece: *“La celebración del matrimonio se consignará en un acta que deberá contener:*

- 1) *La fecha en que el acto tiene lugar.*
- 2) *El nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tuvieren, nacionalidad, profesión, domicilio y lugar de nacimiento de los comparecientes.*
- 3) *El nombre y apellido, número de documento de identidad, nacionalidad, profesión y domicilio de sus respectivos padres, si fueren conocidos.*
- 4) *El nombre y apellido del cónyuge anterior, cuando alguno de los cónyuges haya estado ya casado.*
- 5) *El asentimiento de los padres o tutores, o el supletorio del juez en los casos en que es requerido.*
- 6) *La mención de si hubo oposición y de su rechazo.*
- 7) *La declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, y la hecha por el oficial público de que quedan unidos en nombre de la ley.*
- 8) *El nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tuvieren, estado de familia, profesión y domicilio de los testigos del acto”.*

Además, en el caso en que el consentimiento hubiese sido otorgado a distancia por uno de los contrayentes, el acta debería hacer mención del instrumento por el cual se hubiese otorgado dicho consentimiento por el ausente, y su testimonio debería archiversse en la oficina (art. 22, decr. ley 8204/63).

Según el art. 192, *“el acta de matrimonio será redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervinieren en él o por otros a ruego de los que no pudieren o no supieren hacerlo”.* La negativa a firmar de alguno de los esposos no afectaría la regularidad del acto, que habría quedado cumplido con la prestación verbal del consentimiento; en tal caso, el oficial público debería dejar constancia de la negativa, sin perjuicio de que ella pueda constituir un antecedente valioso para una acción de nulidad basada en un vicio de la voluntad.

El art. 194 añade: *“El jefe de la oficina del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas entregará a los esposos co-*

pia del acta de matrimonio. Dicha copia se expedirá en papel común y tanto ella como todas las actuaciones, las que no tributarán impuesto de sellos, serán gratuitas, sin que funcionario alguno pueda cobrar emolumentos”.

§ 133. **FORMA EXTRAORDINARIA (“IN ARTICULO MORTIS”).** – Del mismo modo que el derecho canónico prevé una forma extraordinaria de matrimonio para los casos en que no puede acudirse ante el sacerdote o existe peligro de muerte para uno de los contrayentes, la ley civil también ha incluido entre sus disposiciones la posibilidad de una forma de celebración excepcional, el llamado “matrimonio *in articulo mortis*”. A su respecto el art. 196 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) expresa: “*El oficial público procederá a la celebración del matrimonio con prescindencia de todas o de alguna de las formalidades que deban precederle, cuando se justificase con el certificado de un médico, y, donde no lo hubiere, con la declaración de dos vecinos, que alguno de los futuros esposos se halla en peligro de muerte.*

En caso de no poder hallarse al oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el matrimonio en artículo de muerte podrá celebrarse ante cualquier magistrado o funcionario judicial, el cual deberá levantar acta de la celebración, haciendo constar las circunstancias mencionadas en los incs. 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 8 del art. 191 y la remitirá al oficial público para que la protocolice”.

La prescindencia de las formalidades previas implica que el matrimonio deba ser autorizado de inmediato, sin necesidad de que la solicitud, a que se refiere el art. 186, sea presentada o realizada previamente, ni de que se acompañen los elementos exigidos por el art. 187. Cabría igualmente celebrar el acto a pesar de la deducción de oposición, y sin perjuicio del derecho del oponente de reclamar luego la nulidad del matrimonio, si a ello hubiere lugar.

En cambio, no sería posible prescindir de los testigos instrumentales a que alude el art. 188, ya que su actuación no es una formalidad previa sino de la ceremonia misma; pero con la salvedad de que su omisión es un problema que afecta la responsabilidad del oficial público por su actuación irregular, y no la existencia o validez del matrimonio. Por otra parte, trátase de testigos puramente

instrumentales, de modo que podrían actuar cualesquiera personas, aunque ni siquiera conociesen a los contrayentes.

El artículo prevé también la posibilidad de que el acto se celebre ante cualquier magistrado o funcionario judicial cuando no se pueda hallar al oficial público, es decir, ante los jueces y secretarios de cualquier instancia. El magistrado o funcionario debe levantar acta con los requisitos indicados en el art. 191 (de los cuales se excluye, naturalmente, el del inc. 6, pues alude a la existencia y rechazo de la oposición, que aquí no cabe) y remitirla al encargado del registro del estado civil para que la protocolice.

Conforme a lo que dispone el art. 123 de la ley 20.094, el matrimonio en artículo de muerte puede ser celebrado, también, ante los capitanes de los buques, en su carácter de oficiales del registro civil.

D) PRUEBA DEL MATRIMONIO

§ 134. *MATRIMONIOS ANTERIORES AL CÓDIGO CIVIL.* – Para determinar el régimen aplicable a la prueba del matrimonio, es menester distinguir entre los celebrados antes de la vigencia del Código Civil, desde entonces hasta la ley de matrimonio civil, y con posterioridad a ésta.

Para los matrimonios celebrados antes de la vigencia del Código Civil, es decir, hasta el 31 de diciembre de 1870, la prueba queda regida por la legislación canónica del Concilio de Trento, mandada aplicar por la real cédula de Felipe II del 12 de julio de 1564. Por lo tanto, la prueba ordinaria es la partida parroquial; sólo en caso de imposibilidad de presentarla cabría acudir a cualquier otro medio probatorio, si bien con amplia libertad de apreciación judicial respecto de la existencia de la mencionada imposibilidad y de valoración de la prueba supletoria.

Sin embargo, el criterio jurisprudencial prevaleciente no se ajusta a esas pautas estrictas sino que se inclina por la admisión sin limitaciones de cualquier género de prueba, en especial cuando el tiempo transcurrido desde la celebración del matrimonio supone apreciable dificultad para localizar la partida. Este criterio amplio es aprobado por Spota, quien entiende que la imposibili-

dad de presentar la prueba calificada surge del solo hecho de no existir asientos en los libros parroquiales o de la simple dificultad de presentar la prueba legal preconstituida; considera que un mayor rigor sería excesivo, ya que por lo común esta prueba es necesaria en materia hereditaria y no es razonable adoptar pautas rígidas para apreciar la dificultad de acreditar hechos alejados en el tiempo, de los cuales sólo se tienen pruebas indirectas.

§ 135. *MATRIMONIOS CELEBRADOS DESDE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL HASTA LA LEY DE MATRIMONIO.* – La prueba de los matrimonios celebrados a partir de la vigencia del Código Civil y hasta la de la ley de matrimonio (esto es, desde el 1º de enero de 1871 hasta el 30 de noviembre de 1889) se aplicaba el art. 179 del Cód. Civil (texto originario), que expresaba: “El matrimonio se prueba por la inscripción en los registros de la parroquia o de las comuniones a que pertenecieren los casados. 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”.

Esta disposición preveía, pues, una prueba ordinaria, la de las partidas parroquiales o asientos de otras comunidades religiosas, y una extraordinaria, admitida con gran latitud, la de la posesión de estado matrimonial o cualquier otro tipo de prueba.

Tampoco en este aspecto ha sido, sin embargo, uniforme la jurisprudencia. Para un criterio riguroso habría sido necesaria la prueba de la imposibilidad de presentar la partida para que pudiese recurrirse a la prueba supletoria. Para otro, en cambio, bastaría la simple dificultad en obtenerla, sin necesidad de justificar esa imposibilidad. Inclusive llegó a admitirse la prueba supletoria sin siquiera exigir la demostración de esa dificultad.

Resulta una particularidad de este régimen (que, como se verá más adelante, no subsiste) la posibilidad de que la prueba extraordinaria o supletoria no acredite directamente la celebración del matrimonio sino simplemente la posesión de estado matrimonial.

§ 136. *MATRIMONIOS POSTERIORES A LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL.* – Para los matrimonios celebrados a partir de la vigencia de la

ley de matrimonio civil, es decir desde el 1º de diciembre de 1889, la prueba ordinaria es la resultante de la partida de matrimonio labrada por el oficial público encargado del registro civil, o su testimonio expedido por el funcionario habilitado para ello. En tal sentido, el art. 96 de la ley de matrimonio civil expresaba: "Los matrimonios celebrados con posterioridad a la vigencia de esta ley, se probarán con el acta de celebración del matrimonio o su testimonio"; y el art. 197, párr. primero, del Cód. Civil, en su redacción dada por la ley 23.515, dice: "*El matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia expedidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Cuando existiese imposibilidad de presentarlos, podrá probarse la celebración del matrimonio por otros medios, justificando a la vez esa imposibilidad*".

La nueva redacción supera la aparente discrepancia que existía entre el art. 96 de la ley de matrimonio civil, que exigía testimonio de la partida, y el art. 24 del decr. ley 8204/63, modificado por ley 18.237, que admitía también las copias, certificados y libretas de familia, consagrando indubitablemente la segunda solución.

En cuanto a la prueba supletoria del matrimonio, se reitera lo que disponía el art. 97 de la misma ley, pero (con buen criterio, a mi juicio) se suprime la anterior enunciación de casos de imposibilidad del art. 98, y, por consiguiente, la discusión sobre si esa enumeración era enunciativa o taxativa. Queda ahora librada a la apreciación judicial la existencia de verdadera imposibilidad de presentar la partida de matrimonio.

Esa demostración de la imposibilidad de presentar la partida de matrimonio habilita a los interesados a demostrar la celebración del acto recurriendo a cualquier medio probatorio, pero de la prueba producida debe resultar que efectivamente el acto fue otorgado. Sin embargo, es criterio generalizado el de que la celebración puede ser acreditada no sólo por pruebas directas sino también por pruebas indirectas. Serían pruebas directas aquellas que se refieren al acto mismo de celebración o a la existencia del acta, como la declaración de testigos que hubieran concurrido al acto, la de quienes hubiesen visto concurrir a los contrayentes a la oficina del registro civil, la de los que hubiesen asistido a la fiesta celebrada con motivo de la boda, las fotografías tomadas, las publi-

caciones periodísticas en que se anunció la celebración, las participaciones del casamiento, la declaración de quienes hubieran visto la partida, la copia no autenticada de ésta, etcétera.

La propia celebración del matrimonio religioso es un serio indicio de que el acto civil también tuvo lugar; máxime si en la partida se dice expresamente que se tuvo a la vista la documentación civil. Aun se consideró suficiente la partida de bautismo en la cual el párroco del lugar donde nació el hijo, y también debió haberse celebrado el matrimonio, hacía constar la filiación legítima del bautizado¹.

Las pruebas indirectas, en cambio, son las que no justifican la celebración misma, sino que aportan elementos de los cuales puede extraerse la conclusión de que el acto tuvo lugar. Se han señalado como ejemplos, la circunstancia de que al bautizar un hijo se le designe como legítimo sobre la base de la común convicción al respecto, los documentos de los cuales surja el estado civil de los presuntos cónyuges, o los testimonios de personas que hubiesen visto tales documentos. Pero no puede admitirse que constituya prueba suficiente el aviso fúnebre en el cual el sobreviviente aparece como cónyuge del fallecido; en realidad, de allí sólo surge que aquél se atribuía ese carácter, y no que lo fuera, por lo que en el caso podría resultar probado el concubinato, y no el matrimonio.

En mi opinión, la prueba indirecta sólo puede ser admitida con sumo cuidado. Directa o indirectamente, lo que debe probarse es que se celebró el matrimonio, y no que las partes vivían como casados. El art. 197, párr. segundo, parte primera, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), dispone: "*La posesión de estado no puede ser invocada por los esposos ni por terceros como prueba suficiente cuando se tratare de establecer el estado de casados o de reclamar los efectos civiles del matrimonio*". Y es lógico que así sea, ya que la posesión de estado no suple al título de estado matrimonial, porque lo único que acredita es que las partes hacían vida marital, y no que se habían casado; en otros términos, la prueba de la posesión de estado podrá demostrar la existencia de

¹ CCivl^oCap, 31/12/30, JA, 34-1223; íd., 10/11/32, JA, 40-106; íd., 2/12/42, LL, 29-154.

un concubinato, pero no la celebración del matrimonio. En el aspecto contrario, la ausencia de posesión de estado es indiferente si puede acreditarse la celebración del acto, pues puede éste haber tenido lugar y los cónyuges haberse separado poco tiempo después.

Según el art. 197, párr. segundo, parte segunda, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), “*cuando hay posesión de estado y existe el acta de la celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su existencia*”. La regla tiene aplicación cuando del acta no resulta con certeza que los contrayentes expresaron su consentimiento matrimonial ante el oficial público, pues cualquier otra deficiencia del acta no incidiría sobre la existencia o inexistencia del matrimonio. Tales serían, por ejemplo, los casos en que el acta no hubiera sido firmada por alguno de los contrayentes o por ninguno de ellos, ni tampoco por otra persona a su ruego, ya que podría ponerse en tela de juicio la asistencia de uno o de ambos al acto o la expresión de su consentimiento; si no coincidieran los nombres asentados en el acta con las firmas que la suscriben, pues no resultaría claro si quienes expresaron el consentimiento fueron las personas enunciadas o las que firmaron; si el acta, aun debidamente firmada, no contuviese los nombres de los contrayentes; o si faltase la firma del oficial público, de modo que no se pudiera establecer si el consentimiento fue otorgado ante él o si simplemente se llenó el acta y se firmó sin su presencia ni conocimiento.

El trámite judicial tendiente a acreditar la existencia de un matrimonio por medio de la prueba supletoria del acta constituye una acción de estado de familia, la de reclamación de estado matrimonial. Por lo tanto, si hay controversia, debe tramitarse por la vía del proceso de conocimiento ordinario.

§ 137. **MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO.** – La ley del lugar de celebración del matrimonio rige a éste tanto con relación a su forma como en cuanto a su prueba. En tal sentido, el art. 159 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), establece: “*Las condiciones de validez... extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen*”, y el art. 161, párr. primero, dispone: “*La prueba del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por el derecho del lu-*

gar de celebración". El derecho extranjero debe ser probado por quien invoca el matrimonio.

En principio, los documentos extranjeros deben estar legalizados por los agentes diplomáticos o consulares argentinos, pero cabría prescindir de la legalización en caso de imposibilidad.

Por aplicación de esos principios, se ha decidido que no basta la partida de matrimonio religioso de un país donde se impone el matrimonio civil como obligatorio²; sin embargo, en un caso se lo admitió sobre la base de la referencia al previo matrimonio civil celebrado en otro país y pruebas corroborantes, "a pesar de que no se presentó la partida de matrimonio civil"³.

La prueba supletoria se rige también por la ley del lugar de celebración, aunque numerosos fallos estimaron probado el matrimonio por aplicación de la ley argentina.

Se ha sostenido, además, que por aplicación del art. 14, inc. 4, del Cód. Civil, si existe colisión entre la ley extranjera y la argentina acerca de la eficacia de la prueba del matrimonio (especialmente la supletoria) cabría la aplicación de la segunda.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Barbero, Omar U., *Libretas de familia reemplazando a partidas en juicios sucesorios*, JA, 1977-I-599.
- Bidart Campos, Germán J., *Matrimonio y libertad religiosa en la Constitución*, LL, 128-1181.
- Cichero, Néstor D., *Prueba del matrimonio celebrado en el extranjero*, ED, 60-497.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *El aviso fúnebre como elemento probatorio*, JA, 73-121.
- *La prueba del matrimonio por certificados del Registro Civil*, JA, 49-700.
- Fassí, Santiago C., *El matrimonio celebrado en el extranjero. Su forma, prueba e inscripción según la ley argentina*, LL, 27-718, y *Estudios de derecho de familia*, p. 45.
- Fustel de Coulanges, Numa D., *La ciudad antigua*, tr. Eusebio de Gorbea, 2ª ed., Bs. As., Emecé, 1951.
- Hidalgo, Débora M. M. - Hidalgo, Soraya N. R., *Matrimonio a distancia*, "Revista del Notariado", n° 825, abr.-jun. 1991, p. 419,

² CCiv2ªCap, 13/10/33, JA, 43-1107.

³ CNCiv, Sala B, 30/6/65, LL, 120-73, y ED, 14-798.

- Lagomarsino, Carlos A. R., *Licencia matrimonial*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 591.
- *Matrimonio*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIX, p. 146.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo U. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad. 1991-1994.
- Lazcano, Carlos A., *Inscripción en el país de un matrimonio consensual contraído en China*, JA, 1942-III-310.
- *Régimen internacional de la prueba supletoria del matrimonio*, LL, 84-493.
- León Feit, Pedro, *Incidencia de la Convención de Nueva York de 1962 sobre la ley argentina de matrimonio civil*, "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales" (Universidad Nacional del Litoral), 3ª serie, n° 120, 1ª parte, p. 375.
- Lezana, Julio I., *El valor probatorio de la libreta de familia*, LL, 1977-A-425.
- *La comprobación del carácter de heredero*, LL, 1977-D-181.
- *La libreta de familia como prueba del matrimonio y la filiación*, LL, 1975-B-1306.
- Mai, Ernesto J., *El régimen de libertad en el matrimonio*. Bs. As., Abeledo-Perrot, 1962.
- Molinario, Alberto D., *De nuevo sobre la ley santafecina de matrimonio civil*, JA, 1967-V-844, secc. doctrina.
- *La ley santafecina de matrimonio civil*, "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata". 1964, t. XXIII, p. 191.
- *Por tercera vez sobre la ley santafecina de matrimonio civil*, JA, 1968-IV-759.
- Romero del Prado, Víctor N., *Formas de los actos jurídicos. Formas y medios de prueba del matrimonio. Prueba supletoria. Leyes aplicables*, LL, 50-218.
- Ruiz Moreno, Isidoro J., *A raíz de un comentario*, JA, 1967-IV-751, secc. doctrina.

SECCIÓN CUARTA
NULIDAD E INEXISTENCIA
DEL MATRIMONIO

CAPÍTULO XIII

NULIDAD DEL MATRIMONIO: TRASCENDENCIA Y RÉGIMEN

§ 138. *TRASCENDENCIA DEL RÉGIMEN DE NULIDADES MATRIMONIALES.* – Es clara la diferencia teórica entre la anulación y la disolución del matrimonio: las causas de anulación son vicios originarios del acto jurídico matrimonial, existen en el momento en que éste es otorgado, en tanto los de la segunda son sobrevinientes; en principio, los efectos de la primera se retrotraen al momento de la celebración, mientras que los de la segunda se producen hacia el futuro, ya que la sentencia que anula es declarativa y la que disuelve es constitutiva; también, en principio, el matrimonio anulado queda privado de efectos jurídicos mientras que algunos de los del matrimonio disuelto subsisten; la anulación de un matrimonio determina la validez del posterior celebrado en el intervalo, mientras que la disolución sólo permite contraer válidamente en adelante.

Sin embargo, en el plano fáctico la diferencia no es tan grande, no sólo porque las excepciones acercan a uno y otro principio, sino también porque en uno y en otro caso se produce la desvinculación jurídica de los esposos, la desaparición del impedimento de ligamen y la posibilidad de contraer nuevas nupcias válidas.

De ahí que la verdadera trascendencia del régimen de nulidades matrimoniales tiene lugar en las legislaciones que no permiten la disolución del vínculo en vida de los esposos –en la actualidad, una ínfima minoría de países– y se reduzca notablemente cuando tal disolución es admitida. Claro ejemplo es el de nuestro

país, donde antes de la admisión del divorcio vincular por la ley 23.515 se buscaba la anulación como vía de escape de la rigidez del sistema, mientras que con posterioridad los repertorios de jurisprudencia registran escasos supuestos de procesos de nulidad. Quizás en este momento la opción entre anulación o divorcio no dependa tanto de la índole de las causas que puedan invocarse sino de la mayor o menor facilidad de su prueba; no sería extraño, pues, que a pesar de existir verdaderas causas de nulidad se acuda al divorcio –que puede obtenerse fácilmente– a fin de terminar con el problema.

Por cierto, la situación no es exclusiva de la Argentina. Tanto es así que en Suecia, la reforma del Código matrimonial de 1997 suprimió la nulidad del matrimonio, mientras que en Finlandia la única causal que subsiste son los vicios de forma. Y en Alemania, donde la ley de matrimonio civil distinguía entre la nulidad y la rescisión del matrimonio –la primera con efecto retroactivo, y la segunda, con efecto hacia el futuro–, la reforma de 1998 sólo mantiene la rescisión, cuyas consecuencias jurídicas se aproximan a las de la disolución.

§ 139. *RÉGIMEN ESPECIAL DE NULIDADES O APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LOS ACTOS JURÍDICOS.* – Uno de los problemas fundamentales vinculados con la nulidad del matrimonio lo constituye la determinación de si las disposiciones que a tal materia se refieren forman un régimen especial que se basta a sí mismo, o bien si le son aplicables subsidiariamente las normas sobre nulidades de los actos jurídicos contenidas en el Código Civil.

Parte de la doctrina nacional –a cuya concepción me he adherido– sustenta la doctrina de la especialidad, según la cual el referido régimen excluye la aplicación de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos. Su aceptación o rechazo tienen singular importancia práctica, ya que de ello depende la solución de problemas relativos a las causas de nulidad del matrimonio, a sus efectos y a las personas legitimadas para el ejercicio de la acción tendiente a obtener su declaración.

§ 140. *TESIS DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS GENERALES.* – Los primeros comentaristas del Código Civil no plantearon el problema de si a la nulidad del matrimonio eran aplicables las re-

glas sobre nulidad de los actos jurídicos en general, pero todos ellos dieron por supuesta la afirmativa, sea por considerar la clasificación de las nulidades matrimoniales concordante con la de los actos jurídicos, o por juzgar aplicable a aquéllas el art. 1047 del Cód. Civil. Todavía en el curso del siglo xx hubo autores –como Pavón– que aplicaron las reglas generales sin referirse a la cuestión, o bien –como Arias– expresaron que las consideraban aplicables sin dar razones.

El primero que consideró la cuestión enrolándose en esta posición fue Lafaille, quien expuso que la tesis de que los supuestos de nulidad del matrimonio constituyen un cuerpo de doctrina distinto y autónomo, sustancialmente diferente de la relativa a los actos jurídicos en general, pudo explicarse dentro del Código Napoleón, ya que éste carecía de reglas generales en materia de nulidades; pero que, al haber formado Vélez Sársfield una teoría de conjunto, no había razón para que ella no fuese aplicable al matrimonio. Entendía que de lo contrario se perdería una de las grandes ventajas que representa la metodología del Código, y aclaraba que eso no significa que no existan matices propios en esta materia y que los principios no reconozcan excepciones, pero que ello ocurre en cada institución, pues todos los actos jurídicos ofrecen normas peculiares. Coincidieron con este criterio Frías, Spota, Mazzinghi, Cordeiro Álvarez, León y Kaller de Orchansky. Según esta opinión, pues, las reglas generales sobre nulidad de los actos jurídicos son aplicables a la nulidad del matrimonio en tanto no existan disposiciones especiales que establezcan soluciones diferentes, o, en otros términos, el régimen de la nulidad se integra con el referente a los actos jurídicos en general en todo lo que aquél no prevea expresamente.

Però aun dentro de esta posición se esboza una pequeña discrepancia, adelantada por Frías y explicitada por Busso, con la ulterior adhesión de Borda y de Cichero. Según estos autores, las normas del Código Civil serían aplicables a la nulidad del matrimonio “mientras no haya disposiciones especiales que las modifiquen o no lo impida la naturaleza del acto”. De modo que, conforme a esta variante, la aplicación de las normas sobre nulidades de los actos jurídicos estaría limitada no sólo por disposiciones expresas, sino también por la naturaleza misma del acto matrimonial.

Los argumentos en que se basa esta tesis, sintéticamente expuestos, son los siguientes:

a) Un razonamiento puramente lógico o deductivo, según el cual si el Código Civil estableció normas generales sobre nulidades de los actos jurídicos, el matrimonio es un acto jurídico, y no existe norma expresa que exceptúe su aplicación, aquellas disposiciones generales son aplicables al acto jurídico matrimonial.

b) La consideración de que no hay diferencias esenciales entre la nulidad de los actos jurídicos en general y la del matrimonio, a pesar de que tiene características peculiares impuestas por la naturaleza del acto y la trascendencia de la sanción.

c) La negación del valor interpretativo de los antecedentes históricos y legislativos, de los que –se dice– debe independizarse el intérprete para aceptar el criterio que asegure un mejor resultado.

d) La opinión de Vélez Sarsfield, quien en la nota al Libro Segundo, Sección Segunda, del Código, manifestó –siguiendo a Freitas– su intención de reunir todas las disposiciones de aplicación común a los actos jurídicos.

e) La imperfección del régimen de nulidades de la entonces vigente ley de matrimonio, que habría ofrecido lagunas que no habrían podido ser resueltas sin acudir a las normas generales.

f) Finalmente, un argumento de orden legal, según el cual hasta la sanción de la ley de matrimonio las disposiciones del Código eran aplicables no sólo en virtud del art. 228 (texto original) sino también por falta de otras normas aplicables, y después de su sanción subsisten las normas no modificadas, contradichas ni dejadas sin efecto. Este argumento no podría ser mantenido, evidentemente, después de que la ley 23.515 incorporó las normas sobre nulidad del matrimonio al Código Civil.

§ 141. *DOCTRINA DE LA ESPECIALIDAD.* – La doctrina de la especialidad, es decir, la autosuficiencia del régimen de nulidades matrimoniales y la consiguiente inaplicabilidad de la teoría general de la nulidad de los actos jurídicos, fue enunciada primero por Prayones, y desarrollada luego por Rébora, Fassi, López del Carril, Lagomarsino, Molinario, Díaz de Guijarro y Zannoni. Además, recibió el apoyo de importantes juristas que actuando como jueces se inclinaron por ella, tales como Repetto, Salvat, Barraquero, Acuña Anzorena, Portas, Salas, Bidau y Borga.

Cabe señalar que Molinario iba más allá, pues no sólo estimaba que las reglas de nulidad de los actos jurídicos son inaplicables al matrimonio, sino que entendía que debía construirse toda la teoría del acto jurídico familiar independientemente de la del acto jurídico en general. Sin embargo, extendía los supuestos de inexistencia –o cuasiinexistencia– del matrimonio a casos en que la nulidad no está prevista o la acción para hacerla declarar no es ejercida o ha caducado.

Además, Díaz de Guijarro le introdujo una variante, pues sostenía la existencia de un principio general referente a las nulidades –el del art. 18 del Cód. Civil–, y de regímenes especiales para los actos jurídicos patrimoniales y para los actos jurídicos familiares. Al matrimonio, como acto jurídico familiar, no le serían aplicables las normas dictadas para los actos jurídicos patrimoniales, pero sí aquel principio general.

En favor de la doctrina de la especialidad pueden invocarse antecedentes históricos, el trámite legislativo, así como argumentos comparatistas y axiológicos.

§ 142. *PRECEDENTES HISTÓRICOS.* – Varios fueron los precedentes existentes al tiempo de ser dictada la ley de matrimonio civil, en materia de nulidad de los actos jurídicos, en general, y del matrimonio, en particular.

a) *DOCTRINA FRANCESA.* El Código Napoleón no incluyó disposiciones generales respecto de los actos jurídicos ni de sus nulidades. Por consiguiente, no podía plantearse la cuestión en examen.

Sin embargo, sí se planteó un aspecto parcial de ella, el de determinar si la nulidad del matrimonio debía resultar de un precepto expreso que la consagrara, o si bastaba para acarrear la nulidad la simple violación de la prohibición con respecto a la cual no se hubiese previsto expresamente sanción; en otras palabras, si en materia de matrimonio cabe o no la admisión de nulidades virtuales además de las nulidades expresas. La doctrina y la jurisprudencia de la Corte de Casación del siglo XIX sentaron el principio “*pas de nullité sans texte*” (no hay nulidad sin texto) o, más explícitamente, “*pas de nullité pour le mariage sans un texte qui la prononce expressément*” (no hay nulidad de matrimonio sin un

texto que la pronuncie expresamente), principio que regía plenamente en la época de la sanción de la ley de matrimonio argentina.

Cierto es que actualmente la mayoría de la doctrina francesa rechaza la aplicación irrestricta de ese principio. Pero la ley argentina se adscribió a la doctrina francesa de la época de su sanción. Tanto es así que el art. 14 de la ley de matrimonio civil consagró expresamente la teoría de la inexistencia del matrimonio, que entre los autores franceses iba unida a la negación de las nulidades implícitas, y la ley 23.515 la mantuvo en el nuevo art. 172 del Cód. Civil. Por otra parte, si alguna duda pudo haber en el régimen francés acerca de la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales por falta de una precisa enumeración de las causales, ella queda despejada en los textos argentinos, donde además de reglamentarse el ejercicio de la acción y su caducidad se enuncian claramente los supuestos de nulidad. Por tanto, la posición de la ley argentina es inequívoca en favor de la especialidad.

b) *DERECHO CANÓNICO.* El derecho canónico legisla sobre el matrimonio y su nulidad, no por tratarse de un acto jurídico sino de un sacramento. Por supuesto, no tiene una teoría general sobre los actos jurídicos, que no interesan a este ordenamiento. De manera que las normas canónicas sobre nulidad del matrimonio forman sin lugar a dudas un régimen especial.

Esto tiene gran importancia en la interpretación de nuestra ley civil, porque la legislación canónica dio la base para la formación de la legislación matrimonial civil; las normas relativas a los actos jurídicos y las referentes al matrimonio tienen un origen y un desenvolvimiento histórico completamente diferente, ya que las primeras constituyen el desarrollo del derecho romano, obra de los pandectistas alemanes y del Proyecto de Freitas, y las segundas se formaron en el canónico. Por otra parte, hasta la sanción del Código Civil todos los matrimonios celebrados en el país estaban sujetos a la legislación canónica y las causas de nulidad sometidas a la jurisdicción eclesiástica; y desde la sanción del Código hasta la de la ley de matrimonio civil ocurría lo mismo con los matrimonios celebrados ante la Iglesia Católica o con su autorización, que eran la inmensa mayoría (arts. 167, 168, 181, 182 y 225, Cód. Civil, textos originarios), a más de que a los celebrados en el ám-

bito de la Iglesia también se aplicaban las causas de nulidad canónicas (art. 229, Cód. Civil, texto originario). De manera que la tradición patria era indudablemente la existencia de un régimen especial de nulidades, el canónico.

c) *PROYECTO DE FREITAS*. El Proyecto de Freitas fue el primero que ideó una teoría general de los actos jurídicos y de sus nulidades, dando solución expresa al problema de la coordinación entre las nulidades de dichos actos en general y las del matrimonio. Pero esto solamente para los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia Católica, pues mantuvo la celebración religiosa y la jurisdicción eclesiástica para los contraídos ante ella o con su autorización.

A este respecto, disponía el art. 1430 del Proyecto: “Las disposiciones de la parte general de este Código sobre nulidades de los actos jurídicos, son extensivas a la nulidad de los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia Católica, pero con las excepciones y aplicaciones de este párrafo segundo y del párrafo siguiente, respecto de la nulidad del matrimonio”. Sin embargo, agregaba en el art. 1433: “Ningún matrimonio, por otra parte, podrá ser anulado fuera de los casos en que en la ley se declare que son anulables. En los demás casos en que las leyes sobre el matrimonio no fueren observadas, sólo tendrá lugar la sanción especial decretada para cada uno de esos casos”.

De manera que, si bien aceptaba la aplicación subsidiaria de las normas sobre nulidad de los actos jurídicos a los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia Católica —que en el Brasil, como en nuestro país, serían una ínfima minoría—, imponía la importante excepción de lo referente a las causas de nulidad, a las cuales tales normas no eran extensivas. Por otra parte, es importante señalar que para que tal aplicación subsidiaria tuviese lugar, Freitas consideró necesario establecerlo expresamente.

d) *CÓDIGO CIVIL*. El Código Civil argentino estableció, en los textos originarios de sus arts. 228 y 229, normas similares a los arts. 1430 y 1433 de Freitas.

El art. 228 decía: “Las disposiciones de este Código sobre la nulidad de los actos jurídicos, son extensivas a los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia Católica”. Y el 229: “Las

causas de nulidad de los matrimonios celebrados ante la Iglesia Católica son extensivas a los que se celebrasen sin autorización de ella, con la sola excepción de necesitar de la asistencia del párroco, siempre que el matrimonio hubiese sido bendecido por algún sacerdote de la comunión de los esposos”.

De manera que el régimen ideado por el codificador para los matrimonios contraídos sin autorización de la Iglesia Católica era parecido al de Freitas: aplicación subsidiaria de las normas sobre nulidad de los actos jurídicos, pero régimen especial en cuanto a las causales. La única diferencia estriba en que Freitas incluía las causales en la ley civil, en tanto que Vélez Sársfield se remitió a las del derecho canónico, sustituyendo la necesidad de asistencia del párroco por la bendición del sacerdote de la comunión de los esposos, como era natural en matrimonios religiosos no católicos.

§ 143. *CONCLUSIÓN SOBRE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS.* – De los antecedentes históricos de nuestra ley resulta, pues, que a la época de su sanción regía universalmente un régimen especial en cuanto a las causales de nulidad. Así ocurría tanto en el Código francés, como en el derecho canónico, en el argentino vigente, y lo mismo había sido propuesto por Freitas.

En cuanto a los demás aspectos de la nulidad, el único proyecto (el de Freitas) y el único código (el nuestro) que habían incluido un régimen general de nulidades de los actos jurídicos, habían creído necesaria la remisión expresa para que fuese aplicable al matrimonio. En el derecho canónico, en cambio, el régimen era especial en todos sus aspectos.

En nuestro país, donde sólo se reconocía el matrimonio religioso, la aplicación de las normas generales sobre nulidades del Código Civil era limitadísima; se aplicaban a los matrimonios no católicos –que deben haber sido una ínfima minoría– y con exclusión del aspecto fundamental de las nulidades, que es la determinación de sus causas.

§ 144. *TRAMITACIÓN LEGISLATIVA DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL.* – La ley de matrimonio civil tuvo su origen en un proyecto del Poder Ejecutivo, que el Senado modificó según lo aconsejado por una comisión especial integrada por los senadores Manuel

Derqui, del Valle, Zapata, Rodríguez y Baltoré; el primero de ellos fue el encargado de informar las modificaciones en el recinto.

El art. 93 del Proyecto constituía la adaptación del texto originario del art. 228 del Cód. Civil, al régimen del matrimonio civil, pues expresaba: “Las disposiciones de este Código sobre nulidad de los actos jurídicos, son extensivas a la nulidad de los matrimonios”. Por lo tanto, se pronunciaba expresamente por la aplicación subsidiaria de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos.

Al anunciar la modificación de las reglas referentes a la nulidad del matrimonio, el senador Derqui manifestó que se proponía alterar el orden del Proyecto comprendiendo en un primer capítulo a las normas referentes al matrimonio nulo y el anulable, para ocuparse en el segundo de los efectos de la nulidad, que les son comunes. Enumeró y explicó luego las causas de nulidad, y agregó: “Como han podido ver los señores senadores, por la ligera exposición que acabo de hacer, al determinar la causa que puede motivar una acción de nulidad, la acompañamos de las disposiciones acerca de las personas que pueden deducirla y terminamos por establecer cuándo se extingue la acción. Agrupadas así, las prescripciones pertinentes a cada caso, se facilita la comprensión de la ley y su buena aplicación, eliminando el inconveniente que puede provenir de tener que buscar, en disposiciones dispersas, las que rigen cada caso”.

Fundó, finalmente, la supresión del art. 93 del Proyecto, expresando: “Según el Proyecto, las disposiciones sobre nulidad de los actos jurídicos son extensivas a la nulidad del matrimonio. Si estudiamos las causas de nulidad de los actos jurídicos, veremos que ofrecería grandes inconvenientes al consignar una disposición tan general que, por otra parte, no tendría objeto, desde que en las modificaciones que proponemos están previstas y claramente expresadas todas aquellas causas que, dada la naturaleza y fines del contrato que nos ocupa, pueden ser bastantes para servir de fundamento a una acción de nulidad. Creemos, pues, que ese artículo debe suprimirse”.

La voluntad de los legisladores fue, pues, inequívoca en el sentido de establecer un régimen especial de nulidades matrimoniales tanto con relación a las causas, como al ejercicio y caducidad de la acción, como a los efectos de la nulidad. Sumóse a esa

voluntad la expresa supresión del texto del Proyecto que remitía a las nulidades de los actos jurídicos, lo que importa la derogación del texto originario del art. 228 del Cód. Civil, que así lo establecía limitadamente.

Al incorporar la ley 23.515 las normas sobre matrimonio civil al Código, estos antecedentes no pierden vigencia ya que se han mantenido en lo sustancial el sistema y las normas de la ley anterior.

§ 145. *CONCLUSIONES.* – En favor de la doctrina de la especialidad se cuenta, pues, con los antecedentes históricos y con la voluntad expresa del legislador. Es, también, la solución recogida por códigos civiles más modernos, tales como el uruguayo de 1868 (art. 1752), el alemán de 1900 (§ 1323, 1329, 1330 y 1341), reiterado por la ley de matrimonio civil hasta la reforma de 1998 (arts. 16, 23, 28 y 29) y el portugués de 1966 (arts. 1627 y 1632). Claro está que esos elementos podrían no ser suficientes para llegar a la interpretación exacta si el resultado fuese negativo, pues el texto de la ley tiene vida propia independiente de la voluntad del legislador.

Pero no es así. También las razones de orden práctico inclinan a admitir esa doctrina. El matrimonio es un acto jurídico, pero de naturaleza tan trascendental para el orden social que requiere normas especiales que regulen su invalidez, ya que ésta puede acarrear la disolución de la familia y la aniquilación de los efectos del matrimonio. Es muy distinto, pues, anular un acto que sólo produce consecuencias patrimoniales, o uno que da origen a un sinnúmero de relaciones de orden familiar. Y la anulación debe fundarse en motivos claramente determinados, pues no cabe admitir que se generalicen situaciones de duda con respecto a la validez del acto, que necesariamente surgirían en caso de admitirse la ampliación de las causales de nulidad y del número de personas con derecho de ejercer la acción respectiva sobre la base de disposiciones creadas con miras a regular situaciones de importancia exclusivamente patrimonial.

Baste para señalar lo peligroso de la tesis contraria con indicar que no sólo admite la nulidad del matrimonio por vicios de forma o por incompetencia del oficial público, y acepta su declaración de oficio por los jueces en determinados casos, sino que

uno de sus sostenedores –Spota– llegó hasta insinuar la posible nulidad del matrimonio que no contase con un “objeto-fin social” por aplicación del art. 953 del Cód. Civil; es decir, la nulidad del matrimonio contraído por motivos inmorales o en colisión con las buenas costumbres, lo que ya roza los límites de lo absurdo, pues unido a la extensión de las personas legitimadas para el ejercicio de la acción puede llevar hasta la investigación de oficio o a pedido del Ministerio Público de los motivos que llevaron a los cónyuges a contraer matrimonio.

Por lo tanto, la formación histórica del régimen de las nulidades matrimoniales, la voluntad legislativa claramente expresada, la naturaleza del acto y la comparación de los resultados derivados de la aplicación práctica, concurren al sostenimiento de la tesis de que el régimen de nulidades matrimoniales es especial y no le son aplicables las reglas sobre nulidad de los actos jurídicos en general.

§ 146. *REFUTACIÓN DE ARGUMENTOS CONTRARIOS.* – Así expuestos los fundamentos de la doctrina de la especialidad, fácil resulta advertir la inconsistencia de quienes sustentan la tesis contraria.

El argumento lógico, según el cual las disposiciones generales son aplicables al matrimonio por ser acto jurídico y no haber norma que excluya su aplicación, pierde consistencia frente a la circunstancia de que el legislador decidió inequívocamente excluirlas. No puede tener otro sentido la derogación, fundada y razonada, de la norma del Código Civil que disponía lo contrario. No se trata de que el intérprete deba quedar siempre ligado por las opiniones de las comisiones legislativas o de sus miembros informantes, pero si ellas expresan las razones de la derogación de una norma, no veo cómo podría llegar a la conclusión de que dicha norma subsiste. Por otra parte, el criterio ha sido ratificado por la ley 23.515, que se ha ocupado de mejorar la enunciación de los impedimentos dirimentes y ha consagrado expresamente el principio de validez del matrimonio, mientras no haya una sentencia que lo anule.

La falta de diferencias esenciales entre la nulidad de los actos jurídicos en general y la del matrimonio en general no implica que el régimen de las nulidades no sea distinto, por su origen y desenvolvimiento histórico y por las diferencias existentes entre las con-

secuencias de la invalidez de los actos jurídicos exclusivamente patrimoniales y las del matrimonio.

El criterio de que frente a dos posibles interpretaciones deba aceptarse la que conduce a un mejor resultado aunque los antecedentes históricos y legislativos lleven a otra, puede ser aplicable cuando en efecto la ley permite sustentar razonablemente dos soluciones distintas, pero no puede servir para convertir al intérprete en legislador al modificar los textos legales. Por otra parte, también tal criterio llevaría a aceptar la doctrina de la especialidad.

La opinión de Vélez Sársfield no puede ser considerada decisiva, ya que al mantener el matrimonio exclusivamente religioso y limitar la aplicación de las reglas generales a las uniones no católicas y con exclusión de las causales de nulidad, no pudo estar en su mente la aplicabilidad al matrimonio civil obligatorio de las disposiciones que redactó para un régimen diferente. No se trata aquí, como se ha pretendido, de comparar las aptitudes jurídicas del codificador con las del senador Manuel Derqui, sino de que no puede fundarse la interpretación de la ley de matrimonio civil en los argumentos de Vélez Sársfield, quien no sólo no intervino en su redacción sino que rechazó la posibilidad de instituir el matrimonio civil obligatorio.

Es cierto que el régimen de nulidades de la ley de matrimonio era imperfecto, pero además de que ninguna de sus imperfecciones era grave –las pretendidas lagunas eran ejemplos casi puramente de escuela, sin vigencia en la realidad–, ellas han quedado solucionadas casi íntegramente por la ley 23.515.

Así, se decía, por ejemplo, que era necesario acudir al art. 921 del Cód. Civil para anular el matrimonio contraído por quien estaba accidentalmente privado de discernimiento (ebrio, drogado, hipnotizado, etcétera). Fuera de que se trata de supuestos más fantasmales que reales –pues en más de un siglo de vigencia del matrimonio civil jamás se planteó una nulidad de matrimonio por esta causa–, el problema podía hallar solución en una interpretación razonable de los textos, ya que difícilmente se concibiera que en esos casos no existiese dolo ni error. Y la ley 23.515 pone fin al problema, al incluir como impedimento matrimonial no sólo a la privación permanente de la razón sino también a la transitoria (art. 166, inc. 8, Cód. Civil).

Por otra parte, se alegaba que no había cómo resolver el problema del matrimonio del sordomudo que no supiera darse a entender por escrito sin asistencia de su curador. Pero la ley lo resolvía concretamente; lo resolvía mal, pero lo resolvía, no sólo por considerar válido al celebrado sin asentimiento del curador, sino también por permitir celebrarlo con ese asentimiento. También está resuelto en la ley 23.515: el sordomudo que no sabe darse a entender por escrito no puede celebrar matrimonio, a menos que pueda expresar su voluntad de otra manera inequívoca (art. 166, inc. 9, Cód. Civil), y en este caso no requiere intervención del curador. Se invoca el supuesto de error sobre la naturaleza del acto; es un caso de inexistencia del matrimonio por falta de consentimiento, y no de nulidad.

El acta de matrimonio, se sostiene, puede adolecer de deficiencias graves –y se citan numerosas, como el parentesco del encargado del registro del estado civil con uno de los contrayentes, su actuación después de ser destituido, la intervención de un funcionario usurpador, la incompetencia territorial del oficial público, las enmiendas y correcciones no salvadas, la falta de alguna firma, la omisión de los datos de alguno de los contrayentes o de los testigos, la falta de concurrencia simultánea de los contrayentes, la falta de prestación del consentimiento ante el oficial público por remitir éste el acta al domicilio de los otorgantes para que la firmen–; pero, cuando los contrayentes son ajenos a los vicios no es razonable castigarlos con la nulidad del matrimonio, y si falta el consentimiento o no ha sido debidamente expresado, el problema está resuelto en el art. 172 del Cód. Civil (texto según ley 23.515).

Finalmente, el argumento de que hasta la sanción de la ley de matrimonio regían las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos para el matrimonio, es ciertamente falso. Ya se ha visto que su aplicación era muy restringida, casi ilusoria: para los matrimonios no católicos, y sólo para los aspectos diferentes de las causas de nulidad. La norma que remitía en tan escasa medida a las disposiciones generales sobre nulidades fue suprimida; mal podría derivarse de esa supresión una innovación tan grande como la de aplicar íntegramente las reglas del Código al matrimonio civil.

También deben rechazarse los argumentos de quienes, a pesar de aceptar la especialidad, sostienen la aplicabilidad al matrimonio del art. 18 del Cód. Civil. Si este acto se resiste a la aplicación de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos, con mayor razón rechaza una disposición aún más general, como es la del art. 18. Por otra parte, el resultado de su aplicación al matrimonio podría llegar a ser inicuo, porque según esa disposición los actos prohibidos, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención, son de ningún valor; de manera que a las nulidades inducidas de su aplicación no se aplicarían los beneficios del matrimonio putativo, dando así lugar a sanciones más graves que las establecidas para los supuestos de nulidad expresamente prevista.

Igualmente inaceptable parece crear causales de inexistencia a fin de ampliar los supuestos de invalidez del matrimonio. La inexistencia sólo tiene asidero cuando faltan elementos esenciales del acto jurídico matrimonial, mas no como vía para ampliar los supuestos de invalidez, pasando así por sobre la limitación de causas resultantes de la ley. Por lo demás, es contradictorio admitir que el matrimonio sea inexistente cuando no media causa legal de nulidad ni faltan dichos elementos esenciales, pues también por tal vía se privaría al matrimonio de todo efecto –sin la posible aplicación de las soluciones legales referentes al matrimonio putativo– a pesar de tratarse de situaciones menos graves que las previstas en forma expresa por la ley.

§ 147. *CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DE LA ESPECIALIDAD.* – Las consecuencias de la doctrina de la especialidad son las enumeradas a continuación:

a) *EN CUANTO A LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL MATRIMONIO.* No hay otras causales que las expresamente previstas en la ley, es decir, las enumeradas en los arts. 219 y 220 del Cód. Civil (textos según ley 23.515). Por lo tanto, no son nulos los siguientes matrimonios.

1) El celebrado con vicio de forma. La única formalidad esencial del matrimonio es la presencia del oficial público, ante quien debe ser expresado el consentimiento de los contrayentes. De otro modo no hay matrimonio, el acto es inexistente (art. 172, Cód. Civil, texto según ley 23.515). Pero el incumplimiento de

cualquier otra formalidad –enunciaci3nes del acta, habilidad y actuaci3n de los testigos, y aun del pronunciamiento de la uni3n por el oficial p3blico– no afecta la validez del matrimonio, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que pudiera dar lugar su inobservancia y que recaerían sobre el oficial p3blico.

2) El celebrado a distancia cuando no se dan las circunstancias excepcionales que prevén el art. 1º, inc. 2, de la Convenci3n de Nueva York, y el art. 174 del C3d. Civil (texto seg3n ley 23.515).

3) El celebrado por oficial p3blico incompetente. En el orden territorial, es competente para la celebraci3n del matrimonio el encargado del registro civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes (art. 186, C3d. Civil, texto seg3n ley 23.515). Sin embargo, si el acto se celebrase en otro lugar, igualmente sería v3lido, sin que quepa aplicar los arts. 980 y 981 del C3d. Civil.

En cuanto a la competencia funcional, entiendo que debe distinguirse entre el matrimonio contraído ante quien desempeña otro cargo administrativo sin hacerse pasar por encargado del registro civil –caso en el cual el matrimonio sería inexistente por inobservancia del requisito del art. 172 del C3d. Civil (texto seg3n ley 23.515), de que el consentimiento debe ser prestado ante dicho encargado– y el celebrado ante quien ejerce las funciones del encargado del registro civil sin serlo. Puede ocurrir, en efecto, que el oficial p3blico delegue sus funciones en un subalterno y éste las ejerza p3blicamente y en el lugar habitual de la oficina del registro civil; o que de hecho ejerza la funci3n quien no ha sido regularmente designado, o quien ha sido suspendido, destituido o reemplazado.

En todos esos casos, el matrimonio sería existente y v3lido, ya que los contrayentes no tendrían medio alguno de conocer la verdadera situaci3n y no podrían recaer sobre ellos las consecuencias de una irregularidad a la que son ajenos. Es la soluci3n de los arts. 1628, inc. *a*, y 1629 del C3d. Civil portugués, seg3n los cuales es inexistente el matrimonio celebrado ante quien no tiene competencia funcional para el acto, salvo que ejerza p3blicamente las correspondientes funciones sin que ninguno de los contrayentes conociese su falta de competencia.

4) El celebrado con violaci3n del impedimento de enfermedad venérea en per3odo de contagio.

b) *EN CUANTO A LAS PERSONAS LEGITIMADAS PARA EJERCER LA ACCIÓN DE NULIDAD.* Sólo pueden ejercer la acción aquellos a quienes se la acuerdan los arts. 219 y 220 del Cód. Civil (textos según ley 23.515); no puede hacerlo otra persona, por interés que tenga en la declaración, ni la acción es transmisible por sucesión, ni por cesión (art. 239, párr. sexto, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

Igualmente improcedente es la declaración de oficio de la nulidad del matrimonio, no sólo porque tal nulidad nunca puede aparecer manifiesta en el acto –en los términos del art. 1047 del Cód. Civil–, sino también porque la declaración requiere la petición de parte legitimada para el ejercicio de la acción. Con relación a este punto, antes de la ley 23.515 varios fallos de la Cámara Civil de la Capital admitieron la declaración de oficio de la nulidad absoluta del matrimonio, y dijeron proceder así sin advertir que incurrían en el error de considerar declarada de oficio una nulidad que, en realidad, había sido peticionada por el Ministerio Público, que es precisamente uno de los legitimados para hacerlo (arts. 177, inc. 5, y 219, Cód. Civil, textos según ley 23.515). Toda cuestión queda zanjada con la introducción por la ley 23.515 de un último párrafo en el art. 239 del Cód. Civil, que expresa que “*ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo*”.

c) *EN CUANTO A LOS EFECTOS DE LA NULIDAD.* Ellos son los establecidos en los arts. 221 a 223 del Cód. Civil (textos según ley 23.515), según los diferentes supuestos (buena fe de ambos contrayentes, buena fe de uno solo, mala fe de ambos).

§ 148. *JURISPRUDENCIA.* – La tesis de la especialidad fue la predominante en la jurisprudencia de la Capital Federal en la época en que existían las cámaras civiles 1ª y 2ª. Sólo se registran algunos fallos contrarios de la Cámara Civil 1ª, mientras que los fundamentos de la doctrina mayoritaria fueron expuestos principalmente en una sentencia de primera instancia del doctor Roberto Repetto –que luego fue juez de cámara y posteriormente miembro de la Corte Suprema de Justicia–¹ y en un voto disidente del

¹ 1ªInstCiv, 20/10/910, confirmado por la CCiv1ªCap, 27/4/911, “Jurisprudencia de los tribunales nacionales”, abril, 1911, p. 127, sin pronunciarse sobre el punto.

doctor Argentino C. Barraquero²; también se inclinó por la especialidad la Cámara 2ª en la época en que formaba parte de ella Raymundo M. Salvat³. Posteriormente, la jurisprudencia ha sido vacilante, pues mientras algunas salas mantuvieron el principio⁴, otras sostuvieron la aplicación supletoria de las reglas sobre nulidad de los actos jurídicos, en especial respecto a la nulidad de matrimonios celebrados en el extranjero, así como por impedimento de ligamen⁵. Pero me parece evidente que no existían principios firmes, pues mientras las que se expedían en el primer sentido aceptaban –en algunos casos– la posibilidad de declarar de oficio la nulidad, lo que es contradictorio, las que negaban la especialidad no llegaban a resultados contrarios que si la aplicaran. Por lo demás, la cuestión deberá ser reexaminada a la luz de los textos adoptados por la ley 23.515.

En la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires fue casi uniforme la aceptación de la especialidad⁶; tanto es así que sólo se apartó de ella una sentencia de 1961⁷. Sin embargo, a partir de 1963 se repitió –en las sentencias pronunciadas sobre el punto– que las reglas generales de la nulidad de los actos jurídicos no son aplicables en principio, sin que se haya dado pauta alguna para determinar cuáles serían las posibles excepciones a ese principio⁸.

Finalmente, aunque no juzgando sobre materia civil sino pre-visual, aceptó íntegramente la doctrina de la especialidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹.

² CCiv1ªCap, 19/2/34, *JA*, 45-282.

³ CCiv2ªCap, 16/11/25, *JA*, 18-616.

⁴ CNCiv, Sala B, 26/8/56, *LL*, 90-323, y *JA*, 1958-III-520; íd., Sala F, 31/3/73, *ED*, 53-273.

⁵ CNCiv, Sala A, 23/9/69, *LL*, 138-740, y *ED*, 29-586; íd., Sala B, 30/6/65, *LL*, 120-73, y *JA*, 1965-V-63; íd., Sala C, 25/10/57, *LL*, 90-295; íd., Sala D, 27/12/56, *LL*, 86-103, y *JA*, 1957-II-116; íd., Sala E, 16/11/72, *JA*, 17-1973-342, y *ED*, 49-373.

⁶ SCBA, 5/4/49, *LL*, 54-404, y *JA*, 1949-II-168.

⁷ SCBA, 12/9/61, *LL*, 106-271, y *JA*, 1962-I-406.

⁸ SCBA, 7/5/63, *LL*, 111-716; *JA*, 1964-I-257, y *ED*, 7-373.

⁹ Casos “Rosas de Egea”, *Fallos*, 273:393; *LL*, 135-624; *JA*, 3-1969-494, y *ED*, 17-429, y “Rodríguez de Dinápoli”, *Fallos*, 306:1312, y *LL*, 1984-D-467.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Cichero, Néstor D., *El dolo y el error como vicios del consentimiento matrimonial*, ED. 59-392.
- Díaz de Guijarro, Enrique. *Anulabilidad del matrimonio celebrado durante un intervalo lúcido*, JA. 70-695.
- *Improcedencia de la declaración de oficio de la nulidad del matrimonio*, JA. 1947-I-25, secc. doctrina.
- *Matrimonios prohibidos sin sanción prevista de nulidad*, JA. 1965-III-75, secc. doctrina.
- Fassi, Santiago C., *De la inexistencia y de la nulidad del matrimonio*, "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", vol. XIII, 1942, p. 27.
- *El artículo 86 de la ley de matrimonio civil*, JA. 1961-V-51, secc. doctrina.
- *El matrimonio y las normas del Código Civil argentino sobre nulidad y prescripción*, LL. 80-816.
- *Nulidad de matrimonios prohibidos por leyes sancionadas con posterioridad a la 2393 y el art. 18 del Código Civil*, LL. 100-238.
- Hernández, Lidia B., *Acerca del debate sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales en la ley 23.515*, LL. 1992-D-814.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Matrimonio*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIX, p. 146.
- León, Pedro, *Extinción de la acción de nulidad de matrimonio*, LL 70-550.
- López del Carril, Julio J., *Inscripción de partidas en el Registro Civil*, JA, 1961-II-600.
- *Nulidad de matrimonio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1958.
- Lorenzo de Ferrando, María R., *Régimen de nulidades matrimoniales*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. III, p. 136.
- Mazzinghi, Jorge A., *Nulidades matrimoniales en la ley 23.515*, en "Derecho de Familia", Santa Fe, 1990, p. 125.
- Molinario, Alberto D., *Refutación de pretendidas impugnaciones a la exacta interpretación del art. 86 de la ley de matrimonio*, LL. 108-237.

CAPÍTULO XIV

INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO

§ 149. *LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA EN EL DERECHO FRANCÉS.*
Ni en el antiguo derecho francés ni entre los primeros comentadores del Código Napoleón fue conocida la teoría de la inexistencia del matrimonio. Sin embargo, se la fundó luego en un texto expreso del Código, y se afirma que fue esbozada por el propio Bonaparte en la discusión de los trabajos preparatorios del Código. El texto es el del art. 146, según el cual “no hay matrimonio cuando no hay consentimiento” (“*Il n’y a pas de mariage lorsqu’il n’y a point de consentement*”); se extrajo de él la conclusión de que si no hay matrimonio, no es que éste sea nulo sino inexistente. En cuanto a las palabras de Napoleón, él señaló la diferencia entre el supuesto de ausencia de consentimiento y el de estar viciado, al sostener que no debía confundirse el caso en que el matrimonio no existe con aquellos otros en que debe ser anulado.

El primer expositor de la teoría fue Zachariæ, quien sostuvo que debía distinguirse entre falta de condiciones esenciales del matrimonio y falta de condiciones de validez; a falta de alguna de las primeras no habría matrimonio y ni siquiera sería preciso recurrir a una acción de nulidad, en tanto que en ausencia de las segundas el matrimonio sería válido provisionalmente y hasta tanto la nulidad fuese declarada judicialmente. Para este autor, las condiciones esenciales eran tres: el consentimiento de las partes, su capacidad civil y su capacidad física. Por lo tanto, los casos de inexistencia eran: la ausencia de consentimiento, por no haber sido expresado o por haber estado el contrayente en estado de furor, de-

mencia o imbecilidad; la muerte civil, que privaba de la capacidad civil; y la identidad de sexo o la existencia de vicios o lesiones de los órganos genitales que impidiesen la generación, casos en los cuales faltaba la capacidad física.

Otros autores consideraron de distinta manera las condiciones esenciales del matrimonio y, por consiguiente, los casos de inexistencia. Así, para Demolombe eran cuatro: la diferencia de sexo, la vida civil de los contrayentes, su consentimiento y la manifestación solemne de éste ante el oficial del estado civil seguida por el pronunciamiento de la unión por dicho oficial; por consiguiente, los supuestos de inexistencia habrían sido la identidad de sexos, la muerte civil, la falta de consentimiento y la falta de manifestación solemne o de consagración por el oficial público. Tanto Marcadé como Aubry y Rau englobaron esos cuatro casos en tres. Para aquél, las condiciones esenciales eran la diferencia de sexos, el consentimiento —que no habría podido ser otorgado por el muerto civil ni por el demente—, y su declaración ante el oficial público. Para Aubry y Rau eran: la vida civil y diferencia de sexo, la posibilidad de otorgar consentimiento válido y su otorgamiento efectivo, y la celebración solemne de la unión. De modo que la doctrina francesa del siglo XIX, abstracción hecha del suprimido supuesto de muerte civil, se orientó a considerar que eran tres los elementos esenciales o de existencia del matrimonio: la diferencia de sexos, el consentimiento y su prestación solemne. Coincidieron en esta conclusión Baudry-Lacantinerie, Bonnet, Planiol y Ripert, Carbonnier, Marty y Raynaud, y otros autores modernos, aunque algunos de ellos reducen la inexistencia a los supuestos de falta absoluta de celebración y de identidad indudable de sexos.

Pero en el siglo XX, buena parte de los autores franceses —a partir de Saleilles— rechazó la teoría de la inexistencia del matrimonio. Éste sostuvo que la inexistencia conducía a las mismas consecuencias que la nulidad absoluta, por lo que no se justificaba considerarla como una categoría distinta. Igual opinión es sustentada por los Mazeaud. Estos autores encuadran en la nulidad absoluta, con mismos efectos que ésta, los casos clásicos de inexistencia; claro está que para ello deben negar también el principio clásico "*pas de nullité sans texte*", reconociendo la existencia de causales de nulidad no contempladas expresamente en la ley. Esta doctrina parece haber tenido recepción legislativa, puesto

que la ley del 19 de febrero de 1933 modificó el art. 184 del Código al incluir entre los supuestos de nulidad absoluta el del art. 146, es decir, la falta de consentimiento.

§ 150. *LA CUESTIÓN EN OTRAS LEGISLACIONES Y PROYECTOS.* – El Proyecto de Freitas, que tanta influencia tuvo en nuestra codificación –y especialmente en materia de nulidades–, desechó la categoría de la inexistencia del matrimonio y reputó nulos –es decir, de nulidad manifiesta– casos similares a los de inexistencia de la doctrina francesa. Eran ellos la identidad de sexo, la celebración por medio de apoderado y la falta de constancia de que se hubiera celebrado el matrimonio en la forma prevista por el Código (art. 1431). Los demás supuestos eran de anulabilidad, absoluta o relativa. De manera que distinguía tres situaciones de invalidez: nulidad, anulabilidad absoluta y anulabilidad relativa.

En cambio, fija reglas precisas sobre la materia el Código portugués de 1966. Considera jurídicamente inexistente: *a)* el matrimonio celebrado ante quien no tiene competencia funcional para el acto; *b)* el casamiento urgente no homologado; *c)* el casamiento en cuya celebración haya faltado la declaración de voluntad de uno o de ambos contrayentes, o del procurador de uno de ellos; *d)* el contraído por intermedio de procurador, cuando lo haya sido después de haber cesado los efectos del mandato, o cuando éste no haya sido otorgado por quien figura como mandante, o cuando sea nulo por falta de concesión de poderes especiales para el acto o de designación expresa del otro contrayente, y *e)* el contraído por dos personas del mismo sexo (art. 1628).

El matrimonio jurídicamente inexistente no produce ningún efecto jurídico, no puede ser considerado putativo, y la inexistencia puede ser invocada por cualquier persona, en todo tiempo, independientemente de declaración judicial (art. 1630). Fuera de la inexistencia, legisla la anulabilidad del matrimonio, que requiere declaración por sentencia judicial (art. 1631 y siguientes).

Con el Proyecto de Freitas coincide el Código de Familia boliviano de 1972, que distingue entre nulidad y anulabilidad del matrimonio, y donde la nulidad tiene también las características de la inexistencia. Considera nulo al matrimonio no celebrado por el oficial del registro civil –salvo en el caso de matrimonio religioso contraído en lugares donde no existe oficialía del regis-

tro civil— o por personas del mismo sexo (art. 78). La nulidad puede alegarla cualquier interesado, el Ministerio Público si tiene conocimiento de ella, y aun ser declarada de oficio por el juez (art. 79). La anulabilidad absoluta procede por violación de los impedimentos de edad, ligamen, consanguinidad, afinidad, adopción y crimen, y por grave violación de las formalidades (art. 80). La anulabilidad relativa por falta de voluntad, privación —aun transitoria— del pleno uso de las facultades mentales, interdicción, error y violencia, falta de asentimiento e impotencia (arts. 84 a 88).

En cambio, los nuevos códigos de familia latinoamericanos engloban en la nulidad algunos de los supuestos clásicos de inexistencia. El de Costa Rica incluye entre los casos en que “es legalmente imposible el matrimonio” —imposibilidad que se puede declarar de oficio—, junto a los impedimentos de ligamen, parentesco y crimen, al matrimonio celebrado “entre personas de un mismo sexo”(art. 14, inc. 6). En similar sentido, el Código Civil de Paraguay considera nulos —nulidad que se puede declarar a pedido del Ministerio Público o de cualquier interesado— a los matrimonios celebrados con los mencionados impedimentos, y, además, al “contraído entre personas del mismo sexo” (arts. 179, inc. *b*, y 180). El Código de Familia de Panamá enuncia entre los casos de nulidad absoluta, los impedimentos de parentesco, ligamen y crimen, el matrimonio celebrado “entre personas del mismo sexo” y el supuesto de “falta de intervención del funcionario autorizado” (arts. 74, inc. 1; 224, inc. 1, y 225). Y el de El Salvador considera casos de nulidad absoluta al matrimonio contraído ante funcionario no autorizado, aquel en que ha mediado falta de consentimiento, y el celebrado entre contrayentes del mismo sexo, a más de los impedimentos distintos de la minoría de edad (art. 90).

§ 151. *DOCTRINA NACIONAL.* — La mayor parte de los autores nacionales ha acogido la doctrina de la inexistencia del matrimonio. En efecto, la aceptaron Segovia, Llerena, Machado, Prayones, Rébora, Legón, Fassi, López del Carril, Borda, Molinario, Llambías, Lazcano, Lagomarsino, Zannoni, Cornejo, Cordeiro Álvarez, Goldschmidt, Bidart Campos y Mazzinghi. La rechazaron, en cambio, J. M. Guastavino, Lafaille, Díaz de Guijarro, Busso, Spota, León Feit y Buteler. En general, la teoría de la inexistencia es refutada partiendo de la base de negar la especialidad

del régimen de nulidades matrimoniales, lo que permite reconocer supuestos de nulidad no expresamente contemplados en la ley y, consecuentemente, considerar como matrimonios nulos de nulidad absoluta los que la tesis opuesta estima inexistentes.

La hesitación, que puede tener lugar frente a los textos franceses, no se justifica en relación con los de nuestro Código, que al incorporar en el art. 172 una regla similar a la del antiguo art. 14 de la ley de matrimonio civil, consagra sin lugar a dudas la discutida tesis. Dicho artículo establece: “*Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo*”; si tales requisitos son necesarios para la existencia, es claro que su ausencia determina la inexistencia, de modo que es innegable la recepción de la teoría respectiva por la ley argentina. Por lo demás, el párr. segundo indica: “*El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado buena fe...*”, con lo que también señala una de las diferencias esenciales con la anulación del matrimonio, que puede dejar subsistentes ciertos efectos de la unión, sea en razón de la buena fe de los contrayentes (arts. 221 y 222, Cód. Civil, textos según ley 23.515), sea en protección de terceros de buena fe (art. 226, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

Lo decisivo es, pues, la terminología legal, que en esta materia responde a una neta distinción conceptual: matrimonios anulables, que producen o pueden producir efectos jurídicos, y matrimonios inexistentes, que no pueden producirlos. No es que se trate de una mera interpretación literal del art. 172, sino de evitar —con los elementos que ofrece claramente la propia ley— confusiones innecesarias, así como el tener que recurrir sin motivo a circunloquios o explicaciones vanamente extensas; pues si se rechaza el breve, característico y categórico término “inexistencia”, habría que distinguir a cada paso entre nulidades sometidas al régimen del art. 172 y nulidades sujetas al régimen de las nulidades, esto es, a las normas del Cap. XIV, título “Del matrimonio” (arts. 219 y 220), lo que rozaría los límites de lo absurdo. Tampoco es una vía para eludir supuestas limitaciones derivadas del reconocimiento del principio de especialidad de las nulidades matrimoniales, ya que aun cuando se sustituyera la terminología y se considerasen nulos los actos contemplados en el art. 172 y anulables los matri-

monios a que aluden en los arts. 219 y 220, igualmente cabría precisar la especificidad del régimen respecto de los segundos.

En este sentido podría discutirse si la inexistencia del art. 172 es una categoría diferente de la nulidad absoluta y manifiesta de los actos jurídicos en general o no lo es, ya que los casos de nulidad previstos en la ley son de matrimonios anulables (ver § 154 a 157), y que la equiparación igualaría la doctrina legal argentina con la de su precedente, el Proyecto de Freitas, y con las soluciones de los nuevos códigos latinoamericanos. Pero la claridad terminológica y la concordancia con las normas legales aconsejan mantener la categoría de matrimonios inexistentes, sin que, en razón de la independencia del régimen de invalidez del matrimonio respecto del que corresponde a los actos jurídicos en general, sea menester establecer si la categoría se presenta también en estos últimos, ni si existen o no diferencias esenciales entre el acto jurídico matrimonio inexistente y el acto jurídico nulo de nulidad absoluta.

§ 152. *CASOS DE INEXISTENCIA.* – Del art. 172 resulta la necesidad de que se reúnan tres elementos para que haya matrimonio, es decir, que hay tres elementos esenciales o de existencia del matrimonio: su formación por un hombre y una mujer, el consentimiento de ambos, y su expresión ante la autoridad competente para la celebración de los matrimonios. Su ausencia determina, pues, los correlativos supuestos de inexistencia.

La fórmula adoptada por la ley 23.515 perfecciona la del antiguo art. 14 de la ley de matrimonio civil, al referirse concretamente a un hombre y una mujer en lugar de aludir simplemente a los contrayentes. Elimina así toda posible duda sobre si la diversidad de sexo es o no es un elemento esencial del matrimonio y rechaza la posibilidad de matrimonio homosexual.

En cambio, no es feliz la especificación de que el consentimiento debe ser “pleno y libre”, introducida en el texto durante la consideración particular en el Senado, a propuesta del senador De la Rúa. Si bien son las palabras utilizadas por el art. 1º, párr. primero, de la Convención de Nueva York de 1944, ratificada por ley 18.444, debió tenerse en cuenta que la Convención exige que el consentimiento sea pleno y libre para que pueda contraerse legalmente el matrimonio, y no para que éste exista; en otros térmi-

nos, son requisitos de validez y no de existencia del matrimonio. Incluidos los calificativos en el artículo referente a la inexistencia del matrimonio, resultan incoherentes, pues mientras que el matrimonio sin consentimiento es inexistente, si el consentimiento no es pleno —es decir, sujeto a condición, plazo o cargo— el acto es válido (art. 193 *in fine*, Cód. Civil, texto según ley 23.515), y si no es libre, es anulable por violencia (arts. 220, inc. 4 —texto según ley 23.515—, y 936, Cód. Civil).

Por lo tanto, tres son en nuestro derecho las condiciones esenciales del matrimonio —diversidad de sexos, consentimiento de los contrayentes y expresión de ese consentimiento ante el oficial público— y tres también los correlativos casos de inexistencia: igualdad de sexo, falta de consentimiento y falta de expresión de ese consentimiento ante el oficial público.

La identidad de sexo supone que el oficial público haya consentido la celebración del matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres, que uno de los contrayentes haya aparentado falsamente tener el otro sexo, o que se trate de una persona de órganos sexuales poco diferenciados y cuyo verdadero sexo aparezca después. Algunos autores citan un caso, acaecido en la provincia de Córdoba, de la celebración de un matrimonio entre dos hombres, con la complicidad del oficial público encargado del registro civil, juez de paz del lugar. El hecho dio lugar a una acción penal que concluyó con la condena de los tres partícipes por los delitos de falsedad ideológica de instrumento público y alteración de estado civil —este último por haber denunciado a un menor como hijo de la pareja— y ordenó la anulación de la inscripción del matrimonio, fallo que no fue publicado. No hubo pronunciamiento acerca de la existencia de éste, pero es evidente que se trataba de un supuesto de inexistencia en el cual se anuló el acta, pero no el matrimonio mismo.

No se han presentado, en cambio, en el país, casos de simulación de sexo diferente ni de determinación del sexo posterior al acto que redunde en su identidad con el del otro contrayente. Estas situaciones deberían derivar en la declaración de inexistencia y en la consiguiente anulación del acta de matrimonio.

A mayores dificultades pueden dar lugar los casos del llamado “hermafroditismo”. Aun cuando el hermafroditismo perfecto, es decir, la reunión morfológica y funcional de ambos sexos en un

mismo individuo sea un supuesto mitológico que no se ha presentado en la especie humana, la ciencia médica distingue entre el hermafroditismo bigonadal o verdadero —donde coexisten gónadas de los dos sexos (testículo y ovario), o bien existe un órgano llamado ovotestis, glándula única que contiene tejido testicular y ovárico a la vez— y el hermafroditismo monogonadal, en que los órganos internos están diferenciados, pero exteriormente aparecen reunidos atributos de los dos sexos. En este último caso no hay mayor problema, pues el sexo queda determinado por el sexo gonadal. En el hermafroditismo bigonadal, todo depende de la determinación del sexo predominante, que es un problema médico.

Un nuevo problema se presenta con motivo de las operaciones de cambio de sexo, mediante las cuales el individuo modifica irreversiblemente la apariencia externa de sus órganos sexuales para adoptar la del otro sexo, respondiendo a un sentimiento irreprimible de pertenecer a éste. Aunque la intervención quirúrgica no está autorizada en nuestro país, se la realiza en diversos países europeos y aun en americanos, inclusive vecinos al nuestro. El problema radica, pues, en decidir si modificado quirúrgicamente el sexo, el individuo puede casarse con otra persona de su sexo inicial o de su sexo modificado. La respuesta incide sobre la existencia del nuevo matrimonio, pues de no reconocerse la primera posibilidad, el así contraído sería inexistente por identidad de sexo.

Existen antecedentes extranjeros sobre el problema. La Corte Europea de Derechos Humanos descalificó una decisión de tribunales franceses que habían negado la rectificación del acta de nacimiento y el cambio de pronombres de un transexual por violación del respeto a la vida privada garantizado por el art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos, dando así lugar a los fallos de la Corte de Casación del 11 de diciembre de 1992 que admitieron esa rectificación y al consiguiente cambio de la jurisprudencia francesa. No ha habido aún, sin embargo, decisiones judiciales sobre la posibilidad de matrimonio posterior. En cambio, la Corte Europea rechazó el recurso contra una sentencia británica que había anulado el matrimonio entre un hombre y un transexual masculino porque consideró que el art. 12 de aquella Convención, que garantiza el derecho de casarse, sólo tiene en vista al matrimonio tradicional. En Suecia, Alemania, Holanda, Italia y Turquía se dictaron leyes sobre el derecho a la identidad

sexual las cuales, más allá de autorizar las intervenciones en ciertas condiciones, no se pronuncian sobre el eventual matrimonio. Sólo la ley turca dispone la disolución automática del matrimonio si uno de los cónyuges se somete al cambio de sexo.

La falta de consentimiento no presupone necesariamente que alguno de los contrayentes lo niegue en la ceremonia y se asiente falsamente su respuesta afirmativa. Sería ésta una situación de hecho de muy remota posibilidad, ya que no es normal que una persona concierte el casamiento y vaya a la oficina del registro civil para finalmente negarse a contraerlo, y menos aún que en esas condiciones el oficial público haga caso omiso de su negativa y lo dé por casado. Habrá también inexistencia del matrimonio por ausencia de consentimiento de una o de ambas partes cuando exista un acta de la cual resulte la prestación de un consentimiento que en realidad no tuvo lugar, como en los siguientes casos: *a)* Cuando existe sustitución de la persona de uno de los contrayentes o de ambos, es decir, cuando quienes comparecen ante el oficial público aparentan una identidad falsa, haciendo aparecer en el acta como casados a quienes en realidad no concurrieron a la ceremonia. *b)* Cuando el acta no refleja la verdad de lo ocurrido, sea porque con la complicidad del oficial público se haya labrado un instrumento enteramente falso, sin haber tenido lugar acto alguno, o sea porque no responda a la expresión de la voluntad de las partes, como en el caso en que a un hombre y una mujer que concurren al registro civil a otros fines –como, por ejemplo, para reconocer un hijo extramatrimonial– se les hiciese suscribir, intencionalmente o por error, un acta de matrimonio (caso de error sobre la naturaleza del acto). *c)* Cuando, en el matrimonio a distancia, el consentimiento del ausente ha sido dado para la unión con una persona distinta de la que asiste a la ceremonia definitiva, o si el consentimiento ha sido revocado o el ausente ha fallecido. *d)* Cuando se ha autorizado el matrimonio de un sordomudo sin que éste supiera dar a entender su voluntad por escrito o de otra manera inequívoca. Varios fallos judiciales han admitido la inexistencia por falta de consentimiento como categoría diferente de la nulidad, aunque ninguno juzgó que el supuesto se presentase en el caso¹.

¹ CNCiv, Sala E, 31/8/82, *LL*, 1983-A-113; íd., Sala G, 14/12/84, *JA*, 1985-III-357; CCivCom San Isidro, Sala I, 28/9/76, *LL*, 1977-C-436.

Por último, la falta de expresión del consentimiento ante el oficial público encargado por la ley de la celebración de los matrimonios tendría lugar si sólo se lo contrajese en forma religiosa, o se intentase hacerlo por escritura pública, ante testigos, o de cualquier otra manera que no sea la prevista en la ley. En nuestro país se ha presentado el caso de los llamados “matrimonios consulares”, celebrados por personas aquí domiciliadas ante cónsules extranjeros autorizados por las leyes de sus países a realizar tal celebración. En esas situaciones, se consideró que se trataba de matrimonios inexistentes por no haber sido otorgado el consentimiento ante el oficial público determinado por la ley del país, aunque no siempre se haya utilizado en forma explícita los vocablos “inexistencia” o “inexistente”².

En cambio, no es inexistente el matrimonio celebrado por un oficial de estado civil incompetente por razones territoriales, es decir, por no ser el correspondiente al domicilio de uno de los contrayentes (art. 186, Cód. Civil, texto según ley 23.515), ni tampoco el celebrado ante un funcionario usurpador que, sin ser el verdadero oficial del registro civil habilitado para la celebración de los matrimonios, ejerce públicamente las funciones de tal. En ese caso, si es que el acto se celebra en el local del registro civil y con apariencia de regularidad, los contrayentes no tienen medios de comprobar que se hallan ante el funcionario verdadero, ya que no podrían exigirle la presentación de sus documentos de identidad y del comprobante de su designación; por tanto, no cabría imponerles la privación de efectos del acto por causas a las cuales son totalmente ajenos.

Ciertos autores afirman que hay otros casos de inexistencia del matrimonio. Uno de ellos era, antes de la admisión del divorcio vincular, el celebrado *in fraudem legis* por quienes, tras haber contraído un primero en la Argentina y sin estar disuelto según las normas legales vigentes en el país, celebraban un segundo después de la disolución del primero por divorcio vincular decretado por tribunal incompetente en la esfera internacional. Por ese criterio se inclinaban, entre otros, Molinario, Borda, Lazcano, Bidart

² CCiv¹, 9/8/48, LL, 52-470, matrimonio celebrado ante el cónsul del Ecuador; CNCiv, Sala F, 3/12/64, LL, 118-420, ante el cónsul de Costa Rica; CNCrim Corr, Sala I, 20/9/68, LL, 135-1133.

Campos, Goldschmidt y Llambías. En mi opinión no se trataba de matrimonios inexistentes –pues no les faltaba ninguna de las condiciones esenciales– sino carentes de eficacia extraterritorial con relación a la Argentina; posición, ésta, que fue recogida por la Corte Suprema a partir del caso “Rosas de Egea”³, y luego por un fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital⁴.

También estima Molinario que es inexistente –o, más precisamente, afectado de cuasiinexistencia temporal, es decir, una situación en que temporariamente se producirían las mismas consecuencias que las de la inexistencia– en los casos en que una persona contrae un segundo matrimonio a pesar de no estar disuelto el anterior, y hasta tanto se dicte la sentencia que anule el primero. La privación de efectos jurídicos derivaría, en este caso, de que al no admitir nuestro ordenamiento jurídico poligamia simultánea ni sucesiva, la presunción de legalidad que tiene todo matrimonio, mientras no se lo anule o se compruebe su inexistencia, haría que si una persona aparece celebrando dos matrimonios sucesivos goce de esa presunción el primero, y no el segundo. Sería absurdo reconocer eficacia jurídica a ambos simultáneamente, y la cuasiinexistencia sería temporal, hasta que se pronunciase la nulidad o se declarase la inexistencia del primer matrimonio, y perpetua si ello no sucediere.

La opinión tiene algún apoyo jurisprudencial: primero, en un fallo de la Cámara Civil y Comercial de Corrientes que decidió que presentadas en un juicio sucesorio dos partidas de matrimonio sucesivas del causante, de la segunda no derivaba derecho sucesorio reconocible en ese trámite, sin perjuicio de que por la vía y acción correspondiente se resolviese lo contrario, con todas las garantías del debido proceso⁵; luego, en fallos de la Corte Suprema⁶ y del Superior Tribunal de Córdoba⁷ que extendieron al segundo matrimonio celebrado en el país la doctrina del desconocimiento

³ CSJN, 12/5/69, *Fallos*, 273:363; *LL*, 135-624; *JA*, 3-1969-494, y *ED*, 27-429; en el mismo sentido, “Rodríguez de Dinápoli”, 11/9/84, *Fallos*, 306:1312, y *LL*, 1984-D-467.

⁴ CNCiv, en pleno, 8/11/73, *LL*, 154-208; *JA*, 22-1974-289, y *ED*, 54-136.

⁵ CCivCom Corrientes, 12/7/60, *JA*, 1961-VI-231.

⁶ CSJN, 8/5/70, *LL*, 139-678, y *ED*, 33-63.

⁷ ST Córdoba, 30/6/70, *LL*, 142-302; *JA*, 9-1971-717, y *ED*, 30-545.

de efectos extraterritoriales del segundo matrimonio contraído en el extranjero. Cabe señalar, sin embargo, que a partir del caso “Rodríguez de Dinápoli”, la Corte Suprema precisó que el desconocimiento de efectos del segundo matrimonio debe limitarse al caso de disolución por divorcio en el extranjero de matrimonio contraído en la Argentina y segundas nupcias en el país de disolución o en un tercero⁸, así como también que, en el ámbito de los tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, no puede invocarse la doctrina del desconocimiento de efectos en el país del matrimonio celebrado en el extranjero para negar el derecho de demandar su anulación, la cual compete a los jueces argentinos del domicilio conyugal, los que deben aplicar el derecho del lugar de celebración⁹. Asimismo, resolvió que ese desconocimiento de efectos no puede tener lugar sin haber oído a la parte interesada ni haberle permitido producir pruebas, obviándose el proceso de conocimiento que el contrayente de ese matrimonio puede promover para defender los derechos de los que se considere titular¹⁰.

Por mi parte, entiendo que la mencionada doctrina es inadmisibles, por contraponerse a principios básicos del derecho de familia en general, y del régimen de nulidades matrimoniales en particular, a más de dar lugar a resultados absurdos. En primer lugar, la partida de matrimonio es el título de estado matrimonial, que produce sus efectos jurídicos propios *erga omnes*, mientras no sea privada de eficacia por sentencia que declare la inexistencia del matrimonio que ella comprueba, o anule ese matrimonio. Tal título de estado habilita para ejercer todos los derechos derivados de él sin otra obligación que la de exhibirlo, y quien lo invoca puede oponer contra todos el estado de familia que resulta de él. Por tanto, la presentación de dos títulos de estado matrimonial correspondientes a diferentes personas con relación a una misma no puede resolverse simplemente atribuyendo valor sólo al anterior en fecha; uno y otro valen frente a terceros por igual, de manera que debe reconocerse estado matrimonial a las dos personas que lo invocan. Ello constituye la admisión provisional de los efectos

⁸ CSJN, 11/9/84, *Fallos*, 306:312, y *LL*, 1984-D-467.

⁹ CSJN, “Romero López c/D’Auria”, 10/10/00, *Fallos*, 323:2898.

¹⁰ CSJN, “Durante”, 21/6/00, *Fallos*, 323:1669.

de la buena fe con relación al cónyuge del segundo matrimonio, que quedará sin efecto si éste es anulado y es considerado de mala fe, pero que se torna definitiva si se lo considera de buena fe, o si la acción de nulidad no es ejercida y se produce su caducidad definitiva.

Desde otro punto de vista, en el régimen de la ley de matrimonio argentina no hay nulidades manifiestas, y el matrimonio produce todos sus efectos mientras no sea anulado por sentencia judicial; limitado como está el ejercicio de la acción de nulidad, por más que se trate de supuestos de nulidad absoluta como es el de bigamia, el sistema legal no se opone al reconocimiento simultáneo de efectos de dos matrimonios sucesivos contraídos por la misma persona, sea por buena fe del segundo cónyuge, sea por no ejercicio o caducidad de la acción de nulidad. En cambio, la cuasiinexistencia temporal conduce a resultados absurdos, pues no puede concebirse un matrimonio privado de consecuencias jurídicas que de pronto las adquiera, no sólo por la anulación del anterior, sino inclusive por su propia anulación, si media buena fe de quien lo contrajo; el contrasentido es manifiesto.

§ 153. *CONSECUENCIAS DE LA INEXISTENCIA.* – Las consecuencias de la inexistencia no son las mismas que las de la anulación del matrimonio. La primera diferencia surge del texto expreso del art. 172 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), que dispone que el matrimonio inexistente no produce efectos civiles aun cuando las partes tuviesen buena fe. No se producen, pues, las consecuencias del matrimonio putativo (arts. 221 y 222, Cód. Civil, textos según ley 23.515), ni el matrimonio produce efectos respecto de terceros de buena fe (art. 226, Cód. Civil, texto según ley 23.515), ni se emancipa el menor pretendidamente casado (art. 132, Cód. Civil).

En segundo lugar, la nulidad requiere una sentencia judicial que la declare y prive de efectos al título de estado de familia configurado por el acta de matrimonio. La inexistencia ni siquiera requiere declaración judicial. Si se la plantea judicialmente, el juez se limita a comprobarla para negar efectos al pretendido matrimonio o para anular el acta, si ésta se ha labrado.

El ejercicio de una acción basada en la inexistencia sólo es necesario cuando del matrimonio inexistente hay un acta de cele-

bración, acta que debe ser anulada. La legitimación activa para ejercer tal acción no está —como en la nulidad— limitada a determinadas personas; puede actuar cualquier interesado, y su acción es perpetua, no sujeta a prescripción ni caducidad, pues no puede concebirse que el transcurso del tiempo dé existencia legal a un acto que no la tiene. Igualmente, puede ser declarada de oficio por el juez. El matrimonio inexistente tampoco es confirmable, mas no es éste un carácter que lo separe netamente de la nulidad, pues tampoco lo es el afectado de nulidad absoluta.

Finalmente, la inexistencia puede ser opuesta como excepción a toda acción que tenga por fundamento la existencia del matrimonio, como las de nulidad del matrimonio, separación personal, divorcio, separación de bienes, alimentos entre cónyuges, petición de herencia basada en el estado conyugal, o cualquier otra.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Allende, Guillermo L., *Matrimonio: impedimentos, nulidades e inexistencia*, LL, 1975-B-1061.
- Belluscio, Augusto C., *La apreciación de todo lo referente a la eficacia e ineficacia del matrimonio es función exclusivamente judicial*, LL, 1975-B-574.
- Bidart Campos, Germán J., *Algo más acerca de las categorías de inexistencia y nulidad matrimoniales*, ED, 33-763.
- *El matrimonio inexistente*, JA, 1958-III-520.
- *La pensión al cónyuge de un matrimonio nulo en caso de bigamia*, LL, 116-63.
- Buteler, José A., *Nulidad e inexistencia*, LL, 104-885.
- Cordeiro Álvarez, Ernesto, *El acto jurídico inexistente*, Córdoba, 1942.
- Cornejo, Raúl J., *Un aspecto de la teoría del matrimonio putativo*, Bs. As., 1945.
- Fassi, Santiago C., *De la inexistencia y de la nulidad del matrimonio*, "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", vol. XIII, 1942, p. 27, y *Estudios de derecho de familia*, La Plata, 1962, p. 57.
- Goldschmidt, Werner, *El matrimonio consular*, LL, 97-825.
- *Matrimonio boliviano celebrado por poder y no inscripto en el Registro del Estado Civil*, LL, 1980-C-525.
- *Repercusiones del matrimonio internacional fraudulento sobre el primer matrimonio argentino*, LL, 93-343.
- Hauser, Jean - Lemouland, Jean-Jacques, *Mariage*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", Répertoire de droit civil, 2^a ed., Paris, Dalloz, 1990.

- Lagomarsino, Carlos A. R., *Matrimonio*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIX, p. 146.
- *Los supuestos de inexistencia en el derecho civil argentino*, LL, 118-420.
- Lazcano, Carlos A., *Inexistencia del matrimonio contraído en el extranjero en violación del derecho argentino*, LL, 67-822.
- *Inexistencia de matrimonio en el orden internacional*, LL, 97-680.
- Legón, Fernando, *Plazos para peticionar la nulidad del matrimonio*, JA, 57-740.
- León Feit, Pedro, *Notas sobre inexistencia y nulidad del matrimonio*, "Cuadernos de los Institutos", Córdoba, 1957, p. 41.
- López del Carril, Julio J., *Inscripción de partidas extranjeras en el Registro Civil*, JA, 1961-II-600.
- *Nulidad de matrimonio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1958.
- Medina, Graciela, *Transexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre*, LL, 2000-A-1024.
- Molinario, Alberto D., *Algunas reflexiones acerca de la cuasi inexistencia temporal: de la unidad jurisdiccional en cuestiones familiares y del régimen de la buena fe en materia de nulidad matrimonial*, JA, 10-1971-86.
- *De la cuasi inexistencia matrimonial*, JA, 1969-III-494.
- *De los nuevos supuestos de inexistencia matrimonial*, LL, 108-1059.
- *De un supuesto de inexistencia matrimonial*, JA, 1960-II-77.
- Romero del Prado, Víctor N., *Invalidez de los matrimonios celebrados en la Argentina por extranjeros ante los cónsules de sus países de origen*, JA, 1948-IV-137.
- Wacke, Andreas, *Del hermafroditismo a la transexualidad*, "Anuario de Derecho Civil", t. 43, fascículo 3, jul.-sep. 1990, p. 677.
- Wagmaister, Adriana M. - Mourelle de Tamborenea, Cristina, *Derecho a la identidad del transexual*, JA, 1999-IV-960.
- Yungano, Arturo R., *Cambio de sexo*, LL, 1975-A-479.

CAPÍTULO XV

CAUSAS DE NULIDAD MATRIMONIAL Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN

§ 154. *CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS.* – Antes de establecer el criterio de clasificación de los casos de nulidad del matrimonio, resulta conveniente recordar cuál es el adoptado por el Código Civil para clasificar las nulidades de los actos jurídicos en general.

La doctrina francesa mayoritaria sólo puso atención en la distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, identificando los actos nulos con los afectados de nulidad absoluta y los actos anulables con los afectados de nulidad relativa.⁴ No es que desconociese la distinción, con raíces en el propio derecho romano, entre los actos nulos (o nulidades de pleno derecho) y los actos anulables (o nulidades dependientes de juzgamiento), pero negó toda utilidad práctica a la distinción y por eso la dejó de lado. Cabe señalar, sin embargo, que, en el siglo xx, Bonnecase recogió el doble criterio clasificativo y puso de relieve las diferencias.

En cambio, el Proyecto de Freitas –fuente fundamental del Código argentino en esta materia– distinguió perfectamente, por un lado los actos jurídicos nulos o de nulidad manifiesta de los anulables o de nulidad dependiente de juzgamiento, y por otro los afectados de nulidad absoluta de los viciados de nulidad relativa. Esta doble clasificación recibió consagración legal en los arts. 1038 y 1041 a 1048 del Cód. Civil, de manera que su vigencia en el derecho argentino no puede ser desconocida sin negar lo que la ley prevé expresamente, aun cuando la distinción ha quedado

bastante desdibujada, puesto que la reforma introducida en el art. 1051 del Cód. Civil equipara a los actos nulos con los anulables a los efectos de la validez de las transmisiones de derechos sobre inmuebles por quien es propietario en virtud del acto anulado.

Según la explicación de Llambías –que es la más clara de la doctrina nacional sobre este punto–, la primera de las distinciones depende de que el defecto del acto sea rígido o elástico. Cuando el defecto es rígido, determinado, insusceptible de estimación cuantitativa, cuando existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie y no es necesaria una investigación de hecho para ponerlo de relieve, la nulidad es manifiesta y el acto es nulo; así ocurre, por ejemplo, cuando falta en el acto la forma exigida por la ley *ad solemnitatem*, caso en el cual la nulidad resulta del acto mismo, o cuando si bien es necesaria una prueba extrínseca, ella es insusceptible de apreciación, como en los supuestos de incapacidad de hecho, en que resulta de la partida de nacimiento del otorgante que acredita su edad, o de la sentencia judicial de interdicción.

En cambio, cuando el defecto es elástico, indefinido, susceptible de más o de menos, variable en los actos de la misma especie, ligado a las circunstancias concretas que condicionaron la realización del acto, cuando es necesaria una investigación de hecho para ponerlo de manifiesto, la nulidad es no manifiesta o dependiente de juzgamiento y el acto es anulable; tal es el supuesto, por ejemplo, de los vicios del consentimiento. La consecuencia práctica de esta distinción radica en que el acto nulo lo es desde el momento mismo de su otorgamiento, en tanto que el anulable es provisionalmente válido, y sólo es tenido por nulo desde que pasó en autoridad de cosa juzgada la sentencia que lo anuló (art. 1046, Cód. Civil); diferencia, ésta, que –como ya se ha señalado– es de dudosa importancia desde que la ley 17.711 modificó el art. 1051 del Cód. Civil.

La segunda clasificación –que implica un número mucho mayor de consecuencias prácticas– no responde a la índole de la causa de la invalidez sino a la intensidad de la sanción legal, que depende de que el acto afecte el interés colectivo, caso en el cual la nulidad es absoluta, o sólo el interés privado, supuesto en el cual la nulidad es relativa. De ahí que la nulidad absoluta no sea subsanable, mientras que la relativa sí, a voluntad de su beneficiario, que puede pedir su declaración o abstenerse de hacerlo.

De dicha distinción básica derivan las siguientes consecuencias prácticas:

a) La nulidad absoluta debe ser declarada de oficio por el juez cuando aparece manifiesta en el acto (art. 1047, parte primera, Cód. Civil); la relativa no puede serlo en ningún caso (art. 1048).

b) La nulidad absoluta puede ser pedida por el Ministerio Fiscal, en el solo interés de la moral o de la ley (art. 1047, parte tercera, Cód. Civil); la relativa, no (art. 1048).

c) La nulidad absoluta puede ser alegada por todo el que tenga interés en su declaración, excepto el que ejecutó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1047, parte segunda, Cód. Civil); la relativa, sólo por aquellos en cuyo beneficio ha sido establecida por la ley (art. 1048).

d) Los actos afectados de nulidad absoluta no son susceptibles de confirmación (art. 1047, parte cuarta, Cód. Civil); los viciados de nulidad relativa, sí (art. 1058).

e) La acción de nulidad absoluta es irrenunciable; la de nulidad relativa es renunciable (arts. 18 y 872, Cód. Civil).

f) La acción de nulidad absoluta es imprescriptible; la de nulidad relativa está sujeta a la prescripción ordinaria decenal (art. 4023, párr. segundo, Cód. Civil), salvo que existan normas que impongan la prescripción abreviada (casos de los arts. 4030 y 4031, Cód. Civil).

§ 155. *CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES MATRIMONIALES.* – Puesto que los arts. 84 y 85 de la ley de matrimonio civil distinguían entre matrimonios absolutamente nulos y matrimonios anulables –apartándose, así, de la terminología del Código– se planteaba la duda sobre cuál era el verdadero criterio distintivo adoptado. Se consideró generalmente que, como las expresiones usadas por la ley de matrimonio eran las de la doctrina francesa, pues equiparaba acto nulo con nulidad absoluta y le contraponía el anulable, debía volverse al criterio clasificativo imperante en dicha doctrina, equivalente a nuestra distinción entre nulidad absoluta y relativa, rectificando los encabezamientos de los artículos en cuestión.

La ley 23.515 ha aplicado ese criterio, ya que los arts. 219 y 220 se refieren ahora claramente a la nulidad absoluta y la nuli-

dad relativa de los matrimonios, respectivamente. La solución es la correcta, ya que en los casos del art. 219 (parentesco, ligamen y crimen) está en juego el interés público, y no el privado de los contrayentes, mientras que en los del art. 220 (falta de edad, privación de la razón, impotencia y vicios del consentimiento) la ley tiene en mira un interés particular.

Sin embargo –y aquí se confirma que la nulidad del matrimonio está sujeta a principios propios y que es verdadera la teoría de la especialidad–, la nulidad absoluta y la relativa del matrimonio no coinciden totalmente en sus efectos con la nulidad absoluta y la relativa de los actos jurídicos en general. Pueden establecerse las siguientes diferencias:

a) En los actos jurídicos en general, la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el juez si aparece manifiesta en el acto (art. 1047, párr. primero, Cód. Civil). La nulidad absoluta del matrimonio no puede ser declarada de oficio por el juez, ya que nunca aparece manifiesta en el acto, sino que requiere alguna prueba extrínseca: la partida de matrimonio anterior en el caso de ligamen, las partidas que justifiquen el parentesco, o la prueba del crimen. Así resulta claramente de los arts. 219, parte segunda, y 239, párr. último, del Cód. Civil (texto según ley 23.515).

b) La nulidad de los actos jurídicos en general puede ser intentada por vía de acción u opuesta como excepción (art. 1058 *bis*, Cód. Civil); la nulidad del matrimonio sólo puede ser declarada en virtud de acción intentada por los legitimados para hacerlo, pues si se admitiese su oposición como excepción se desvirtuaría el sistema de la ley que establece limitaciones precisas a esa legitimación.

c) En los actos jurídicos en general, el Ministerio Público sólo puede pedir la declaración de la nulidad absoluta, ya que dicho Ministerio actuaría en el solo interés de la moral o de la ley (arts. 1047, parte tercera, y 1048, Cód. Civil). En el matrimonio, el Ministerio también puede pedir la nulidad relativa por privación de la razón (arts. 220, inc. 2, parte segunda, y 177, inc. 5, Cód. Civil, textos según ley 23.515).

d) La nulidad absoluta de los actos jurídicos puede ser alegada por todo el que tenga interés en su declaración, excepto el que ejecutó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida-

ba (art. 1047, parte segunda, Cód. Civil). La nulidad absoluta del matrimonio sólo puede ser demandada por personas determinadas, y no por otras, por más interés que tengan (art. 219, parte segunda, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

e) La acción de nulidad relativa de los actos jurídicos es renunciable, y su renuncia la extingue. La acción de nulidad de matrimonio es renunciable, pero la renuncia de uno de los interesados no extingue la acción ni impide su ejercicio en caso de haber otros legitimados que no la hayan renunciado.

f) La acción de nulidad relativa de los actos jurídicos es prescriptible; la de nulidad relativa del matrimonio es imprescriptible.

g) Los actos afectados de nulidad relativa pueden indudablemente ser confirmados en forma expresa; se discute si esa posibilidad existe con respecto al matrimonio (ver § 157).

Queda por resolver el problema de si también es posible aplicar al matrimonio la clasificación de las normas generales entre nulidad y anulabilidad, con el criterio expuesto en el párrafo anterior.

Si se examina dicho criterio, se llega fácilmente a la conclusión de que no es posible aplicarlo sin más a la nulidad matrimonial. En efecto, hay casos en que, utilizando las pautas correspondientes a los actos jurídicos en general, la nulidad resultaría manifiesta: tal el del matrimonio celebrado entre parientes en grado prohibido, en el cual el vicio resulta de la sola presentación de las respectivas partidas.

Sin embargo, el párr. último del art. 239 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) establece explícitamente que ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule, solución que coincide exactamente con la que da el art. 1046 para los actos anulables. Fuera de ello, puede producir los efectos del matrimonio válido hasta la sentencia que lo anula si ha habido buena fe de los contrayentes (art. 221, Cód. Civil, texto según ley 23.515) y ocasionarlos respecto de los terceros que de buena fe hubieran contratado con los supuestos cónyuges (art. 226). Por tanto, se da la validez provisional del acto anulable hasta la sentencia que lo anule, característica esencial de la anulabilidad.

De tal modo, la distinción entre la nulidad manifiesta y la no manifiesta es irrelevante en materia matrimonial. En razón de que

la validez provisional se da siempre, el matrimonio viciado es anulable, y no nulo.

Ese criterio era también el del Proyecto de Freitas, que sólo consideraba nulo el matrimonio en los supuestos correspondientes a lo que para nuestra ley es inexistencia, en tanto que en los demás casos la nulidad –absoluta o relativa– siempre era dependiente de juzgamiento, “y el matrimonio no podrá ser argüido de nulo, sin que haya precedido sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que lo haya anulado” (Proyecto, art. 1432). Igual solución trae el art. 1632 del Código portugués, que dispone que “la anulabilidad del casamiento no es invocable para ningún efecto, judicial o extrajudicial, en tanto no sea reconocida por sentencia en acción, especialmente intentada para ese fin”.

§ 156. *CAUSAS DE NULIDAD ABSOLUTA.* – Las causas de nulidad absoluta son los impedimentos de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, de ligamen y de crimen (art. 219, Cód. Civil, que remite al art. 166, incs. 1, 2, 3, 4, 6 y 7, textos según ley 23.515). Según la parte segunda del primero de los mencionados artículos, “*la nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges y por los que hubieren podido oponerse a la celebración del matrimonio*”, esto es, por el cónyuge anterior de uno de los contrayentes, por los ascendientes, descendientes y hermanos de cualquiera de ellos, por sus tutores y curadores, y por el Ministerio Público (art. 177, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

Hasta la sanción de la ley 23.515, la doctrina y la jurisprudencia se dividieron en cuanto a la posibilidad de que el juez anulase de oficio el matrimonio viciado de nulidad absoluta. Por la afirmativa se pronunciaron Machado, Lafaille, Borda, Spota, León, Arias, Pavón y Bidart Campos, sobre la base de la aplicación del art. 1047 del Cód. Civil, en los casos en que consideraban a la nulidad absoluta y manifiesta.

Por la negativa lo hicieron Segovia, Busso, Fassi, Molinario, Díaz de Guijarro y Zannoni, basados en la inaplicabilidad del art. 1047 a la nulidad del matrimonio, en su incompatibilidad con el régimen del antiguo art. 84 de la ley de matrimonio civil –que, como el actual art. 219, limitaba el ejercicio de la acción de nulidad–, y en el carácter no manifiesto de las nulidades matrimoniales.

La cuestión queda zanjada con el nuevo texto del art. 239, párr. último, que establece expresamente que la anulación debe ser el resultado de un proceso promovido por parte legitimada para hacerlo, con lo que se excluye la anulación de oficio.

§ 157. *CAUSAS DE NULIDAD RELATIVA.* – La nulidad relativa del matrimonio tiene lugar, conforme al art. 220 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), cuando se contrae con alguno de los restantes impedimentos dirimentes –falta de edad legal y privación de la razón–, con el consentimiento viciado, o mediando impotencia de uno de los cónyuges o de ambos.

a) *FALTA DE EDAD LEGAL.* Según el art. 220, inc. 1, es causa de nulidad relativa el impedimento del art. 166, inc. 5, es decir, el de falta de edad legal de alguno de los contrayentes.

En este caso, la nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio (art. 220, inc. 1, parte segunda), que son su padre o su madre que estuviesen en el ejercicio de la patria potestad y, por tanto, de la representación del menor en el momento del matrimonio, su tutor, y el defensor de menores, que desempeña su representación promiscua. La acción es negativa, pues, al contrayente no afectado por el impedimento.

Conforme a la parte última del art. 220, inc. 1, “*no podrá demandarse la nulidad después que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, cuando la esposa hubiere concebido*”.

En el régimen de la ley de matrimonio civil no podía demandarse la nulidad después de que el cónyuge o los cónyuges incapaces alcanzasen la edad legal ni, cualquiera que hubiera sido la edad, cuando la esposa hubiese concebido (art. 85, inc. 1, párr. segundo). En el del art. 14 de la ley 14.394, el matrimonio no podía anularse si los cónyuges hubiesen cohabitado después de llegar a la edad legal ni, cualquiera que hubiera sido la edad, si la esposa hubiese concebido.

La norma vigente modifica sin causa aparente la regla de la ley 14.394, que impedía el dictado de la sentencia en virtud de los hechos contemplados, aunque ellos ocurrieran durante la sustancia-

ción del proceso; bastaba, pues, la cohabitación posterior a la edad legal o la concepción de la mujer, para que el matrimonio no pudiera ser anulado. Con la disposición actual, en cambio, los mencionados hechos impiden la deducción de la demanda u, oportunamente alegados, obstan a su progreso; pero de la nueva redacción resulta inequívocamente que para ello deben haber ocurrido antes de la demanda. La cohabitación o concepción posteriores no inciden, lo que no parece lógico, pues no por acaecer entonces tienen distinto valor a los fines de la confirmación del matrimonio.

b) **PRIVACIÓN DE RAZÓN.** El art. 220, inc. 2, determina que es causal de nulidad relativa el impedimento del art. 166, inc. 8, la privación permanente o transitoria de la razón.

Establece en este caso el inciso que *“la nulidad podrá ser demandada por los que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio [es decir, los ascendientes, descendientes y hermanos de uno de los cónyuges, el curador del demente y el Ministerio Público]. El mismo incapaz podrá demandar la nulidad cuando recobrase la razón si no continuare la cohabitación, y el otro cónyuge si hubiere ignorado la carencia de razón al tiempo de la celebración del matrimonio y no hubiere hecho vida marital después de conocida la incapacidad”*.

Estas reglas son sustancialmente similares a las que el art. 85, inc. 2, párr. segundo, de la ley de matrimonio civil establecía para el impedimento de locura que legislaba. Pero en su reiteración no se ha tomado en cuenta la modificación de dicho impedimento, que no comprende ahora sólo la demencia sino también la privación transitoria de la razón, que puede tener lugar por circunstancias accidentales como la intoxicación alcohólica, por drogas, el sonambulismo o la hipnosis, por ejemplo. Si en el caso de locura no se justificaba que la acción se concediera a los parientes del contrayente sano, menos razonable aún es en el nuevo supuesto de privación transitoria de la razón: no se aprecia por qué puede demandar la anulación del matrimonio el pariente de quien se casa con un ebrio.

Tampoco tiene sentido la alusión al “incapaz”, pues evidentemente no lo es el privado accidentalmente de razón. Ni, finalmente, parece razonable en tal caso conceder la acción al que no sufre esa privación temporaria: si bien debe protegerse a quien, sin sa-

berlo, se casa con un loco, porque ha incurrido en un error trascendente, no hay por qué hacerlo con quien contrae nupcias con un ebrio o drogado, pues lo único protegible por la ley es, en tal caso, el libre consentimiento de quien está afectado por el impedimento.

Quien demanda la anulación del matrimonio debe demostrar la existencia del impedimento. El contrayente no afectado por éste que demanda la anulación debe probar, además, que ignoraba la privación de razón del otro en el momento de contraer el matrimonio, ya que se trata de un requisito positivo para demandar la nulidad, o un presupuesto de hecho para la aplicación de la norma. En cambio, la continuación de la cohabitación después de conocer el verdadero estado mental del cónyuge es una confirmación tácita que hace caducar la acción de nulidad, de manera que no es el actor quien debe probar que esa cohabitación no continuó, sino el demandado que opone la defensa de confirmación o caducidad quien ha de acreditar la continuación. En cuanto a la acción deducida por el que recupera la razón, no es necesario que pruebe que no continuó la cohabitación tras ese hecho; también en este caso la continuación de la cohabitación es un supuesto de caducidad oponible como defensa, por lo que su prueba incumbe al que se opone a la anulación.

Según los textos antes citados, la caducidad de la acción se produce, para el privado de razón, por continuar la vida marital después de recobrarla; para el otro, por continuar la vida marital después de conocer el estado mental del primero. Se ha objetado la solución legal por configurar una confirmación instantánea del matrimonio, en lugar de fijar un plazo razonable para la interrupción de la cohabitación después de la curación o del conocimiento del impedimento. Sin embargo, si la disposición no se interpreta rígida y literalmente sino con un criterio de apreciación razonable, no puede dar lugar a inconvenientes. Ni la desaparición ni el conocimiento de impedimento son hechos que tienen lugar en un instante preciso y determinado; más bien son el resultado de un proceso que va avanzando por etapas. Lo que la ley exige es que no se continúe la vida marital una vez que el privado de razón se recupera y advierte que está unido con quien no habría querido casarse si hubiese estado lúcido, o después de que el otro contrayente llega al convencimiento de la enfermedad que afecta a su consorte.

Si en esas circunstancias se continúa la convivencia conyugal, es obvio que se acepta el matrimonio pese a la falta de voluntad o al error sufrido, se lo confirma tácitamente y la acción no puede ser ejercida. Por lo tanto, resultaría inútil fijar plazos rígidos que deberían computarse a partir de un momento que no puede ser determinado con precisión; pero no está afectada la facultad judicial de apreciar si la vida marital se interrumpió más o menos inmediatamente después de formado el concepto de la realidad de las cosas, sin que –por supuesto– el transcurso de un lapso prudencial para tomar una determinación de tanta seriedad como es la separación pueda afectar el ejercicio de la acción de nulidad.

Respecto del significado de la expresión “vida marital”, es la convivencia en un mismo hogar como marido y mujer, y no el mantenimiento de relaciones sexuales; la abstención de éstas es indiferente si los esposos viven y actúan públicamente como tales, lo mismo que sería intrascendente la unión sexual sin convivencia.

En cuanto a la situación de los terceros frente a los hechos que pueden dar lugar a la caducidad de la acción, entiendo que deben hacerse ciertas distinciones. Para el curador del insano, la acción se extingue por la recuperación de la salud mental de su curado, pues en tal situación no tendría razón de ser su intervención ni aun cuando no se hubiera levantado la interdicción, porque entonces lo que corresponde es que se decrete la rehabilitación y actúe el propio interesado; en cambio, es para él indiferente la confirmación por el otro cónyuge, ya que su deber es defender al insano sometido a su curatela. Para los parientes del afectado, lo decisivo es la confirmación por éste; puesto que se supone que actúan en defensa de su interés, la continuación de la vida marital después de desaparecer el impedimento excluye terminantemente su acción, aun cuando también podría estimarse que no deberían actuar si se ha recuperado, pero no ha confirmado el matrimonio, ya que entonces no hay obstáculo para que demande el interesado directo. Para los parientes del no afectado, la caducidad se produciría como consecuencia de la confirmación por éste. En cuanto al Ministerio Público, como el interés que determina su intervención es el del insano, se hallaría en la misma situación que el curador.

c) *IMPOTENCIA*. El art. 220, inc. 3, establece una causal de nulidad relativa propia del matrimonio, la impotencia de uno de los

contrayentes. Nuestra ley civil se ha apartado –en esta materia– de la solución del derecho canónico, donde la impotencia es impedimento dirimente. La legisla como causal de nulidad relativa alegable por el otro contrayente, y no como impedimento. Entiendo que la solución es acertada, pues elimina la intervención de extraños en un problema relativo a la vida íntima de los esposos y permite considerar válidos a matrimonios en los cuales no sea posible la unión sexual, pero que pueden haber sido celebrados por motivos plausibles: tales son, por ejemplo, las uniones entre ancianos por razones de compañerismo, o de concubinos que desean regularizar su situación a pesar de haber perdido la potencia sexual por motivos de salud. Por otra parte, la impotencia de uno de los esposos es una cuestión que sólo interesa al otro.

Resulta perfectamente claro que la impotencia a que la ley se refiere es la imposibilidad de realizar el acto sexual (*impotentia cœundi*), y no la imposibilidad de generar (*impotentia generandi*), que es esterilidad, y no impotencia.

El art. 85, inc. 4, de la ley de matrimonio civil –antecedente de esta norma– establecía tres requisitos con relación a la impotencia: debía ser absoluta, manifiesta y anterior a la celebración del matrimonio. La interpretación de esos requisitos varió en el tiempo: mientras que por impotencia absoluta se entendía originariamente la imposibilidad de mantener relaciones sexuales con cualquier persona del otro sexo, por oposición a la relativa, que supondría esa imposibilidad con persona determinada, a partir de un fallo de la Cámara Civil 2ª que señaló la irrelevancia de la posibilidad de relaciones sexuales con un tercero, se entendió que la impotencia absoluta era la imposibilidad total, categórica, cierta e inequívoca de unión sexual con el otro cónyuge¹. Por manifiesta se consideró primero la apreciable a simple vista, por carencia de órganos sexuales o defecto manifiesto de éstos, para luego aceptarse la fehacientemente comprobada mediante prueba seria de la imposibilidad de trato sexual entre los esposos, ordinariamente por medio del informe de peritos médicos. En cuanto a la calidad de anterior al matrimonio, se juzgó que bastaba con que se pusiera de manifiesto en ocasión de éste, es decir, que quedaba excluida la aparecida posteriormente.

¹ CCiv2ªCap, 2/10/15, “Revista Jurídica y de Ciencias Sociales”, 1915-565.

El texto vigente suprime esa enunciación de requisitos, pre- viendo ahora la *“impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos”* (art. 220, inc. 3, parte primera). Contempla así también la posibilidad de que la impotencia sea común y no atribuible exclusivamente a uno de los contrayentes.

No existen ya dudas acerca de que no es necesario que la im- potencia responda a causas orgánicas (*“impotencia física”*). Tam- bién se admite la llamada *“impotencia psíquica”*, es decir, la que no deriva de causas de esa índole. Pero Nerio Rojas ha criticado por imprecisa tal denominación, señalando que deben distinguirse –fuera de la impotencia orgánica– la impotencia fisiopática, de causas mixtas, en parte funcionales y en parte orgánicas, pero nunca explicable por causas puramente psíquicas, y la pseudoim- potencia, que sí es de origen puramente psíquico.

Está uniformemente admitido que la impotencia no sólo pue- de afectar al hombre, sino también a la mujer. Respecto de ella, puede ser física, orgánica u obstructiva, por defectos de conforma- ción de los órganos genitales, y también neurótica y psíquica; en todos los casos puede impedir absolutamente el coito. Pero no está configurada por la simple negativa al acto sexual si él es posible, ni tampoco por la mera frigidez, que no lo impide.

Igualmente se ha admitido que la falta de consumación del matrimonio puede deberse a una incompatibilidad recíproca de los cónyuges, y que no demostrado que sea imputable a uno u otro debe considerarse a ambos de buena fe².

La acción de nulidad corresponde al cónyuge que alega la im- potencia del otro, o la común de ambos (art. 220, inc. 3, parte se- gunda), a cuyo cargo está la prueba.

Con respecto a la prueba a producir en el proceso, es funda- mental el peritaje médico para demostrar la potencia o impotencia de los cónyuges. También puede versar sobre la virginidad de la mujer, que a falta de motivos físicos o psíquicos que a su respecto impidan la unión importa una presunción de impotencia del mari- do. Pero la falta de virginidad de la mujer no es obstáculo para acreditar que el marido es impotente, pues puede haberla perdido

² SC Mendoza, Sala I, 16/6/99, LL, 1999-E-683.

antes del matrimonio. En cuanto a la negativa a aceptar el sometimiento al examen pericial, puede constituirse en una seria presunción contraria a la parte que así procede, siempre —claro está— que de otras circunstancias no resulte la existencia de colusión entre los esposos para obtener la nulidad haciendo aparecer una impotencia que en realidad no existe.

En principio, en vida de los esposos no caduca la acción de nulidad del matrimonio por impotencia. La continuación de la cohabitación después de conocida no es motivo de caducidad, ya que no se trata de un caso de error. Tampoco es motivo de caducidad la pérdida de la potencia por el cónyuge antes potente, pues el ejercicio de la acción está dado por la impotencia del otro sin estar subordinado a la potencia propia. En cambio, en mi opinión, la caducidad se produce si el afectado recupera su potencia sexual y la consumación del matrimonio tiene lugar.

d) *VICIOS DEL CONSENTIMIENTO*. También causan la nulidad relativa los vicios del consentimiento a que se refiere el art. 175, conforme al art. 220, inc. 4, parte segunda.

En este caso, *“la nulidad sólo podrá ser demandada por el cónyuge que haya sufrido el vicio de error, dolo o violencia, si hubiese cesado la cohabitación dentro de los treinta días de haber conocido el error o de haber sido suprimida la violencia”*.

Más aún que en el caso de falta de razón, por “cohabitación” debe entenderse aquí la vida en común como cónyuges, pues el vocablo utilizado es tanto o más expresivo que “vida marital”. Pero, dado lo breve del plazo fijado para que se produzca la confirmación por continuar la cohabitación, corresponde exigir que ésta sea inequívoca, y no la perduración de una falsa vida en común durante un lapso de dudas, vacilaciones o consultas. Por tanto, la voluntad de continuar la vida en común a pesar del vicio consensual debe ser inequívoca a fin de que los plazos comiencen a correr.

La prueba del vicio consensual debe ser suministrada por quien demanda la anulación del matrimonio. La continuación de la cohabitación por un plazo posterior a la cesación de la violencia o al conocimiento del error o el dolo implica una causa de caducidad de la acción, un hecho que basa una defensa; por tanto, entiendo que su prueba incumbe al demandado y que no es exigible al actor que demuestre haber interrumpido la cohabitación en el plazo legal.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Acuña, Alfredo, *La impotencia como causal de nulidad del matrimonio. Pruebas admisibles. La negativa al examen pericial como presunción probatoria*, JA, 53-152.
- *La pericia ofrecida por el marido para comprobar la impotencia de la esposa. Obligación de que la mujer no resista la prueba y detalles sobre su cumplimiento*, JA, 50-949.
- Allende, Guillermo L., *La impotencia en el matrimonio. Derecho canónico, con acotaciones a nuestro derecho*, JA, doctrina 1975-15.
- *Matrimonio: impedimentos, nulidades e inexistencia*, LL, 1975-B-1061.
- Belluscio, Augusto C., *Anulación de un matrimonio sin iniciación de la convivencia*, ED, 89-157.
- *Nulidad del matrimonio por impotencia de ambos cónyuges*, LL, 1975-C-131.
- Cornejo, Raúl J., *De la anulabilidad en razón de impotencia y la confirmación del matrimonio*, LL, 52-258.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *Carácter de la acción de nulidad del matrimonio por impotencia*, JA, 20-268.
- *Características de la confirmación del matrimonio contraído con impedimento de locura*, JA, 1953-III-443.
- *Consolidación de las nupcias inválidas*, JA, 1950-I-9, secc. doctrina.
- *Improcedencia de la declaración de oficio de la nulidad del matrimonio*, JA, 1947-I-25, secc. doctrina.
- *La acción de nulidad del matrimonio por demencia y su ejercicio por el cónyuge sano*, JA, 72-953.
- *La esterilidad y la nulidad del matrimonio por impotencia*, JA, 62-874.
- *La nulidad del matrimonio por impotencia y el presupuesto biológico del acto jurídico de emplazamiento en el estado de familia*, JA, 1954-II-338.
- Fassì, Santiago C., *De la inexistencia y nulidad del matrimonio*, en "Anales de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de La Plata", vol. XIII, año 1942, p. 27.
- *Débito conyugal y daño moral*, LL, 129-550.
- *El artículo 86 de la ley de matrimonio civil*, JA, 1961-V-51, secc. doctrina.
- *El matrimonio y las normas del Código Civil argentino sobre nulidad y prescripción*, LL, 80-816.
- Frías, Jorge A., *El matrimonio. Sus impedimentos y nulidades*, Córdoba, 1941.
- Gozafni, Osvaldo A., *Acción de nulidad matrimonial*, "Enciclopedia de derecho de familia", t. I, p. 6.
- Guastavino, Elías P., *Requerimiento de la nulidad matrimonial por el ministerio público*, LL, 1984-B-285.
- Hauser, Jean et Lemouland, Jean-Jacques, *Mariage*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", Répertoire de droit civil, 2^a ed., Paris, Dalloz, 1990.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Juicio de nulidad matrimonial*, Bs. As., Hammurabi, 1984.
- *Matrimonio*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIX, p. 146.

- Legón, Fernando, *Plazos para peticionar la nulidad del matrimonio*, JA, 57-740.
- León, Pedro, *Extinción de la acción de nulidad de matrimonio*, LL, 70-550.
- Llambías, Jorge J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1953.
- Lorenzo de Ferrando, María R., *Régimen de nulidades matrimoniales*, "Enciclopedia de derecho de familia", t. III, p. 136.
- Maffía, Jorge O., *La impotencia como causal de anulación del matrimonio*, "Jus", n° 13/14, La Plata, 1969, p. 53.
- Mazzinghi, Jorge A., *Impotencia manifiesta como causa de anulación matrimonial*, LL, 1975-B-808.
- *Nulidad del primer matrimonio celebrado por el causante, falta de acción del segundo cónyuge supérstite y declaración de oficio*, ED, 93-573.
- *Nulidades matrimoniales en la ley 23.515*, en "Derecho de familia", Santa Fe, 1990, p. 125.
- Molinario, Alberto D., *Algunas reflexiones acerca de la cuasi inexistencia temporal: de la unidad jurisdiccional en cuestiones familiares y del régimen de la buena fe en materia de nulidad matrimonial*, JA, 10-1971-86.
- Ocampo, Carlos C. - Uriarte, Jorge A., *La negativa de uno de los cónyuges a someterse a la "inspectio corporis" y su entidad probatoria*, LL, 1981-B-317.
- Rojas, Nerio, *Medicina legal*, 9ª ed., Bs. As., El Ateneo, 1966.
- Spota, Alberto C., *Nulidad del matrimonio por el impedimento de locura*, LL, 24-571.
- Zannoni, Eduardo A., *Competencia judicial exclusiva en el juzgamiento de nulidades matrimoniales*, JA, 27-1975-38.
- *El concepto de impotencia manifiesta*, LL, 121-484.
- *Hacia la declaración de nulidad de oficio del matrimonio en fraude a la ley*, LL, 138-740.
- *Nulidad de matrimonio celebrado mediando impedimento de ligamen*, JA, 26-1975-86.
- *Prueba de la impotencia del marido a través de la virginidad de la mujer*, LL, 120-259.

CAPÍTULO XVI

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

§ 158. *PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD.* – Los problemas derivados de la extinción de la acción de nulidad del matrimonio son de los que más dividen a la doctrina en esta materia. El primero de ellos es el referente a si la acción de nulidad relativa es o no prescriptible, puesto que existe conformidad en el sentido de que no lo es la de nulidad absoluta.

Ya he expuesto mi criterio de que las acciones de estado de familia son imprescriptibles (ver § 21, c), sin perjuicio de que pueda producirse su caducidad en determinados supuestos (ver § 23 y 24). Por lo tanto, considero imprescriptible la acción de nulidad de matrimonio. Desde otro punto de vista, Fassi la considera imprescriptible –sin pronunciarse sobre la prescriptibilidad de las acciones de estado de familia en general– en razón de la aplicación de la doctrina de la especialidad, de la cual resultaría que la prescripción no podría producirse por no estar expresamente prevista en ninguna disposición legal. Por cierto que, partiendo de la base de la especialidad de las normas sobre nulidad del matrimonio, tampoco le sería aplicable el art. 4023, párr. segundo, del Cód. Civil (texto introducido por la ley 17.711), que fija el plazo de diez años para la prescripción de la acción de nulidad de los actos jurídicos.

Otros autores –como Busso, Borda, Spota, Mazzinghi, Legón, Cordeiro Álvarez y León– sostienen la aplicabilidad de las disposiciones generales sobre prescripción, con lo que en general la acción prescribiría a los diez años (art. 4023, párr. segundo, Cód.

Civil), sin perjuicio de la aplicación de plazos más breves a casos especiales, como el bienal al supuesto de vicios del consentimiento (art. 4030).

Aun cuando estimo que las consideraciones teóricas son suficientes para rechazar la posibilidad de que prescriba la acción de nulidad matrimonial, es útil señalar algunos ejemplos para poner de manifiesto las aberraciones a que puede dar lugar la solución contraria.

Piénsese en el caso del matrimonio celebrado bajo amenazas constitutivas de violencia. El cónyuge violentado interrumpe la cohabitación y huye dentro del plazo señalado por el art. 220, inc. 4, del Cód. Civil, pero no entabla la acción de nulidad dentro de los dos años por falta de medios económicos para hacerlo, porque su falta de conocimientos jurídicos hace que lo considere inútil, porque no desea contraer otro matrimonio, o por simple negligencia. Esa inacción haría que la acción prescribiese, con la consiguiente consolidación de un matrimonio que nunca tuvo vigencia real, lo que es absurdo. Situaciones similares se presentan en los demás vicios del consentimiento, en la falta de edad legal y en la privación de razón; en todos esos supuestos, la continuación de la cohabitación en determinadas circunstancias produce la caducidad de la acción, de manera que la aplicación de la prescripción supone que aquélla no ha continuado.

La prescripción implicaría siempre, pues, la consolidación de un matrimonio en el que existe una prolongada separación y en el cual la unión no ha persistido después del pleno conocimiento de las situaciones que vician el acto (adquisición de la edad legal, cesación de la violencia, conocimiento de los otros vicios consensuales, cesación de la privación de razón o conocimiento de la falta de razón del otro cónyuge), lo que no respondería a ninguna razón lógica ni de conveniencia individual ni social. Es que debe tenerse en cuenta que la prescripción de la acción de nulidad del matrimonio tiene por consecuencia la consolidación de un estado de familia que puede no haber ningún interés ni conveniencia en mantener.

Otro caso ilustrativo es el de la impotencia. La aplicación de la prescripción decenal implicaría que el contrayente no afectado quedase ligado por el matrimonio por haber dejado pasar el largo tiempo de diez años tratando de obtener la curación de quien la sufre; la prescripción sería un verdadero castigo a la paciencia, la tolerancia y la constancia. Precisamente en esas condicio-

nes, la Corte de Casación italiana admitió la prescripción de la acción, desencadenando la uniforme crítica de la doctrina, que señaló lo irritante del resultado.

Por lo tanto, la aplicación práctica de los principios corrobora el criterio de que la acción de nulidad del matrimonio no es prescriptible, aun cuando puede producirse su caducidad por muerte de uno de los esposos (consolidación) o por confirmación.

§ 159. *MUERTE DE UNO DE LOS ESPOSOS: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.* – Decía el art. 224 del texto originario del Cód. Civil: “La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los dos esposos”. Se trata de una disposición originada en el derecho canónico, recogida luego en el canon 1972 del Código de 1917 (“El matrimonio que no se acusó viviendo los dos cónyuges, de tal manera se presume válido después de la muerte de uno de ellos o de ambos, que no se admite prueba contra esta presunción, a no ser en el caso de que la cuestión surja incidentalmente”) y que con ligeras variantes pasó a ser el canon 1675, § 1, del Código de 1983, el cual expresa: “El matrimonio que no fue acusado en vida de ambos cónyuges no puede ser impugnado tras la muerte de uno de ellos o de los dos, a no ser que la cuestión sobre su validez sea prejudicial para resolver otra controversia, ya en el fuero canónico, ya en el civil”.

A pesar de ese origen, media entre el derecho canónico y el texto de Vélez Sársfield una diferencia: la de que el segundo suprime la excepción contenida en el primero, donde la discusión de la nulidad es admisible después de la muerte si constituye una cuestión prejudicial (incidental en el léxico del Código de 1917).

El proyecto del Poder Ejecutivo de ley de matrimonio civil reprodujo la disposición del Código, pero entre las modificaciones introducidas por el Senado se incluyó un agregado que implicó exceptuar de la caducidad al supuesto de bigamia, en favor del primer cónyuge del bigamo y mientras él viviese. El art. 86 de la ley de matrimonio civil quedó redactado de la siguiente manera: “La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los dos esposos; uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra un segundo matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiere la nulidad del primero, se juzgará previamente esta oposición”. El sistema

adoptado puede sintetizarse así: *a)* La muerte de uno de los esposos produce la caducidad de la acción de nulidad del matrimonio, que, como principio, no puede ser ya entablada. *b)* Como excepción, se admite que el cónyuge del primer matrimonio del bigamo entable la demanda de nulidad del segundo matrimonio de éste, sea que haya fallecido el bigamo, su segundo cónyuge, o ambos. Por lo tanto, la extinción definitiva de la acción se produce cuando al fallecimiento de uno de los contrayentes del matrimonio viariado se suma el del cónyuge del bigamo. *c)* En caso de bigamia, a la acción de nulidad del segundo matrimonio puede oponerse la nulidad del primero. Luego, por vía reconvenzional puede llegar a declararse la nulidad de dicho primer matrimonio, aun cuando la nulidad por vía de acción hubiese caducado por muerte del cónyuge que incurrió en bigamia.

Pero la interpretación de esta disposición dio lugar a una de las más enconadas disputas motivadas por la fijación del sentido de normas de nuestra legislación civil. Una posición —ampliamente mayoritaria en la jurisprudencia pero en minoría en la doctrina— aplicó estrictamente la solución del art. 86; en cambio, la mayor parte de la doctrina, seguida en sólo unos pocos fallos, intentó por diversas vías hallar soluciones que remediaran las injusticias a que esa aplicación podía dar lugar, ya que a pesar de la muerte de uno o de ambos cónyuges, la consolidación del matrimonio en virtud de la caducidad de la acción de nulidad puede ocasionar perjuicios a terceros, en especial a los herederos. También existieron discrepancias sobre la conveniencia de mantener o suprimir la disposición legal en una hipotética reforma.

Los diversos criterios sustentados fueron los siguientes:

a) Aplicación estricta del art. 86. La aplicación estricta del artículo fue sostenida por Díaz de Guijarro y Fassi, e incidentalmente por Sánchez de Bustamante, Legón y León. Su fundamento básico, fuera del literal, radica en la subordinación del aspecto patrimonial al moral, que se vería afectado por la discusión de la validez del matrimonio después de la muerte de los directos interesados. La antigua Cámara Civil de la Capital Federal lo aplicó ya en un fallo de 1894¹, y su criterio fue seguido casi invariablemente

¹ CCivI^oCap, 26/8/894, JA, 13-375.

por la jurisprudencia de los tribunales civiles de la Capital, de la Suprema Corte de Buenos Aires² y el Superior Tribunal de Santa Fe³.

b) Posibilidad de desconocer la legitimidad de los hijos nacidos de la unión. Machado y Llerena sostuvieron que en los casos de nulidad absoluta, si bien muerto uno de los esposos no podía demandarse la nulidad del matrimonio, sí podía atacarse la legitimidad de los hijos nacidos de la unión.

c) Distinción entre nulidad manifiesta y no manifiesta, o absoluta y relativa. Lafaille sostuvo que el art. 86 sólo era aplicable a la nulidad no manifiesta, pues de ser manifiesta no era necesario decir que podía ser hecha valer en cualquier momento, ya que era declarable de oficio. Luego, Pavón y Spota afirmaron que dicho artículo sólo podía aplicarse a la nulidad relativa, mas no a la absoluta.

d) Admisión de la acción de nulidad absoluta cuando tiende a la defensa de los derechos hereditarios. Prayones admitió en tales casos la oposición de la nulidad por vía de excepción, mientras que Borda aceptó en igual situación la acción de los herederos.

e) Distinción entre acción de nulidad pura y acción de nulidad incidental. Aunque con antecedentes en opiniones de J. M. Guastavino, Colmo y Salvat, y en un fallo de la Cámara Civil de la Capital del año 1947, apartado de la solución jurisprudencial mayoritaria⁴, fue Molinario quien efectuó la distinción entre la acción de nulidad pura –que constituye un fin en sí misma– y la acción de nulidad incidental, que tiende a proteger algún derecho patrimonial o extrapatrimonial de quien la entabla, deducida como presupuesto a resolverse en una litis que no persigue como finalidad la extinción del vínculo nupcial sino el reconocimiento de un derecho o la cesación de una situación que importa menoscabo o desconocimiento de un derecho subjetivo perteneciente a un tercero. Como cuestión incidental, la nulidad habría podido ser discutida en todo tiempo. Coincidieron con esta opinión Bidart Campos, Mazzinghi y Llambías, y sólo con relación a los casos de nulidad absoluta, Lagomarsino.

² SCBA, 5/4/49, LL, 54-404, y JA, 1949-II-168; íd., 29/8/70, JA, 9-1971-670.

³ ST Santa Fe, 13/6/47, DJ, I, voz “matrimonio”, nº 639.

⁴ CCivI^oCap, 4/3/47, LL, 46-249, y JA, 1947-I-787.

El primero de esos criterios era el válido, según mi opinión. La solución de mantener la validez de la unión pero admitir el desconocimiento de la legitimidad de los hijos era contradictoria, pues implicaba que del matrimonio válido hubiese hijos ilegítimos, fuera de que representaba un desmedido rigor para éstos, ya que los privaba de derecho hereditario mientras lo mantenía entre los propios cónyuges, aunque fuesen de mala fe. La aplicación del art. 86 sólo a la nulidad no manifiesta era equivocada, pues la distinción entre nulidad manifiesta y no manifiesta es irrelevante en el matrimonio (ver § 155), y no puede admitirse que el art. 86 se aplicase sólo a la nulidad relativa, porque entonces no habría tenido sentido exceptuar de su aplicación precisamente a cierto caso de nulidad absoluta, el de bigamia. Tampoco puede aceptarse que la acción estuviere abierta para la defensa de derechos hereditarios, pues ello implicaría desconocer la autonomía de la acción de estado —que es siempre la misma, sea cual fuere la naturaleza de la acción subordinada a su progreso—, fuera de que, como ordinariamente la discusión de la validez o nulidad del matrimonio después de la muerte de uno de los cónyuges tiene por finalidad la obtención o el desconocimiento de derechos hereditarios, la excepción habría dejado sin efecto a la regla.

Finalmente, la opinión de Molinario —sin dejar de reconocer que representó el mayor esfuerzo realizado para excluir la aplicación de una norma que se consideraba injusta— no me parecía ajustada a la norma legal. La excepción canónica del caso en que la cuestión fuese incidental no fue recogida por la ley de matrimonio civil, que no exceptuó el caso en que la nulidad fuese una cuestión previa; tampoco parecía concebible que la norma tuviese en vista sólo la acción de nulidad pura, cuando en el orden civil lo habitual es que tal acción sea deducida con motivo de la defensa de algún interés, especialmente después de la muerte de uno de los cónyuges.

Pero esto no implicaba aprobar la solución legal. Ella es razonable en el derecho canónico, pues la acción canónica sólo tiene por finalidad invalidar el vínculo, liberando de él a los cónyuges, y a lo sumo —en las épocas en que podía contar con la ejecución de la sentencia por la autoridad estatal— separarlos forzosamente, todo lo cual resulta inútil si uno ha muerto. Pero ésa no puede ser su finalidad en el derecho civil, donde aun anulado el matri-

monio, nada impide a quienes lo habían contraído continuar viviendo juntos; la finalidad de la acción civil es la de impedir que el matrimonio viciado produzca efectos jurídicos, efectos que pueden afectar los derechos de terceros, por lo que la limitación no me parece adecuada.

La ley 17.711, sobre la base en una recomendación del III Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en 1961, sustituyó el texto del art. 86 de la ley de matrimonio civil por el siguiente: “La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los esposos. Uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra un segundo matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiese la nulidad del primero, se juzgará previamente esta oposición. La prohibición no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez de la unión, cuando la nulidad se funda en los impedimentos de ligamen, incesto o crimen y la acción es intentada por ascendientes o descendientes”.

En general, el sentido de esa disposición fue el de habilitar el ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio a pesar de la muerte de uno de los esposos –y fuera del caso de excepción previsto ya por el texto originario del art. 86, que se reprodujo– cuando se reunieran las siguientes tres condiciones: a) que no se tratase de nulidad entablada por la nulidad misma, sino como presupuesto de otra acción para cuyo progreso fuese necesario declarar la nulidad del matrimonio impugnado; b) que se tratase de nulidad absoluta, y c) que el demandante fuese ascendiente o descendiente de uno de los cónyuges. Sin embargo, la disposición no era todo lo clara y precisa que era de esperar.

En primer lugar, suprimió la palabra “dos” que contenían tanto el art. 224 del Cód. Civil, como el art. 86 de la ley de matrimonio civil. La redacción dejó de ser categórica, ya que “en vida de los esposos” tanto puede significar “en vida de ambos esposos” como “en vida de uno u otro de los esposos”. Pudo dudarse, entonces, si la caducidad se producía –como principio– por la muerte de uno de los cónyuges, o era necesaria la muerte de los dos. La oscuridad literal de la norma debía salvarse, a mi juicio, acudiendo a los antecedentes de su elaboración. De ellos no resultaba la intención de innovar, por lo que había de entenderse que el sentido de la disposición no había variado.

Otro problema fue el de determinar cuáles eran los impedimentos que habilitaban al ejercicio de la acción de nulidad *post mortem*. Claro está que ninguna duda cabía sobre los de ligamen y crimen, pero no existe un “impedimento de incesto”. Incesto es la relación sexual entre parientes próximos. En todo caso, el impedimento de parentesco tiende a impedir el incesto, o más bien el matrimonio incestuoso, ya que es obvio que no es necesario que haya matrimonio para que se produzca el incesto.

Con todo, no habría existido ningún problema si hubiera podido reemplazarse la palabra mal empleada (incesto) por parentesco. Pero es que el vocablo “incesto” no tiene un significado preciso. Concretamente no está claro si la relación sexual entre parientes por afinidad es incesto o no lo es. La respuesta negativa podría resultar del texto originario del Código Civil, según cuyo art. 339 era hijo incestuoso “el que ha nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio, por parentesco que no era dispensable según los cánones de la Iglesia Católica”; en el derecho canónico el impedimento de afinidad es siempre dispensable, lo que permitiría concluir que, al no ser incestuosos los hijos de afines, la unión sexual entre ellos no era incesto. En cambio, lo es para el Código Penal, cuyos arts. 119, inc. *b*, y 120 incluyen entre las circunstancias agravantes de ciertos delitos contra la integridad sexual al parentesco por afinidad en línea recta. En la duda, y dado el concepto de incesto que resulta de los textos originarios del Código, se debía concluir que el impedimento de parentesco por afinidad (art. 9º, inc. 3, ley mat. civ.) no estaba comprendido entre los que permitían ejercer la acción de nulidad *post mortem*.

También debía determinarse –desde que la ley 19.134 dio carácter dirimente a los impedimentos de parentesco adoptivo– si tales impedimentos estaban o no incluidos, es decir, si era incesto la relación sexual entre parientes por adopción. Como la adopción plena incorpora al adoptado en la familia del adoptante como si fuese un hijo legítimo, y además el fundamento moral del impedimento es similar en la familia de sangre y en la integrada por un vínculo que la ley equipara totalmente al sanguíneo, habría incesto en los mismos casos en que lo hay en la familia de sangre. Lo mismo ocurriría en la adopción simple, en los casos de unión entre adoptante y adoptado, entre adoptante y descendiente del adoptado, y entre hijos adoptivos de una misma persona, mas no

en el supuesto de unión entre adoptado y cónyuge del adoptante, ni entre adoptante y cónyuge del adoptado, pues se trataría de una situación similar a la afinidad.

Según lo expuesto, la interpretación del texto del art. 86 de la ley de matrimonio civil, reformado por la ley 17.711, habría sido la siguiente: *a)* La muerte de uno de los esposos producía la caducidad de la acción de nulidad del matrimonio que, como principio, no podía desde entonces ser entablada. *b)* Como excepción, se admitía que el cónyuge del primer matrimonio del bigamo entablara la demanda de nulidad del segundo matrimonio de éste, sea que hubiese fallecido el bigamo, su consorte, o ambos. *c)* En caso de bigamia, a la acción de nulidad del segundo matrimonio podía oponerse la nulidad del primero. Luego, por vía de reconvencción podía llegar a anularse dicho primer matrimonio, aun cuando la acción de nulidad hubiese caducado por muerte del cónyuge que había incurrido en bigamia. *d)* También podían entablar la acción de nulidad después de la muerte de uno de los contrayentes los ascendientes y descendientes de uno de ellos, cuando la nulidad fuera presupuesto de otra acción y se fundase en la existencia de los impedimentos de ligamen (art. 9º, inc. 5, ley mat. civ.), de parentesco consanguíneo (art. 9º, incs. 1 y 2), de parentesco similar al consanguíneo integrado por una o más adopciones plenas, parentesco entre adoptante y adoptado, entre adoptante y descendientes del adoptado, o entre hijos adoptivos de una misma persona, cuando se trataba de adopción simple (art. 26, inc. a, ley 19.134) e impedimento y crimen (art. 9º, inc. 6, ley mat. civ.).

De manera que de la acción de nulidad *post mortem* quedaban excluidos quienes no tuvieran un interés directo en obtener su declaración, y además los hermanos, los tutores y curadores que no fuesen ascendientes ni descendientes de los cónyuges, y el Ministerio Público, comprendidos en la enunciación del art. 21 de la ley de matrimonio civil —a la que se remitía el art. 84—, pero no en el agregado efectuado al art. 86.

Finalmente —tanto frente al régimen de la ley de matrimonio como al de la ley 17.711—, se discutía si la caducidad se producía cuando uno de los contrayentes falleciera durante la sustanciación del juicio de nulidad del matrimonio. Díaz de Guijarro sostuvo la solución positiva, fundado en la premisa de la intransmisibilidad sucesoria de las acciones de estado, que entendía que impide tam-

bién la transmisión a los sucesores de las ya deducidas. Por mi parte, considero que la regla de la intransmisibilidad sucesoria de tales acciones reconoce excepciones (ver § 22, d), y que ellas pueden ser expresas o tácitas. En este caso, la norma vedaba intentar la acción cuando uno de los esposos hubiera fallecido, no decretar la nulidad; tácitamente admitía, pues, que si ya había sido intentada podía ser continuada por los sucesores del actor o contra los sucesores del demandado hasta obtener la sentencia de anulación del matrimonio impugnado. Del mismo parecer era Spota, y la Cámara Civil de la Capital, que primero había aceptado la tesis de Díaz de Guijarro⁵, admitió luego la que sostengo⁶.

§ 160. **RÉGIMEN DE LA LEY 23.515.** – La ley 23.515 volvió a reformar el texto referente a la extinción de la acción de nulidad de matrimonio por muerte de los esposos, al incluir en el art. 239 del Cód. Civil, que expresa lo siguiente:

“La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de ambos esposos.

Uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiera la nulidad del anterior, se juzgará previamente esta oposición.

El supérstite de quien contrajo matrimonio mediando impedimento de ligamen puede también demandar la nulidad del matrimonio celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior.

La prohibición del primer párrafo no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez del matrimonio y su nulidad absoluta fuere invocada por descendientes o ascendientes.

La acción de nulidad de matrimonio no puede ser promovida por el Ministerio Público sino en vida de ambos esposos ...”.

Las modificaciones introducidas son, pues, las siguientes: a) En la parte primera se introduce la palabra “ambos”, con lo que se retorna a la claridad literal del texto originario de la ley de ma-

⁵ CNCiv, Sala C, 25/4/58, LL, 92-242, y JA, 1958-IV-128.

⁶ CNCiv, Sala A, 28/2/75, ED, 61-444; íd., Sala B, 5/12/69, LL, 139-123, y JA, 5-1970-310; íd., Sala C, 31/12/68, ED, 27-535.

rimonio civil, quedando fuera de duda que la caducidad tiene lugar, en principio, por la muerte de uno solo de los cónyuges. *b)* En la parte segunda, se cambia “un segundo” por “el siguiente” y “primero” por “anterior”, como consecuencia de que la admisión del divorcio vincular abre la posibilidad de matrimonios sucesivos. *c)* Se introduce un nuevo párrafo, que faculta al cónyuge de buena fe del bigamo a pedir la anulación después de la muerte de éste. *d)* Se sustituye la enunciación de impedimentos, en el párr. cuarto, por la referencia a la nulidad absoluta. *e)* Se aclara expresamente que el Ministerio Público no puede ejercer la acción después de la muerte de uno de los esposos.

De tal modo, el sistema actual es el siguiente:

a) La muerte de uno de los esposos produce la caducidad de la acción de nulidad del matrimonio, que, como principio, no puede desde entonces ser entablada.

b) Como primera excepción, el cónyuge del matrimonio anterior del bigamo puede entablar la demanda de nulidad del celebrado por éste con impedimento de ligamen, sea que haya fallecido el bigamo, el otro contrayente, o ambos. En ese caso, a la acción de nulidad del matrimonio posterior puede oponerse la nulidad del anterior; luego, por vía de reconvencción puede llegar a anularse el matrimonio anterior, aun cuando la acción hubiese en principio caducado por muerte del bigamo.

c) Como segunda excepción, el segundo cónyuge del bigamo puede pedir la anulación de su matrimonio aunque haya fallecido aquél.

d) Como tercera excepción, los ascendientes y descendientes de uno de los contrayentes pueden entablar la acción después de la muerte de uno de ellos o de ambos, cuando el vicio ocasiona la nulidad absoluta y ésta es presupuesto de otra acción. Carecen de esta facultad quienes no tengan derecho alguno que proteger por vía de la anulación, los hermanos, los tutores y curadores que no sean ascendientes ni descendientes de los cónyuges, y el Ministerio Público.

Por último, no cambia la solución anterior relativa a la muerte de uno de los esposos durante la sustanciación del proceso de nulidad.

Como ya he expuesto (§ 159), en mi opinión no se justifica el mantenimiento de la norma según la cual el matrimonio viciado

se consolida por la muerte de uno de los esposos, y ni siquiera por la muerte de ambos. Aunque casi cubierta por las excepciones, resta la limitación de la legitimación activa y su reducción a los casos de nulidad absoluta. Su aplicación puede dar lugar a aberraciones. Supóngase un ejemplo extremo: a una persona sin ascendientes ni descendientes se la hace casar por la fuerza y luego se la mata. Sus hermanos no tendrían acción para obtener la anulación del matrimonio en defensa de su derecho hereditario.

§ 161. *CONFIRMACIÓN.* – A diferencia de la consolidación, que puede tener lugar tanto en la nulidad absoluta como en la relativa, la confirmación sólo puede producirse en la segunda; precisamente, la posibilidad de confirmación es uno de los elementos esenciales de caracterización de la nulidad relativa frente a la absoluta.

Se discute si es posible la confirmación expresa del matrimonio afectado de nulidad relativa. En nuestra doctrina, Borda se inclina por la solución negativa, pues estima que requeriría nueva celebración, y que no cabe autorizarla por lo desdorado de poner de manifiesto el vicio y la posibilidad de confirmar tácitamente el acto. En cambio, para Díaz de Guijarro la confirmación expresa se produce por una declaración formal de voluntad, mas no por su reiteración ante el oficial público encargado del registro del estado civil, sino por cualquier manifestación hecha en instrumento público o en juicio en la que se dijera que, aun conociendo el vicio que afecta a las nupcias, se las confirma, con lo que se reitera la voluntad de contraerlas. Lo mismo ocurriría en la transacción en favor de la validez del matrimonio y en los actos de ejecución, tales como el pedido judicial de la mujer de que se reintegre al hogar o de que el marido fije domicilio para acudir a él, o el reclamo de uno de los cónyuges de cumplimiento de deberes conyugales; pero, en todos los casos, siempre que se tenga conocimiento de la causa de invalidez.

No existe obstáculo para aceptar la confirmación expresa, la que tendría lugar cuando por escrito se hace declaración formal de voluntad de confirmar el matrimonio, con los requisitos del art. 1061 del Cód. Civil, y cuando la acción de nulidad relativa la entabla un tercero y se transa en favor de la validez del matrimonio. No requiere nueva celebración ante el funcionario del registro civil:

si así se procediera, se trataría de un nuevo matrimonio, y no de la confirmación del anterior. En cambio, los demás supuestos enunciados por Díaz de Guijarro me parecen de confirmación tácita.

La confirmación tácita se da, especialmente, en los casos de continuación de la cohabitación después de ocurridas determinadas situaciones o transcurridos ciertos plazos: continuación de la cohabitación tras el cumplimiento de la edad legal para contraer matrimonio (art. 220, inc. 1, parte tercera, Cód. Civil, texto según ley 23.515); después de cesada la propia falta de razón o conocida la del otro contrayente (art. 220, inc. 2, tercera parte, Cód. Civil, texto según ley 23.515); después del transcurso del plazo de treinta días desde la cesación de la violencia o el conocimiento del error (art. 220, inc. 4 *in fine*, Cód. Civil, texto según ley 23.515); o después de la cesación de la impotencia.

Además, serían supuestos de confirmación tácita –con arreglo al art. 1063 del Cód. Civil– actos de ejecución voluntaria del matrimonio que tengan lugar con conocimiento del vicio que da lugar a su nulidad. Tales serían los de intimación de uno de los cónyuges al otro de reanudar la convivencia interrumpida sin causa, o el reclamo de uno de divorcio, pero el tema ha dado lugar a discrepancia jurisprudencial⁷.

Por último, según Díaz de Guijarro, la confirmación *ipso iure* del matrimonio tiene lugar automáticamente, por efecto de la ley, en el caso de los menores, cuando la mujer concibe (art. 220, inc. 1, parte tercera, Cód. Civil, texto según ley 23.515). En realidad, no se trataría de un caso de verdadera confirmación, ya que no media la voluntad del legitimado para ejercer la acción; es un hecho jurídico que extingue la acción de nulidad por disposición legal.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Belluscio, Augusto C., *Anulación de un matrimonio divorciado*, JA, 1982-III-41.
— *Fallecimiento de uno de los contrayentes durante la sustanciación del proceso de nulidad del matrimonio*, LL, 139-123.

⁷ En el sentido de que confirma el matrimonio, CNCiv, Sala A, 26/9/75, LL, 1985-C-610; por la negativa, el mismo tribunal, 4/12/84, LL, 1985-C-610.

- *La acción de nulidad de matrimonio después de la muerte de uno de los cónyuges*, JA, 15-1972-122.
- Bidart Campos, Germán J., *El matrimonio inexistente*, JA, 1958-III-520.
- Borda, Guillermo A., *En torno al art. 86 de la ley de matrimonio civil*, JA, 1954-IV-33, secc. doctrina.
- *La acción de nulidad del matrimonio contraído en el extranjero en fraude de la ley nacional después del fallecimiento de los cónyuges*, JA, 1954-III-102.
- *La reforma del Código Civil. Nulidad del matrimonio*, ED, 32-871.
- Cordeiro Álvarez, Ernesto, *La teoría de la nulidad del matrimonio en nuestra legislación civil*, Instituto de Derecho Civil, Córdoba, 1946.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *Caducidad de la acción de nulidad del matrimonio después del fallecimiento de uno de los cónyuges*, JA, 1954-IV-3, secc. doctrina.
- *El matrimonio "in extremis" y la acción de nulidad después del fallecimiento de uno de los cónyuges*, JA, 1946-IV-224.
- *Improcedencia de la acción de nulidad del matrimonio después del fallecimiento de uno de los cónyuges salvo por uno de los esposos de las primeras nupcias aun en caso de bigamia o incesto*, JA, 1947-I-787.
- *Improcedencia de la acción de nulidad después del fallecimiento de uno de los cónyuges: consolidación definitiva de las nupcias*, JA, 1942-II-333.
- *La caducidad de la acción de nulidad del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges después de promovida la demanda*, JA, 1958-IV-128.
- *La consolidación de las nupcias inválidas*, JA, 1950-I-3, secc. doctrina.
- *La consolidación de las nupcias inválidas*, JA, 1989-I-969.
- *Necesidad de juicio ordinario para la exclusión del cónyuge por invalidez del vínculo*, JA, 1952-IV-114.
- Escribano, Carlos - Escribano, Raúl E., *¿Nulidad de matrimonio tras el divorcio?*, LL, 1985-D-1113.
- Fassi, Santiago C., *Autonomía de la acción de estado acumulada a otra acción típica*, LL, 107-90.
- *De la inexistencia y nulidad del matrimonio*, "Anales de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", vol. XIII, año 1942, p. 27.
- *Débito conyugal y daño moral*, LL, 129-550.
- *El art. 86 de la ley de matrimonio civil*, JA, 1961-V-51, secc. doctrina.
- *El matrimonio y las normas del Código Civil argentino sobre nulidad y prescripción*, LL, 80-816.
- Guastavino, Elías P., *Requerimiento de la nulidad matrimonial por el ministerio público*, LL, 1984-B-285.
- Hernández, Lidia B., *Acción de nulidad matrimonial, extinción de la*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. I, p. 41.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Juicio de nulidad matrimonial*, Bs. As., Hammurabi, 1984.
- *Matrimonio*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIX, p. 146.
- Legón, Fernando, *Plazos para peticionar la nulidad del matrimonio*, JA, 57-740.
- León, Pedro, *Extinción de la acción de nulidad del matrimonio*, LL, 70-550.
- Llambías, Jorge J., *Ley 17.711. Reforma del Código Civil*, JA, doctrina, 1969-127.

- Maffía, Jorge O., *La impotencia como causal de anulación del matrimonio*, Jus, nº 13 y 14, La Plata, 1969, p. 53.
- Mazzinghi, Jorge A., *Hacia una interpretación más justa del art. 86 de la ley de matrimonio civil*, LL, 99-376.
- Molinario, Alberto D., *Algunas reflexiones sobre la cuasi inexistencia temporal: de la unidad jurisdiccional en cuestiones familiares y del régimen de la buena fe en materia de nulidad matrimonial*, JA, 10-1971-86.
- *Improcedencia de la interpretación extensiva de la primera norma del art. 86 de la ley de matrimonio civil e inexistencia de los connubios celebrados con violación de su art. 2*, JA, 1958-II-66, secc. doctrina.
 - *Las soluciones del III Congreso Nacional de Derecho Civil con relación a la primera norma del art. 86 de la ley de matrimonio*, LL, 108-974.
 - *Otra vez sobre el art. 86 de la ley de matrimonio y la inexistencia de los connubios celebrados con violación de su art. 2*, JA, 1961-IV-409.
 - *Refutación de pretendidas impugnaciones a la exacta interpretación del art. 86 de la ley de matrimonio*, LL, 108-1237.
- Vidal Taquini, Carlos H., *Caducidad de la acción de nulidad de matrimonio por impotencia*, LL, 1986-B-707.
- Wagmaister, Adriana M., *Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de matrimonio por impotencia si los cónyuges se divorciaron anteriormente*, LL, 1985-C-610.

CAPÍTULO XVII

EFFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

§ 162. *PRINCIPIOS GENERALES.* – Como principio, la anulación del matrimonio por sentencia judicial priva de sus efectos al título de estado de familia que derivaba del acto anulado, desplazando a los contrayentes del estado de casados. Su estado de familia vuelve a ser el anterior a la celebración del acto.

Prodúcese, pues, el mismo efecto básico de la anulación de los actos jurídicos en general, el de que la sentencia “*vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado*” (art. 1050, Cód. Civil), sin perjuicio de que mientras la sentencia no se dicte, el matrimonio deba reputarse válido, y sólo sea tenido por nulo desde el día de la sentencia que lo anule, es decir, que el acto sea provisionalmente válido hasta la sentencia de anulación, como también ocurre en los actos jurídicos anulables (art. 1046, Cód. Civil). Por tanto, mientras la sentencia no haya sido dictada, el título de estado matrimonial produce efectos *erga omnes*, pero la sentencia que anula el matrimonio lo priva de eficacia con efecto retroactivo. La sentencia es declarativa y, como tal, retrotrae sus consecuencias al día de la celebración del matrimonio que se anula.

Cierto es que el principio de la retroactividad no está expresado en el Código en forma explícita, pero resulta inequívocamente del art. 239, párr. segundo, parte segunda, según el cual si se ataca un matrimonio por bigamia y se opondrá la nulidad del anterior matrimonio del bigamo, debe previamente juzgarse ésta: ello implica el efecto retroactivo de la declaración de nulidad del primer ma-

rimonio, pues esa declaración, aun posterior a la celebración del segundo, hace que éste sea plenamente válido. De no ser retroactivo el efecto de la sentencia de nulidad, el segundo matrimonio sería anulable por estar vigente el impedimento de ligamen al ser celebrado.

El efecto retroactivo de la sentencia hace que medie una sensible diferencia entre la anulación y la disolución del vínculo matrimonial, aunque ésta pueda producirse por sentencia judicial: la sentencia de disolución no es declarativa sino constitutiva, no produce efectos retroactivos al momento de la celebración del matrimonio sino que los produce para el futuro.

La privación retroactiva de los efectos del matrimonio anulado sufre varias excepciones. En primer lugar, no se alteran los efectos que el matrimonio habría producido con respecto a terceros de buena fe, lo que constituye una aplicación de la idea de la validez provisoria del acto anulable. En tal sentido, dispone el art. 226 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), que *"en todos los casos precedentes, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros, que de buena fe hubiesen contratado con los supuestos cónyuges"*. Quedan así protegidos los derechos de quienes hubiesen contratado con los contrayentes creyéndolos válidamente casados, cuando la eficacia de esos derechos dependiese de la existencia del matrimonio. La disposición constituye una justa aplicación de principios generales: no sólo de la mencionada validez provisional del acto anulable, sino también de la doctrina de la apariencia jurídica y de la protección de quien sufre un error común. Sin embargo, en el régimen patrimonial del matrimonio actualmente vigente, su campo de aplicación es muy limitado: aparentemente, su única trascendencia tendría lugar con relación a los acreedores de uno de los contrayentes por deudas comprendidas en el art. 6º de la ley 11.357, quienes conservarían contra el otro la acción que tal artículo les otorga, a pesar de la anulación del matrimonio.

La buena fe del tercero se presume, de manera que incumbe al contrayente que se oponga a la invocación de derechos que tuviesen por base la existencia del matrimonio, la carga de la prueba de la mala fe, es decir, de que el tercero conocía la causa de nulidad del matrimonio. Además, la buena fe debe haber existido en el momento de contratar, de modo que es indiferente que, con posterioridad, el tercero hubiera conocido la causa de nulidad.

Cuando los contrayentes hubieran sido menores de edad al tiempo de contraer el matrimonio anulado, la emancipación producida por éste subsiste hasta la sentencia de nulidad. Establece en este sentido el art. 132, párr. primero, del Cód. Civil, que “*si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada*”. Es ésta otra excepción al principio del efecto retroactivo de la nulidad, aparentemente no con relación a los terceros sino con respecto a la capacidad de los propios contrayentes, pero que también tiende a proteger los intereses de los terceros, al convalidar los actos otorgados dentro de los límites de su capacidad legal por el menor que se había emancipado por el matrimonio viciado.

Todos los indicados efectos se producen independientemente de la buena o la mala fe de los que celebraron el matrimonio anulado; pero los más importantes son los que tienen lugar cuando el matrimonio ha sido putativo, es decir, cuando hubo buena fe de uno de los cónyuges o de ambos.

§ 163. *MATRIMONIO PUTATIVO.* – En el derecho romano, el matrimonio anulado no producía efecto alguno, aunque hubiese habido buena fe de los cónyuges. Los canonistas intentaron atemperar este principio y así crearon –alrededor del siglo XII– la teoría del matrimonio putativo, concediéndole efectos cuando hubiese mediado buena fe de los cónyuges, lo que se había hecho tanto más necesario cuanto que habían proliferado las causas de nulidad. El Código vigente considera que hay matrimonio putativo si por lo menos uno de los cónyuges ha procedido de buena fe al celebrar el matrimonio inválido, y tiene ese carácter hasta que ambos conozcan con certeza la nulidad (canon 1061, § 3).

Del derecho canónico, la teoría del matrimonio putativo pasó a los códigos civiles modernos y al Proyecto de Freitas, de donde la tomó Vélez Sársfield. Los arts. 230 a 235 del Cód. Civil (textos originarios) fueron trasladados –con muy pocas variaciones– a los arts. 87 a 92 de la ley de matrimonio civil y de éstos a los arts. 221 a 226, según la redacción dada por la ley 23.515.

El art. 224 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) da las pautas para determinar si ha habido buena o mala fe. Dice así: “*La mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieren*

tenido, o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad. No habrá buena fe por ignorancia o error de derecho.

Tampoco la habrá por ignorancia o error de hecho que no sea excusable, a menos que el error fuere ocasionado por dolo”.

El concepto legal de buena fe es claro cuando la nulidad deriva de un impedimento dirimente. Consiste en la ignorancia o error de hecho —excusables o provocados por dolo— sobre la existencia del impedimento, en el acto de celebración. El conocimiento ulterior del impedimento es indiferente, cualquiera que hubiese sido el tiempo transcurrido hasta la anulación. Si el impedimento es el de falta de edad legal o el de privación de la razón, debe entenderse que son de buena fe el menor de catorce años o el privado de razón, pues su falta de discernimiento para los actos lícitos (art. 921, Cód. Civil) impide que se les pueda imputar mala fe.

En cuanto a las otras circunstancias a que alude el artículo, son las causas de nulidad que no constituyen impedimentos, es decir, la impotencia y los vicios del consentimiento. En el primer caso, conforme al texto legal, tiene mala fe el impotente que conoce su defecto al casarse. En los vicios de error y dolo, el que se casa sabiendo que el otro contrayente incurre en error o padece dolo. Pero en el caso de violencia, la disposición no puede ser aplicada literalmente, ya que quien la padece conoce evidentemente la circunstancia capaz de causar la nulidad, pero sería absurdo considerarlo por eso de mala fe; luego, sólo puede serlo el que ejerce la violencia sobre el otro, o quien sabe que un tercero la ejerce.

En nuestro derecho, la teoría del matrimonio putativo es claramente inaplicable al matrimonio inexistente, tanto que el párr. segundo del art. 172 lo priva de efectos aun cuando las partes tuviesen buena fe.

En lo que se refiere a los requisitos exigidos por el art. 224 para que la buena fe se configure, en primer lugar ella debe existir en el momento de la celebración del matrimonio. El conocimiento ulterior del impedimento o de la causa de la nulidad, o la cesación de la violencia, no tiene trascendencia alguna.

Por otra parte, se excluye toda posibilidad de que la buena fe se configure por la ignorancia o el error de derecho, es decir por

el desconocimiento de que el matrimonio se contraía en violación de una prohibición legal. Aun cuando esta solución ha sido criticada por algunos autores, como Bibiloni y Busso, que creen que se confunde la obligatoriedad de la ley con el error como vicio de la voluntad, la solución legal debe mantenerse; la admisión del error de derecho no se justifica en ordenamientos jurídicos como el nuestro, en que los impedimentos se han reducido a casos en los cuales no puede caber la duda jurídica, y en que las causas de nulidad que no son impedimentos excluyen normalmente la posibilidad de buena fe.

También requiere el art. 224, párr. segundo, que el error de hecho sea excusable, a menos que sea provocado por dolo. Concuierda, además, el párr. tercero con el primero, que configura la mala fe no sólo por el conocimiento efectivo del impedimento sino también por el conocimiento que de él se hubiera debido tener; no queda excusado, pues, el comportamiento negligente de quien habría podido conocer la verdad a poco que indagara. Se ha dicho, en tal sentido, que la simple duda debe ser interpretada en el sentido de que existe mala fe, por cuanto la incertidumbre revela que la persona interesada no ha practicado las averiguaciones necesarias o no adoptó las providencias que imponía el caso.

La ausencia de una regla legal expresa sobre la carga de la prueba de la buena o la mala fe de las partes en el matrimonio anulado plantea discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia. Para las opiniones extremas, o bien el cónyuge que invoca su buena fe debe acreditarla, o bien su contraparte debe demostrar su mala fe; existen, además, posiciones intermedias.

En nuestro país, predomina ampliamente la tesis de que la buena fe se presume y es la mala fe la que debe ser demostrada, como derivación de un principio general del derecho del cual no serían sino meras aplicaciones los arts. 2362 y 4008, que así lo establecen con relación a la posesión y a la prescripción adquisitiva¹. Pero no se trata de una regla absoluta e invariable, pues en ciertos casos –como en el de quien contrae matrimonio incestuoso o en el bígamo– las circunstancias hacen presumir lo contrario, de modo que en situaciones semejantes debería acreditarse la buena fe me-

¹ CNCiv, Sala L, 28/4/95, LL, 1996-A-329.

diante la prueba de la ignorancia del parentesco, o de la creencia razonable en que el primer cónyuge había fallecido. Es que la presunción de buena fe no es más que un principio general, del cual cabe apartarse no sólo cuando se proporciona la prueba de la mala fe —que puede ser aun de presunciones que reúnan los requisitos legales, esto es, que sean graves, precisas y concordantes—, sino también cuando simplemente las circunstancias del caso demuestren que la buena fe no puede haber existido.

Pero, aun predominante, esa tesis es discutida por algunos autores. La posición contraria fue sostenida por Guastavino y por Molinario, quienes creían que en todo caso la buena fe debe ser demostrada, sea por rechazarse la aplicabilidad analógica del art. 4008, sea por estimarse que quien se halla en una situación ilícita debe asumir todas las consecuencias que derivan de esa ilicitud, salvo que la ley disponga expresamente que ese principio no rija, caso en el cual se trataría de una situación de excepción cuyos presupuestos de hecho deberían ser probados por quien la invoca.

Finalmente, se colocan en una posición intermedia Rébora y Mazinghi. Según Rébora, no podrían establecerse principios absolutos acerca de la buena fe y su prueba, y la solución variaría según las causas de nulidad; en los vicios del consentimiento, la impotencia, la falta de edad legal y la locura, la prueba de la buena fe se confundiría con la de los hechos; en la bigamia, se presumiría la mala fe del bigamo y la buena fe de quien se casa con él; y en los impedimentos de parentesco y de crimen se presumiría la mala fe. Con otro criterio ecléctico, Mazinghi sostiene que si la buena fe no es invocada y no se aportan elementos que hagan verosímil la ignorancia del impedimento que causa la nulidad, sólo deben reconocerse los beneficios del matrimonio putativo si de las constancias del proceso surge una fuerte presunción de que existía la buena fe.

En realidad, la cuestión discutida carece virtualmente de trascendencia práctica, ya que por lo general de la propia prueba de las causas que dan lugar a la anulación del matrimonio resulta la buena o mala fe de los contrayentes. Sin embargo, el principio de que la buena fe se presume —con las precisiones establecidas por la doctrina, esto es, la posibilidad de desvirtuar esa presunción por cualquier medio de prueba, inclusive la de presunciones, o por las propias circunstancias del caso, sin necesidad de prueba

específica alguna— me parece ser el más satisfactorio. Aunque sólo establecida expresamente con relación a la posesión de las cosas, no resulta sino la aplicación de un principio general del derecho, pues no median razones específicas relativas a la posesión que la justifiquen, sino que su fundamento se halla en la idea genérica de que las personas obran con corrección mientras no se demuestre lo contrario o no resulte de sus propios actos.

§ 164. **BUENA FE DE AMBOS CÓNYUGES. CONSECUENCIAS.** — Cuando el matrimonio putativo ha sido contraído de buena fe por ambos cónyuges, produce los efectos del matrimonio válido con respecto a los cónyuges, hasta la sentencia de anulación, y en relación con los hijos concebidos antes de dicha sentencia, definitivamente. Así resulta del art. 221, parte primera, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), que expresa: “*Si el matrimonio anulado hubiese sido contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá, hasta el día en que se declare su nulidad, todos los efectos del matrimonio válido*”.

a) **RESPECTO DE LAS PERSONAS DE LOS CÓNYUGES.** Las consecuencias del referido principio en cuanto a los cónyuges son las siguientes:

1) **DERECHOS Y DEBERES DERIVADOS DEL MATRIMONIO.** En principio, cesan todos los derechos y deberes que produce el matrimonio (art. 221, inc. 1, parte primera, Cód. Civil, texto según ley 23.515). No existen ya, pues, los deberes de fidelidad, de cohabitación, ni de asistencia moral. Sólo el deber de alimentos subsiste en forma limitada.

2) **ALIMENTOS.** Se mantiene “*la obligación de prestarse alimentos de toda necesidad conforme al art. 209*” (art. 221, inc. 1, Cód. Civil). La obligación es indistinta para el hombre y la mujer, pero sólo rige en caso necesario, es decir, cuando el que pide los alimentos carece de recursos propios suficientes y de posibilidad razonable de procurárselos (art. 209, texto según ley 23.515, concordante con el art. 370, Cód. Civil).

3) **USO DEL APELLIDO MARITAL.** El derecho de la mujer de añadir al suyo el apellido de su marido es, evidentemente, un derecho derivado del matrimonio. Por lo tanto, cesa al anularse éste. Sin embargo, el art. 11 de la ley 18.248 ha introducido una excepción

a ese principio, al permitir que continúe usándolo la mujer de buena fe que tuviese hijos. En tal sentido, dicho artículo dice: “Decretada la nulidad del matrimonio, la mujer perderá el apellido marital. Sin embargo, si lo pidiere, será autorizada a usarlo, cuando tuviera hijos y fuese cónyuge de buena fe”. No expresa quién debe otorgar la autorización, por lo que debe entenderse que es el juez que declaró la nulidad; mas no parece que quepa un poder de apreciación de dicho juez, pues basta la buena fe y la existencia de hijos para que la autorización deba ser dada. El propósito de la norma es, sin lugar a dudas, que la mujer de buena fe no se vea obligada a llevar un apellido diferente del de sus hijos habidos del matrimonio que es anulado.

4) **EMANCIPACIÓN.** Hasta la reforma de 1968 se discutía si persistía o no la emancipación del cónyuge de buena fe menor de edad. Por ello para Llerena no subsistía, por aplicación del art. 132 del Cód. Civil. Otros autores entendían que persistía –por lo menos en ciertos casos– argumentando sobre la base del art. 88, inc. 3, de la ley de matrimonio civil, disposición de la cual resultaba que el cónyuge de buena fe conservaba la patria potestad de los hijos del matrimonio anulado, pues afirmaban que no se concebiría el ejercicio de la patria potestad sin emancipación; así, Segovia, Machado, Orgaz y Borda consideraban que subsistía la emancipación si había hijos, mientras que Salvat, Spota y Llambías extendían la solución a todos los casos. Este último criterio fue consagrado por la ley 17.711, que agregó al art. 132 del Cód. Civil, un párr. segundo que dice: “*En el caso del matrimonio putativo subsistirá la emancipación respecto del cónyuge de buena fe*”.

b) **RESPECTO DE LOS BIENES.** Las consecuencias de la buena fe de ambos cónyuges son las que siguen:

1) **DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.** Según el art. 221, inc. 2, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), “*en cuanto a los bienes, será de aplicación a la sociedad conyugal lo dispuesto en el art. 1306 de este Código*”. Por tanto, tiene lugar la disolución *ipso iure* de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda.

2) **DERECHO HEREDITARIO.** A falta de norma legal acerca del derecho hereditario entre los cónyuges, la doctrina está conteste en afirmar que el cónyuge sobreviviente hereda al otro si éste fallece

antes de la sentencia de nulidad, y no si fallece después; es una consecuencia extraída del principio de que el matrimonio produce sus efectos hasta el momento de la sentencia, por lo que el derecho hereditario tiene lugar si la muerte se produce antes, pero no si es posterior a ella.

La doctrina está dividida acerca de la solución que corresponde en caso de bigamia, cuando el segundo cónyuge es de buena fe. Para Lafaille y Fornieles, si hay cónyuge legítimo y cónyuge de buena fe de matrimonio putativo, ambos concurren a la sucesión; Fornieles sostuvo que en los casos en que el cónyuge recibe una porción fija, dicha porción debe dividirse por partes iguales entre ambos, mientras que cuando recibe una porción variable —determinada por el número de herederos con los que concurre— cada uno de ellos toma una parte igual a la de los demás concurrentes.

En cambio, Borda, Spota, Molinas, Guastavino y Maffía afirman que en tales casos el cónyuge de buena fe resulta excluido por el del matrimonio legítimo. Llegan a esa conclusión fundamentalmente por sostener que la solución debe ser concordante con la que el art. 1316 del Cód. Civil da para la liquidación de las dos sociedades conyugales —situación en la cual los derechos del cónyuge legítimo no son afectados por los del segundo cónyuge del bigamo—, y con el fundamento dado en la nota respectiva por el codificador, quien afirma que el matrimonio putativo produce efectos civiles respecto al esposo de buena fe, pero no a costa de los efectos del matrimonio legítimo. Por otra parte, si concurrieran dos cónyuges de buena fe de distintos matrimonios, no se discute que heredarían ambos.

3) *DERECHO A PENSIÓN.* Corresponde derecho a pensión al cónyuge de buena fe sobreviviente, si la muerte del otro se produjo antes de la declaración de nulidad, pues en adelante este derecho estaría comprendido entre los que cesan como consecuencia de ella.

En caso de sobrevivir esposa legítima y esposa de buena fe del matrimonio putativo, la segunda recibe toda la pensión si la primera está separada o divorciada por su culpa o separada de hecho sin voluntad de unirse. La dificultad se presenta cuando tales situaciones no se dan, ya que una y otra reunirían los requisitos legales para la concesión del beneficio; sin embargo, se considera que la administración no podría ser obligada —como consecuen-

cia de un acto no sólo indebido sino también delictuoso del afiliado a la caja de previsión— a pagar dos pensiones íntegras. Borda y Spota parecen inclinarse por subordinar el derecho de la esposa de buena fe a la pérdida del suyo por la esposa legítima. En cambio, Bidart Campos se pronuncia por el reparto del beneficio entre una y otra, solución que resulta más razonable en virtud del carácter asistencial de la institución.

c) **RESPECTO DE LOS HIJOS.** Respecto de éstos, son consecuencia de la buena fe de los cónyuges las siguientes:

1) **CARÁCTER MATRIMONIAL.** Son hijos matrimoniales, pues a su respecto los efectos del matrimonio se produjeron desde su concepción o desde la celebración de aquél, si fue posterior.

2) **PATRIA POTESTAD.** Puesto que se aplican las normas referentes a los hijos matrimoniales, la patria potestad corresponde a los dos padres, y su ejercicio a ambos si a pesar de la anulación del matrimonio continúan viviendo en común; caso contrario, a aquel que ejerza legalmente la tenencia (art. 264, incs. 1 y 2, Cód. Civil, textos según ley 23.264).

3) **TENENCIA.** La tenencia de los hijos debe ser decidida judicialmente si los contrayentes no continúan viviendo en común después de la declaración de nulidad y no hay acuerdo entre ellos respecto de su ejercicio. Para su decisión, cabe aplicar por analogía el art. 206, párr. segundo, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), referente a la separación personal pero también aplicable al divorcio vincular (art. 217), que dispone: “*Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos*”.

§ 165. **BUENA FE DE SÓLO UNO DE LOS CÓNYPUGES.** — Cuando el matrimonio putativo ha sido contraído de buena fe por sólo uno de los cónyuges, sus efectos se producen únicamente respecto del cónyuge de buena fe. Así lo establece el párr. primero del art. 222 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), según el cual “*si hubo buena fe sólo de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio producirá, hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, todos*

los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al esposo de buena fe".

a) **RESPECTO DE LAS PERSONAS DE LOS CÓNYUGES.** Del principio expuesto derivan las siguientes consecuencias respecto de los cónyuges.

1) **DERECHOS Y DEBERES DERIVADOS DEL MATRIMONIO.** Cesan, en principio, lo mismo que en el caso de buena fe de ambos esposos.

2) **ALIMENTOS.** Dispone el art. 222, inc. 1, que "*el cónyuge de mala fe no podrá exigir que el de buena fe le preste alimentos*". Por lo tanto, en la medida indicada –caso de toda necesidad–, el derecho alimentario subsiste, pero sólo en favor del cónyuge de buena fe.

3) **USO DEL APELLIDO MARITAL.** Conforme al art. 11 de la ley 18.248, la mujer de buena fe que tenga hijos debe ser autorizada, a su pedido, a continuar utilizándolo.

4) **EMANCIPACIÓN.** Según el art. 132 del Cód. Civil, con el agregado introducido por la ley 17.711, la emancipación cesa para el cónyuge menor de edad de mala fe, pero persiste para el de buena fe.

b) **RESPECTO DE LOS BIENES.** En cuanto a los bienes, los efectos son los que se enuncian a continuación.

1) **DIVISIÓN DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA UNIÓN.** La ley de matrimonio no contenía disposición alguna sobre el destino de los bienes adquiridos durante la unión que habrían sido gananciales en caso de ser válido el matrimonio. La doctrina mayoritaria y los únicos fallos existentes sobre el punto², entendieron, conforme a similar solución de la doctrina francesa, que el cónyuge de buena fe podía optar entre pedir que la división se realizara como si hubiese habido sociedad conyugal –es decir, por mitades– o como si se tratase de una sociedad de hecho, esto es, de acuerdo con los aportes que, en capital o en trabajo, hubiera hecho cada uno de los contrayentes. Esta solución le evitaría el perjuicio que le podría ocasionar la entrega al cónyuge de mala fe

² CCiv² La Plata, 31/12/40, JA, 75-726; CNCiv, Sala A, 27/8/58, LL, 97-633; íd., Sala C, 17/11/79, LL, 119-618, 30.140-S.

de la mitad de los bienes producidos sin su participación, a la vez que dejaría a salvo los derechos de éste para el caso de haber contribuido a su formación.

En caso de bigamia, su aplicación quedaría limitada por la disposición del art. 1316 del Cód. Civil, según la cual la esposa legítima tiene derecho a la mitad de los gananciales adquiridos hasta la disolución del matrimonio; los derechos del segundo cónyuge de buena fe podrían ejercerse, pues, hasta el límite donde afecten los del primer cónyuge del bígamo. Contra esa interpretación se alzó Guaglianone, quien sostuvo que la consecuencia de la regla del párr. primero del art. 88 de la ley de matrimonio civil –esto es, que el matrimonio produce efectos respecto del cónyuge de buena fe, y no respecto del de mala fe– era la de que el primero tuviese los derechos que un matrimonio válido le habría conferido sobre los gananciales formados por el segundo, mientras que éste no tendría igual derecho sobre los bienes de aquél.

En consecuencia, el de buena fe retendría sus bienes que, de haber habido matrimonio válido, habrían sido gananciales; en cambio, el de mala fe debería dividir los suyos por mitades con el de buena fe.

La ley 23.515 da solución expresa a la cuestión; en el nuevo art. 222, inc. 3, establece: *“El cónyuge de buena fe podrá optar por la conservación, por cada uno de los cónyuges, de los bienes por él adquiridos o producidos antes y después del matrimonio, o liquidar la comunidad integrada con el de mala fe mediante la aplicación del art. 1315, o exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge, a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos, como si se tratase de una sociedad de hecho”*.

Actualmente, pues, a la opción consagrada por la jurisprudencia –aplicar el régimen de la sociedad conyugal o el de las sociedades de hecho– se agrega una tercera posibilidad para el contratante de buena fe: la de conservar los bienes por él adquiridos o producidos tanto antes de la celebración del matrimonio como después, lo que equivale a suprimir la comunidad haciendo regir en este caso peculiar el régimen de separación de bienes.

2) **REVOCACIÓN DE DONACIONES.** El art. 222, inc. 2, dispone que *“el cónyuge de buena fe podrá revocar las donaciones que por causa del matrimonio hizo al de mala fe”*.

Hay que entender que no se trata únicamente de las donaciones hechas por el esposo a la esposa en la convención prenupcial (art. 1217, inc. 3, Cód. Civil), sino también las que cualquiera de los contrayentes hubiese hecho al otro antes del matrimonio pero en vista de su celebración.

3) **DERECHO HEREDITARIO.** El derecho hereditario existe en favor del cónyuge de buena fe cuando el fallecimiento del de mala fe se ha producido antes de la sentencia de nulidad.

4) **DERECHO A PENSIÓN.** Corresponde al cónyuge de buena fe sobreviviente, si la muerte se produjo antes de la declaración de nulidad.

5) **ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.** *“El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia”* (art. 225, Cód. Civil, texto según ley 23.515). La reparación debe comprender tanto el daño material como el daño moral (art. 1078, Cód. Civil).

El contrayente de buena fe tiene, pues, acción resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos, contra el de mala fe y contra los terceros que hubieran provocado su creencia de que no mediaban impedimentos dirimentes, que hubieran ejercido sobre él violencia, realizado maniobras dolosas o colaborado en las realizadas por el contrayente de mala fe, provocado su error o el desconocimiento de la impotencia del otro contrayente. Cuando existen varios responsables, el contrayente de mala fe y terceros, todos ellos responden solidariamente del daño material y moral sufrido, por aplicación de los arts. 1081 y 1109, párr. primero, parte segunda, del Cód. Civil.

La prescripción de la acción resarcitoria es la de dos años que el art. 4037 del Cód. Civil, establece para la responsabilidad civil extracontractual. Dicho plazo debe ser computado a partir del día en que la sentencia de nulidad pasa en autoridad de cosa juzgada, no sólo porque la acción se basa en la nulidad del matrimonio y ésta no opera de pleno derecho, sino más especialmente en virtud de la suspensión de la prescripción entre cónyuges que establece el art. 3969 del Cód. Civil.

c) **RESPECTO DE LOS HIJOS.** Son hijos matrimoniales, y a su respecto se aplican las mismas reglas que en el caso de buena fe

de ambos contrayentes (art. 264, incs. 1 y 2, Cód. Civil, texto según ley 23.264).

§ 166. **MALA FE DE AMBOS CÓNYUGES.** – Si el matrimonio ha sido contraído de mala fe por ambos cónyuges, no produce ninguno de los efectos del matrimonio putativo, sin perjuicio de que produzca las consecuencias generales de todo matrimonio anulado (ver § 171).

A este respecto, dispone el art. 223 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) que *“la unión será reputada como concubinato”* (inc. 1) y que *“en relación a los bienes, se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho, si se probaren aportes de los cónyuges, quedando sin efecto alguno las convenciones matrimoniales”* (inc. 2).

La calificación de “concubinato” que se hace en el inc. 1, nada añade al principio de privación de efectos civiles, ya que precisamente el Código Civil guardó silencio acerca de la unión de hecho con la intención de que no produjese efectos. Por cierto que la referida calificación no obsta a que la unión pueda producir las consecuencias que legislación y jurisprudencia posteriores asignan al concubinato (ver § 627 a 631).

En lo patrimonial, la regla del inc. 2 es la simple consecuencia de la ausencia de efectos civiles del matrimonio: de él no deriva la existencia de sociedad conyugal, y en caso de haberse otorgado convención prenupcial, ésta queda sin efecto por no haberse cumplido la condición suspensiva –celebración de matrimonio válido o putativo– a la cual está implícitamente subordinada (arts. 1238 y 1239, Cód. Civil). Con el agregado por la ley 23.515 de la exigencia de prueba de aportes de los cónyuges, queda perfectamente claro que no siempre y necesariamente existe entre los contrayentes del matrimonio anulado una sociedad de tal tipo; la habrá –lo mismo que en el simple concubinato– únicamente cuando hubiera habido aportes en capital o en trabajo con el propósito de obtener una utilidad apreciable en dinero (art. 1648, Cód. Civil) que hubiesen determinado la formación de un patrimonio común.

Es decir, que la situación no difiere de la que se plantea en un simple concubinato, ya que no sería razonable que de una unión ilícita contraída conscientemente por ambas partes derivasen mejores consecuencias que de una simple unión de hecho. En caso

de haber sociedad de hecho, la división de los bienes debe hacerse en proporción a los aportes, que pueden ser tanto en capital como en trabajo (arts. 1778, última parte, y 1649, Cód. Civil), y por partes iguales sólo en los casos en que uno de los contrayentes hubiera aportado bienes y el otro su trabajo (art. 1780, Cód. Civil) o ambos sólo su trabajo (art. 1785, Cód. Civil).

En cuanto a los hijos, si bien son extramatrimoniales, ello no modifica sus derechos y deberes ni los de sus padres, a partir de la ley 23.264. Inclusive rige la presunción de paternidad derivada del concubinato (art. 257, Cód. Civil, texto según ley 23.264).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Acuña Anzorena, Arturo. *Naturaleza de la responsabilidad y régimen de la prescripción de la acción resarcitoria ejercida por uno de los cónyuges contra el otro por causa de nulidad de matrimonio*. LL, 78-189.
- Barbero, Omar U., *La responsabilidad civil en el derecho de familia*. JA, 29-1975-623.
- Belluscio, Augusto C., *El derecho a pensión de la concubina en la jurisprudencia de la Corte Suprema*. LL, 1975-C-261.
- Bidart Campos, Germán J., *Casos y formas de incidencia del derecho civil en el derecho de la previsión social*, "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", nº 10, p. 51.
- *El derecho a pensión en el matrimonio putativo declarado nulo*. "Revista Derecho del Trabajo". t. XXV, p. 251.
- Borda, Guillermo A., *La ley del nombre*. LL, 136-1192.
- Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., *Sobre la buena fe y el matrimonio putativo*. LL, 1978-C-446.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *La buena fe en el matrimonio anulable por vicios del consentimiento*. JA, 1942-II-340.
- Fassi, Santiago C., *Débito conyugal y daño moral*, LL, 129-550.
- Grosman, Cecilia P., *Patria potestad y tenencia de hijos en caso de nulidad de matrimonio, cuando sólo uno de los cónyuges es de buena fe*, LL, 1976-D-755.
- Guaglianone, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Bs. As., Depalma, 1965.
- Guastavino, Elías P., *Sucesión en caso de bigamia*, JA, 1961-VI-232.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Juicio de nulidad matrimonial*, Bs. As., Hammurabi, 1984.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo U. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.

- López del Carril, Julio J., *Legitimación de hijos extramatrimoniales*, Bs. As., Depalma, 1960.
- Maffía, Jorge O., *La impotencia como causal de anulación del matrimonio*, *Jus*, nº 13 y 14, p. 53.
- Méndez Costa, María J., *Buena fe matrimonial*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. I, p. 524.
- Molinario, Alberto D., *Algunas reflexiones sobre la cuasi inexistencia temporal: de la unidad jurisdiccional en cuestiones familiares y del régimen de la buena fe en materia de nulidad matrimonial*, *JA*, 10-1971-86.
- Molinas, Alberto J., *Derecho hereditario de la segunda esposa en caso de bigamia*, "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", Santa Fe, 1954, nº 78 y 79, p. 75.
- Pliner, Adolfo, *La ley del nombre*, *JA*, doctrina 1969-484.
- Stratta, Alicia J., *Sobre el art. 89, inc. 2, de la ley 2393*, *JA*, 1982-III-506.
- Zannoni, Eduardo A., *Reconocimiento de efectos extraterritoriales del matrimonio "in fraudem legis" para el otorgamiento de beneficios pensionarios en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *LL*, 1975-C-261.

SECCIÓN QUINTA

EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

CAPÍTULO XVIII

DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES

A) AUTORIDAD MARITAL

§ 167. *EVOLUCIÓN HISTÓRICA.* – Desde la Antigüedad, una de las consecuencias del matrimonio era la adquisición por parte del marido de cierta autoridad o potestad, más o menos absoluta según los pueblos, sobre la mujer.

En el derecho romano, esa potestad (*manus*) no se adquiría siempre, sino únicamente en los casos de matrimonio *cum manum*, con la particularidad de que no la ejercía necesariamente el marido. Si éste era *sui iuris*, a él le correspondía la *manus*, pero si era *alieni iuris*, le correspondía a su *paterfamilias*. En el matrimonio *sine manum*, la mujer continuaba sometida a la potestad de su propio *paterfamilias* si era *alieni iuris*, si era *sui iuris* permanecía libre, y después de la desaparición de la tutela perpetua que los agnados ejercían sobre la mujer, pudo actuar en todos los actos de la vida civil.

Entre los germanos, también existió la potestad del marido sobre la mujer, denominada *mundium*, de caracteres más rigurosos que la *manus* romana.

En el antiguo derecho francés se combinaron ambas instituciones, dando origen (con el añadido del deber de protección del marido y el de obediencia de la mujer) a la potestad marital, complementada por la incapacidad de la mujer casada. El texto originario del art. 213 del Cód. Napoleón estableció expresamente

el deber de obediencia de la mujer hacia el marido. Tal deber fue suprimido a partir de la reforma introducida en ese artículo en 1938, que sólo le dio el carácter de jefe de familia. Pero aun este carácter desapareció con la reforma de 1970, según la cual “los esposos aseguran juntos la dirección moral y material de la familia” (art. 213, parte primera).

Los códigos modernos que mantenían cierta preeminencia del marido dentro del hogar han sido modificados. Así, el suizo lo consideraba el jefe de la unión conyugal; pero la reforma de 1984 modificó esa disposición estableciendo que “los esposos se obligan mutuamente a asegurar la prosperidad (de la familia) de común acuerdo y a proveer juntos al mantenimiento y la educación de los hijos” (art. 160, párr. primero). En Alemania fue derogado el § 1354 que confería al marido el poder de decidir sobre todas las circunstancias comunes de la vida conyugal, en especial la determinación del domicilio y la residencia. Y en Italia, la reforma de 1975 sustituyó el art. 144 del Código de 1942, que le daba el carácter de jefe de la familia, por otra disposición según la cual los cónyuges deben acordar entre ellos la dirección de la vida familiar.

Actualmente, puede considerarse consumada la desaparición de la autoridad marital como potestad jurídica, sustituida paulatinamente por el principio de igualdad jurídica de los cónyuges, recogido inclusive por diversos textos constitucionales del siglo xx. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre consigna la igualdad de derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución (art. 16, párr. primero); y la Convención Interamericana de Concesión de Derechos Cíviles a la Mujer, dada en Bogotá en 1948 y ratificada por nuestro país por decr. ley 9983/57, establece en su art. 1º que “*los Estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre*”.

Mayor amplitud revisten las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ratificada por nuestro país por ley 23.179, e incorporada a la Constitución nacional por la reforma de 1994, en el art. 75, inc. 22. En general, los Estados partes han quedado obligados a “*consagrar, si aún no lo han hecho, en sus*

constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada, el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio” (art. 2º, inc. a), a *“adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer”* (art. 2º, inc. b), y a *“establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”* (art. 2º, inc. c). En el ámbito del derecho civil, los Estados partes se comprometieron a reconocer a la mujer *“la igualdad con el hombre ante la ley”* (art. 15, párr. primero) y reconocerle *“en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad...”* (art. 15, párr. segundo).

En el aspecto del derecho de familia, se convino adoptar *“todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares”*, y, en particular, asegurar *“en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) el mismo derecho para contraer matrimonio; b) el mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permiten ejercer estos derechos; f) los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g) los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h) los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, com-*

pras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso” (art. 16, párr. primero).

§ 168. *NORMAS NACIONALES.* – El Código Civil dio un paso adelante con respecto al Código Napoleón, pues no incluyó en su texto el deber de obediencia de la mujer. Sin embargo, estructuró un régimen de potestad marital, basado en la incapacidad de hecho relativa de la mujer casada (arts. 55 y 57, inc. 4), la administración de sus bienes por el marido (art. 1276, Cód. Civil, y art. 52, ley mat. civ.), y la imposibilidad de trabajar sin licencia expresa o tácita del marido (arts. 55 y 56, ley mat. civil).

La ley 11.357, del año 1926, modificó sustancialmente ese orden de cosas, de manera que desde entonces pudo considerarse desaparecida la potestad marital. Sin embargo, el carácter de jefe del hogar o de la familia del marido, aunque no expresado en los textos legales, continuó existiendo como resultado del derecho de decisión, una de cuyas aplicaciones era la facultad de fijar la residencia conyugal (art. 53, ley mat. civ.), y del derecho de administrar y disponer de los bienes gananciales cuyo origen no se pueda determinar (art. 1276, párr. segundo, Cód. Civil, con la reforma de la ley 17.711); tanto esa jefatura como las mencionadas normas quedaron en pugna con la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La ley 23.515 adaptó parcialmente las normas del Código a las de dicha Convención, pues suprimió el derecho de decisión del marido y su consecuencia fundamental, la de fijar la residencia conyugal o familiar, así como la correlativa obligación de la mujer de seguirlo a donde él la fijase (art. 53, ley mat. civ.), pero mantuvo la disposición referente a la administración de los bienes gananciales de origen dudoso.

El texto actual del art. 198 del Cód. Civil (introducido por dicha ley) expresa: “*Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos*”, fórmula basada en la clásica del Código Napoleón, según cuyo art. 212 “los esposos se deben mutuamente fidelidad, socorro y asistencia”; y los arts. 199 y 200 regulan igualmente el deber de cohabitación y la facultad de fijar la residencia familiar. Por consiguiente, puede considerarse recogido por la ley argentina el principio de igualdad jurídica de los esposos,

también trasuntado en su equiparación en cuanto al ejercicio de la patria potestad consagrada por la ley 23.264.

§ 169. **FIJACIÓN DE LA RESIDENCIA FAMILIAR.** – Conforme al art. 200 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), “*los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia*”.

No se establece en la ley el medio para superar las discrepancias entre uno y otro cónyuge respecto de la fijación de la residencia familiar, por lo que cabría sostener que esas discrepancias deban ser dirimidas judicialmente. Sin embargo, hay que admitir que, llegada a ese punto la desavenencia, será difícil que subsista el matrimonio.

§ 170. **CONTROL DE CORRESPONDENCIA Y FISCALIZACIÓN DE LAS AMISTADES.** – Bajo el régimen anterior a la ley 23.515 se discutió la existencia del derecho del marido de controlar o interceptar la correspondencia de la esposa y fiscalizar sus amistades. Actualmente, cabría preguntarse si esos derechos existen recíprocamente entre los esposos.

En cuanto al control de la correspondencia, el principio que niega tal fiscalización parece indiscutido, pero la duda surge cuando la interceptación tiene por objeto obtener la prueba de relaciones amorosas o equívocas con un tercero. Aun en esos casos es inaceptable el reconocimiento de un derecho que constituiría una afrenta a la intimidad de uno de los esposos y podría justificar la persecución continua por parte del afectado por celos, aun totalmente inmotivados. Trataríase de una suerte de censura que repugna al más elemental sentido de la privacidad de los papeles personales y es incompatible con la fe debida entre los esposos. Por tanto, comparto la opinión que niega totalmente el derecho de interceptación. Pero por cierto que esa negativa no implica la prohibición de presentar judicialmente como prueba cartas de las cuales resulte la prueba o la presunción de la existencia de una causal de divorcio, pues esas cartas pueden haber sido obtenidas por medios distintos de la interceptación de las piezas postales recibidas o remitidas por el cónyuge.

Con relación a la fiscalización de amistades, únicamente cabe cuando se trate de personas que representen un peligro para el

hogar o cuando la relación con ellas implique una injuria para el otro cónyuge. El derecho de negar la entrada en el hogar a algunas personas también parece justificado, siempre que no se trate de una actitud arbitraria, en especial cuando se trata de parientes del otro cónyuge.

B) DEBER DE FIDELIDAD

§ 171. *CONCEPTO.* – El art. 198 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) consagra el deber mutuo de fidelidad entre los esposos, que es una consecuencia necesaria del matrimonio monogámico. No sólo excluye la posibilidad de que uno de los esposos tenga relaciones sexuales con un tercero, sino también toda relación con persona del otro sexo que resulte sospechosa a los ojos de quienes la conozcan, o que pueda lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge.

La igualdad de los cónyuges con relación a este deber se ha impuesto en la legislación contemporánea. En el campo del derecho civil, sólo subsiste la diferencia en unos pocos códigos que requieren, para que el adulterio del hombre constituya causa de divorcio, que tenga concubina o que cause escándalo público o menosprecio de la mujer. Ese criterio diferenciador fue dejado de lado por reformas introducidas en códigos civiles de otros países que hasta hace poco tiempo lo mantenían, tales como España (1958), Bolivia (1972), Costa Rica (1973), Colombia (1974), Italia (1975), Uruguay (1978), El Salvador (1992) o Panamá (1994).

En nuestra doctrina, la solución igualitaria fue criticada por Machado, pero ya nadie la discute. Sólo subsistía una distinta consideración de la infidelidad de la mujer y la del hombre en la esfera penal; en tanto aquélla cometía delito de adulterio por la sola relación sexual con otro hombre, el marido sólo incurría en él cuando tenía manceba dentro o fuera de la casa conyugal (art. 118, Cód. Penal, texto originario), pero esa diferencia (que resultaba contraria al art. 2º, inc. g, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por el cual el país se había obligado a “*derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer*”)

ha desaparecido con la derogación del mencionado artículo por la ley 24.453, que desincrimina el adulterio.

§ 172. *CARACTERES.* – El deber de fidelidad tiene los siguientes caracteres:

a) Es recíproco. Pesa por igual sobre ambos cónyuges.

b) Es absoluto o incompensable. Cada uno de los cónyuges (obligado por este deber) no puede excusarse alegando el incumplimiento de parte del otro.

c) Es permanente. Conforme a la doctrina casi unánime, tras la reforma de 1968 no habrían cabido dudas en el sentido de que persistía en tanto no se disolviera el matrimonio. No lo excluía el divorcio no vincular, ya que el adulterio o la infidelidad podían ser invocados por el cónyuge declarado culpable para obtener la declaración de culpabilidad del inocente (art. 71 *bis*, ley mat. civ.), y además el adulterio del inocente podía ser invocado por los herederos del culpable para obtener la pérdida del derecho hereditario del primero (art. 3574, párr. segundo, Cód. Civil). En contra de esa opinión se expidió Zannoni, quien entendía que no se trataba ya de un deber de fidelidad sino de un deber de continencia sexual. La jurisprudencia tendió a juzgar con criterio restrictivo las conductas o actitudes encuadrables en el art. 71 *bis* de la ley de matrimonio civil.

Con las reformas de la ley 23.515 parece subsistir pese a la separación personal, pues entre los efectos de ésta que legisla no se halla la extinción del deber de fidelidad. Por otra parte, frente a la posibilidad de convertir la separación en divorcio vincular, no cabría tampoco sostener que la ley impone la castidad perpetua. Finalmente, el adulterio puede ser invocado como causa de divorcio después de la separación (art. 214, inc. 1, Cód. Civil). En cambio, si se decreta el divorcio vincular, es obvio que desaparece, pues los divorciados dejan de ser cónyuges.

Siempre según la doctrina mayoritaria, tampoco excluye el deber de fidelidad la separación de hecho de los esposos, sin perjuicio de que si éstos están separados pueda ser apreciado con menor estrictez. Así lo señala con un ejemplo contundente Maffía: no es lo mismo que concurra a una función cinematográfica nocturna en compañía de una persona del otro sexo, la esposa que

vive con su marido que la que se halla separada de éste desde varios años atrás.

Sin embargo, en los últimos tiempos ha surgido una corriente doctrinal según la cual la separación de hecho consentida implicaría que los cónyuges se relevasen del cumplimiento del deber de fidelidad, así como lo hacen con el de cohabitación y el débito conyugal. Esta opinión ha sido recogida en algunos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que disienten con la opinión mayoritaria según la cual el deber de fidelidad continúa existiendo, considerándolo extinguido después de un lapso prudencial sin que haya habido reconciliación¹, o bien por el transcurso del plazo de tres años que habilita a solicitar el divorcio vincular².

§ 173. **SANCIONES.** – El incumplimiento del deber de fidelidad acarrea sanciones civiles. La sanción es la separación personal o el divorcio vincular, que corresponderán por la causal de adulterio si uno de los cónyuges ha tenido relaciones sexuales con un tercero (infidelidad física) o por la de injurias graves si se trata de otros hechos, que indican una conducta incompatible con la discreción y el decoro que es exigible en las relaciones con terceros (infidelidad moral).

C) DEBER DE ASISTENCIA

§ 174. **ASISTENCIA MORAL Y MATERIAL.** – El texto del art. 198 del Cód. Civil, introducido por la ley 23.515, consagra expresamente el deber de asistencia, que es de la esencia del matrimonio, es recíproco entre los cónyuges, y tiene un aspecto moral o espiritual y otro material. En el primero, se ha señalado como su contenido concreto: *a)* La solidaridad personal, representada no sólo por un trato considerado y decoroso sino también por la prestación de los estímulos necesarios para el logro del propio destino, y por la participación en todos los avatares de la vida, alegrías y dolores, éxitos y fracasos. *b)* El auxilio moral o espiritual en caso de en-

¹ Sala M, 12/6/92, LL, 1993-E-15.

² Sala J, 12/9/97, LL, 1999-C-724, y ED, 176-159.

fermedad. c) Finalmente, la ayuda de un cónyuge al otro en sus negocios particulares según lo corriente en el medio social en que actúan: por ejemplo, en la explotación de negocios de poca envergadura.

La ley 23.515 ha suprimido el deber primordial del marido de sostener económicamente a la mujer y al hogar. Aunque no hay ahora regla específica, cabe interpretar que la obligación de sostener el hogar incumbe a uno y otro en proporción a sus medios.

En tal sentido, diversos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil han puesto de manifiesto que el principio de igualdad jurídica de los cónyuges debe ser aplicado según las características de cada grupo familiar, tomando en consideración las funciones o los roles desempeñados por cada uno de ellos durante la convivencia, la posición económica, social y cultural del matrimonio y de cada uno de sus integrantes, su edad, estado de salud y capacidad laboral, los bienes y rentas de que disponen o pueden disponer, y las tareas desempeñadas después de la ruptura³.

§ 175. *ALIMENTOS.* – El art. 198 del Cód. Civil, texto según ley 23.515, establece también el deber mutuo de alimentos entre los esposos, sin que norma alguna lo reglamente fuera de los casos de separación personal o divorcio, o de proceso de separación o divorcio en trámite (arts. 207, 217 y 231).

A falta de disposiciones específicas, los alimentos entre cónyuges que conviven o están separados de hecho deberán regularse por la disposición del art. 207, referente a la separación personal pero aplicable también al divorcio (art. 217).

Según dicha disposición deberán tenerse en consideración el nivel económico de los esposos, su edad y estado de salud, la dedicación al cuidado y educación de los hijos, la capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado.

Habrá también de examinarse la aplicabilidad de las pautas que la jurisprudencia había fijado anteriormente sobre la base de las disposiciones de la ley de matrimonio civil, en especial la de que los alimentos no deben limitarse a la satisfacción de las necesida-

³ Sala B, 4/5/94, *LL*, 1995-D-39; *id.*, 7/5/96, *LL*, 1996-E-162; Sala G, 19/4/88, *LL*, 1990-A-683; Sala H, 11/8/97, *LL*, 1998-E-703; Sala K, 30/8/95, *LL*, 1996-B-743.

des mínimas, sino comprender también lo necesario a fin de cubrir todas las exigencias de la vida de relación, necesidades culturales, distracciones y viajes de recreo o descanso, etcétera.

§ 176. **CARACTERES DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.** – La obligación alimentaria entre cónyuges tiene los siguientes caracteres.

a) Es recíproca. Ello resulta de la propia naturaleza del matrimonio y del actual texto del art. 198 del Cód. Civil, que establece la reciprocidad de los deberes de asistencia y alimentos.

b) Es permanente. Subsiste durante la tramitación de los juicios de divorcio y de separación personal (art. 231, Cód. Civil, texto según ley 23.515), después de la separación personal (art. 207) y aun después de disuelto el matrimonio por divorcio (arts. 217 y 218).

Aun cuando la cuestión dio lugar a dificultades durante mucho tiempo, terminó por triunfar en la jurisprudencia y en la doctrina el criterio de que tampoco le pone fin la separación de hecho. En caso de negativa del requirente de alimentos a cumplir el deber de cohabitación, el art. 199, párr. segundo, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), dispone que *“cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente (que) se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos”*.

Habitualmente, la petición de alimentos se formula cuando los cónyuges están separados. Sin embargo, no existe disposición legal alguna que subordine el derecho a los alimentos a la circunstancia de estar los esposos separados de hecho, de modo que nada obsta para que se los solicite mientras todavía habitan en la misma vivienda. Claro está que la situación debe ser tenida en consideración para graduar la medida de los alimentos. Por otra parte, se ha sostenido que en tal caso debe justificarse el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandado.

§ 177. **SANCIONES.** – El incumplimiento del deber de asistencia, en su aspecto moral o material, da lugar a sanciones civiles e inclusive puede fundar sanciones penales.

En el aspecto civil, configura una causal de separación personal y de divorcio (la de injurias graves), y aun puede constituir uno de los elementos del abandono, sin perjuicio de la posibilidad de obtener judicialmente su cumplimiento compulsivo.

En el campo penal, el hecho de sustraerse uno de los cónyuges a prestar los medios indispensables para la subsistencia del otro, en tanto no medie divorcio por culpa de éste, tipifica el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, reprimido con pena de prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos (arts. 1º y 2º, inc. d, ley 13.944, y ley 23.077), agravado en caso de que el deudor se insolvente fraudulentamente (art. 2º bis, ley 13.944, texto según ley 24.029). Se trata de un delito de acción privada (art. 73, inc. 5, Cód. Penal), que no se configura aunque no se presten los alimentos en la medida establecida en sede civil, si es que se da lo indispensable para la subsistencia.

D) DEBER DE COHABITACIÓN

§ 178. **CONCEPTO.** – Como consecuencia del matrimonio, los esposos están obligados a cohabitar, es decir, a vivir bajo un mismo techo. El Código consagra este deber en el art. 199, párr. primero (texto según ley 23.515), en los siguientes términos: *“Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos”*.

§ 179. **EXCEPCIONES.** – El deber de cohabitar tiene varias excepciones. La principal está dada por la separación personal, cuya consecuencia fundamental es precisamente su desaparición (art. 206, párr. primero, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

También queda en suspenso cuando, promovida la acción de separación personal o de divorcio o antes de ella en los casos de urgencia, el juez decide que uno de los esposos se retire del hogar conyugal (art. 231, Cód. Civil, texto según ley 23.515). Se trata de una situación provisional, pues el deber de cohabitar renace si el pedido de separación o de divorcio es rechazado y desaparece si es acogido.

Otras situaciones de hecho pueden dar lugar a la desaparición del deber de cohabitación. Por lo pronto, la existencia de causales de separación personal o de divorcio imputables al otro cónyuge justifica su interrupción de hecho, sea que se promueva el juicio de separación o de divorcio o no se lo haga, pues por su propia naturaleza esas circunstancias hacen intolerable la vida en común y no existe interés social en imponer al cónyuge afectado la promoción de tal juicio. Otras circunstancias que pueden autorizar el incumplimiento transitorio del deber de cohabitar constituyen una cuestión de hecho que debe ser prudencialmente apreciada por los jueces en cada caso, sea con motivo del pedido de relevo fundado en la parte segunda del art. 199, párr. primero, sea en el juicio de separación personal o de divorcio fundados en el incumplimiento.

En tales casos, a más de las circunstancias previstas en la mencionada norma, puede tenerse por justificado, por ejemplo, el retiro del hogar del cónyuge que padece enfermedad contagiosa con el fin de no contagiar al otro o a los hijos, la ausencia transitoria impuesta por razones de trabajo, el alejamiento destinado a eludir la persecución política, las amenazas contra la vida de cualquier proveniencia, u otras situaciones similares.

§ 180. *INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COHABITACIÓN: MEDIOS COMPULSIVOS Y SANCIONES.* – El incumplimiento del deber de cohabitación por uno de los esposos no puede dar lugar a medios compulsivos directos para lograr su ejecución forzada, ya que ésta está vedada por la regla del art. 629 del Cód. Civil.

La sanción civil del incumplimiento es la separación personal o el divorcio, ya que configura la causal de abandono voluntario y malicioso (arts. 202, inc. 5, y 214, inc. 1, Cód. Civil, textos según ley 23.515). Además, otra sanción menor está dada por la negativa de alimentos. En cambio, no cabe la aplicación de sanciones conminatorias para obtener el reintegro al hogar, pues no resulta razonable que pretenda lográrselo con la amenaza de perjuicios económicos; no se ve cómo conseguir por ese medio la reanudación de una convivencia armónica propia de la unión conyugal, y no la simple presencia física en el hogar destinada a evitar el perjuicio patrimonial.

§ 181. **DÉBITO CONYUGAL.** – Con la obligación de cohabitar se vincula el débito conyugal, es decir, el deber de prestarse a las relaciones sexuales con el otro cónyuge. Puesto que ellas son uno de los fines esenciales de la unión, su incumplimiento configura una causal de separación personal o divorcio, la de injurias graves.

Por cierto que sólo es exigible que esas relaciones se entablen de manera normal, de modo que también sería injurioso la imposición por uno de los esposos al otro de prácticas antinaturales o de excesos de desenfrenada lascivia, determinados por la satiriasis o la ninfomanía. Igualmente, la pretensión de cumplimiento de este deber no puede ser abusiva, de modo que no puede ser impuesto cuando existen razones de salud que determinan la negativa, como la enfermedad física o psíquica que aconseje la abstención, la amenaza de interrupción del embarazo, o la enfermedad contagiosa del otro cónyuge que pudiese transmitirse por la relación sexual.

Igualmente constituiría injuria grave la imposición por uno de los cónyuges al otro de prácticas de fecundación asistida, ya que el débito conyugal obliga a prestarse al desarrollo normal de las actividades sexuales, pero no a aceptar métodos no naturales para lograr la procreación, a los cuales sólo cabe acudir por el acuerdo de los dos esposos.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Acuña Anzorena, Arturo, *El divorcio en la ley 2393*, LL, 78-673.
- Arias, José, *Alimentos a favor de la esposa separada de hecho*, JA, 66-464.
- Bendersky, Mario J., *Deber de alimentos entre cónyuges*, en “Enciclopedia de derecho de familia”, t. I, p. 767.
- Bidart Campos, Germán J., *La negativa a procrear como causal de divorcio en el derecho argentino*, JA, 1959-III-22.
- Bíscaro, Beatriz R., *Deberes y derechos matrimoniales durante la separación de hecho*, LL, 1993-E-21.
- Borda, Guillermo A., *Separación de hecho y deber de fidelidad*, LL, 1996-B-893.
- Bossert, Gustavo A., *Alimentos entre cónyuges tras las reformas de la ley 23.515*, en “Derecho de familia”, Santa Fe, 1990, p. 203.
- Chechile, Ana M., *Deber de fidelidad y separación de hecho*, JA, 1997-IV-887.
- *Derecho alimentario entre cónyuges separados de hecho*, JA, 1995-IV-728.

- *Ininvocabilidad del adulterio cometido luego de la separación de hecho como causal para solicitar el divorcio*, JA, 2000-II-449.
- Escribano, Carlos, *Alimentos entre cónyuges*, en “Enciclopedia de derecho de familia”, t. I, p. 280.
- Gowland, Alberto J., *Los alimentos a la esposa dependerán de las tareas que ésta desempeñe en el matrimonio*, LL, 1995-D-39.
- Guastavino, Elías P., *Residencia de la esposa desde la separación judicial provisoria*, JA, 1963-II-281.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Matrimonio*, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XIX, p. 146.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Uriarte, Jorge A., *Fidelidad, deber de*, en “Enciclopedia de derecho de familia”, t. II, p. 356.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Salerno, Marcelo U. (dirs.), Uriarte, Jorge A. (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1991-1994.
- López del Carril, Julio J., *El poder marital de decisión y el control de la correspondencia de la esposa*, en “El derecho de familia en la problemática contemporánea”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1968.
- Maffía, Jorge O., *La violación del deber de fidelidad como causa de divorcio*, Jus, n° 3, p. 125.
- Makianich de Basset, Lidia N., *Deber de cohabitación*, en “Enciclopedia de derecho de familia”, t. I, p. 780.
- *Matrimonio. Comunidad de vida y deber de convivencia (artículo 199 del Código Civil)*, LL, 1989-C-1026 y 1215.
- Méndez Costa, María J., *Derecho civil argentino y convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, LL, 1984-C-1133.
- Molinario, Alberto D., *La anticoncepción en la hora actual*, JA, 1968-V-888.
- Rosenbusch, Erwin O., *Litisexpensas*, JA, 1943-I-142.
- Spota, Alberto G., *Efectos de la separación de hecho entre cónyuges en materia de prestación alimenticia*, LL, 25-496.
- *El ejercicio abusivo de la acción de reintegro al hogar*, JA, 1954-IV-344.
- *La acción de alimentos y la separación de hecho entre cónyuges*, JA, 1943-I-199.
- *La prestación de alimentos entre cónyuges*, JA, 1943-IV-423.
- Zannoni, Eduardo A., *La autonomía privada en la solución de conflictos familiares (5. La dispensa convencional del deber de cohabitación)*, en “Derecho de familia”, Santa Fe, 1990, p. 193.

CAPÍTULO XIX

SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA

A) NOMBRE

§ 182. *ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO.* – La agregación por la mujer casada del apellido del marido al suyo propio, unida mediante la preposición “de”, es costumbre generalizada en nuestro país. Se afirma que esa costumbre responde a la herencia hispánica, y que tendría su antecedente más remoto en el derecho romano; sin embargo, otros autores sostienen que surgió tiempo después de la emancipación, como simple elipsis en la indicación de las referencias personales de la mujer, al suprimirse el vocablo “esposa” y el prenombre del marido en expresiones tales como, por ejemplo, “María Escalada, esposa de Antonio Sánchez”.

En otros países, la costumbre consiste en el directo reemplazo del apellido propio por el del marido o en la formación de un apellido compuesto con el de uno y otro.

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

a) Agregación por la mujer del apellido del marido (art. 143 *bis*, Cód. italiano, según reforma de 1975; art. 49, Cód. paraguayo).

b) Adquisición por la mujer del apellido del marido, pero derecho de hacerlo preceder del suyo (art. 153, Cód. Civil turco, según reforma de 1997). En Suiza lo adquiere salvo acuerdo en contrario entre los novios. Además, la novia puede optar por conservar

su apellido seguido por el del marido; y a pedido de ambos, fundado en un interés legítimo, pueden ser autorizados a usar el de ella como apellido de familia, caso en el cual el marido puede hacerlo preceder del suyo (art. 160, Cód. Civil, según reforma de 1988).

c) Conservación por cada cónyuge de su apellido, sin perjuicio del uso social –sin efectos jurídicos– de que la mujer use el del marido. Es lo que ocurre en España, en silencio del Código Civil, según el art. 137 del reglamento del registro civil. Lo mismo en Bélgica, donde únicamente se prevé que ninguno de los cónyuges puede usar en sus relaciones profesionales el apellido del otro sin acuerdo de éste, acuerdo que puede ser retirado por motivos graves (art. 216, § 2, Cód. Civil, según reforma de 1976).

En Francia no hay texto expreso sobre el tema, pero se considera que la mujer conserva su propio apellido. Se invoca en apoyo de este criterio una ley de la época revolucionaria que prohibió los cambios de apellido sin el cumplimiento de ciertas formalidades, y el art. 57 del Cód. Civil que, al determinar las enunciaciones de las actas de nacimiento, incluye los apellidos del padre y de la madre, lo que demuestra que son diferentes. Sin embargo, se reconoce el derecho de la mujer de usar el apellido de su marido tanto en la vida civil como en la comercial, e igualmente el del marido de agregar al suyo el de la esposa. Estos usos están reconocidos indirectamente por los actuales textos de los arts. 264 y 300 del Cód. Civil. El primero establece que a consecuencia del divorcio cada uno de los cónyuges retoma el uso de su apellido, salvo casos excepcionales en que la mujer puede continuar utilizando el del marido. El segundo, que la mujer separada conserva el uso del apellido de su marido salvo prohibición judicial, y que si el marido hubiera añadido a su apellido el de la mujer, ésta puede demandar que le sea prohibido usarlo.

d) *Facultad expresa de la mujer de agregar a su apellido el del marido* (art. 240, Cód. Civil brasileño, según reforma de 1977; art. 24, Cód. Civil peruano de 1984; Cód. de Familia panameño, art. 76 –en este último, precedido de la preposición “de”–), o de usarlo o hacerle preceder el suyo, conforme a los usos sociales (art. 9º, Cód. Civil holandés).

Otros países extienden ese derecho a ambos cónyuges. En Grecia, en las relaciones sociales cada uno de los cónyuges, con acuerdo del otro, puede utilizar el apellido de éste o agregarlo al

suyo (art. 1388, Cód. Civil). En Portugal, cada uno de los cónyuges puede agregar a su apellido, el del otro (art. 1677, Cód. Civil).

e) Derecho de cada uno de los cónyuges de conservar su apellido, pero posibilidad de elegir uno común. Es el sistema del § 1355 del Código alemán, que añade que el que cambia el apellido para adoptar el común elegido, puede agregar a éste el suyo.

f) Existencia de un nombre de familia común, elegido por los cónyuges antes del matrimonio o al tiempo de celebrarlo, y, a falta de elección, el del marido. Así ocurre en Austria, donde se agrega que la esposa puede declarar unilateralmente –también antes del matrimonio o al tiempo de celebrarlo– que continuará usando el suyo, y que el que pierde el apellido puede utilizarlo antes o después del de familia, unido por un guión (art. 93, Cód. Civil, según reforma de 1994)

Cabe destacar que el art. 16, párr. primero, inc. g, de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –incorporada a la Constitución nacional por la reforma de 1994, art. 75, inc. 22– prescribe que, en el matrimonio, el marido y la mujer tendrán el mismo derecho a elegir apellido.

§ 183. **DERECHO ARGENTINO.** – Antes de la sanción de la ley 18.248, la doctrina nacional sostuvo las siguientes tres posiciones acerca del uso por la mujer del apellido del marido:

a) **DERECHO-DEBER.** Para Prayones, Rébora, Borda, Spota, Busso, Llambías, Aráuz Castex, Lafaille, Allende y Etcheverry Boneo, el agregado del apellido marital era a la vez un derecho y un deber impuestos por el derecho consuetudinario. La negativa reiterada o maliciosa a cumplir ese derecho habría constituido una injuria grave, causal de divorcio, sin perjuicio de admitirse su omisión cuando la mujer hubiera sido conocida por su apellido de soltera en la vida mercantil, profesional o artística, y el cambio hubiera podido causarle perjuicio. Como variante de esta posición, sostenía Granillo que el añadido del apellido marital era un deber personal derivado del matrimonio, pero no una modificación del apellido.

b) **DERECHO Y NO OBLIGACIÓN.** Otros autores consideraban que era un derecho pero no una obligación. Cermesoni lo consideraba un uso social sin trascendencia jurídica. Orgaz, Morello y

Salas, una facultad lícita, que no podía ser obligación en razón de lo que disponía el texto originario del art. 17 del Cód. Civil. Pliner afirmaba, dentro del mismo orden de ideas, que el apellido del marido no integraba el de la mujer; ésta, sin embargo, habría tenido facultad de adicionarlo mediante la preposición “de” para indicar su condición de esposa, sin que esa adición integrase el nombre. Ni el marido habría podido oponerse al ejercicio de la facultad, ni la mujer sustituir su apellido por el del marido, pues ello habría constituido una modificación ilegítima de su nombre.

c) *OPCIÓN QUE CREA UNA OBLIGACIÓN.* Finalmente, Acuña Anzorena –a cuya opinión se adhirió Lagomarsino– sostuvo que la mujer no estaba obligada a adicionar el apellido de su esposo, pero que, si lo hacía, no podía prescindir de él sin causa justificada reconocida por autorización judicial, en razón del principio de inmutabilidad del nombre.

La jurisprudencia fue muy variable, pero su orientación final estuvo dada por el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil¹ que por mayoría de diez de sus integrantes decidió que para que la mujer divorciada fuese judicialmente autorizada a usar sólo su apellido de soltera no bastaba la conformidad del marido, lo que suponía un deber inderogable por la voluntad de los propios esposos, aun concordante.

La ley 18.248 consagró ese criterio en su art. 8º, al establecer: “La mujer, al contraer matrimonio, añadirá a su apellido el de su marido, precedido por la preposición ‘de’. Si la mujer fuese conocida en el comercio, industria o profesión por su apellido de soltera, podrá seguir usándolo después de contraído el matrimonio para el ejercicio de esas actividades”.

La ley 23.515 modificó el art. 8º de la ley 18.248, el cual ha quedado redactado en los siguientes términos: “*Será optativo para la mujer casada, añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición ‘de’*”.

De tal modo, se adopta ahora el segundo de los criterios doctrinales expuestos en el párrafo anterior, el de que se trata de una mera facultad de la mujer, y no de un deber u obligación. Por otra parte, la norma excluye la sustitución del apellido de la

¹ CNCiv, en pleno, 23/12/66, LL, 125-156; JA, 1967-II-259, y ED, 17-102.

mujer por el del marido, que ha venido practicándose en ciertos medios sociales por imitación de la costumbre anglosajona.

B) NACIONALIDAD

§ 184. *DERECHO EXTRANJERO.* – En las legislaciones europeas, era principio generalmente admitido que, por el hecho del matrimonio, la mujer adquiría la nacionalidad del marido. Así, el texto originario del Código Napoleón establecía que la mujer extranjera que contrajera matrimonio con un francés adquiriría la nacionalidad del marido (art. 12), y que la mujer francesa que se casara con un extranjero adquiriría la condición del marido, pero en caso de enviudar recobraría la nacionalidad francesa si residiese en Francia o entrase en el país con autorización del rey y declarando su voluntad de establecerse en él (art. 19). El Código Civil español disponía que la extranjera que contrajera matrimonio con un español adquiría la nacionalidad del marido (art. 21), a la vez que perdía su nacionalidad la española que se casara con extranjero, si es que ese matrimonio le hacía adquirir la nacionalidad del marido (art. 23, inc. 3). En Alemania, la mujer adquiría la nacionalidad del marido al casarse, según la ley de nacionalidad del 22 de julio de 1913. En Italia, el art. 144 del Código de 1942 establecía que la mujer seguía la condición civil del marido, lo que implicaba la adquisición de su nacionalidad, conforme a los arts. 10 y 11 de la ley sobre ciudadanía del 13 de junio de 1912.

En Francia, el régimen del Código Napoleón ha sufrido varias modificaciones que lo cambiaron fundamentalmente. Según las normas vigentes, el extranjero o apátrida –hombre o mujer– que contrae matrimonio con cónyuge de nacionalidad francesa puede adquirir esta nacionalidad después de un año siempre que no haya cesado la comunidad de vida y que el cónyuge francés conserve su nacionalidad (art. 21-2, según reformas de 1993 y 1998).

En España, la reforma del Código Civil de 1990 no asigna al matrimonio por sí solo efectos sobre la nacionalidad, pero reduce de diez años a uno el período de residencia necesario para la concesión de la nacionalidad española a quien lleva un año de casado con español o española y no está separado legalmente ni de hecho (art. 22).

En Alemania también se ha suprimido la adquisición automática de la nacionalidad por matrimonio, sólo subsiste la posibilidad de una naturalización privilegiada (art. 9º, ley de ciudadanía).

Y en Italia, la nacionalidad puede ser otorgada por decreto ministerial al cónyuge extranjero después de seis meses de matrimonio si reside en Italia y después de tres años si reside en el exterior, salvo que registre condenas penales por ciertos delitos o que haya razones inherentes a la seguridad de la República (arts. 5º a 8º, ley de ciudadanía).

A este respecto, el art. 9º, párr. primero, de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que *“los Estados partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar y conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge”*.

§ 185. **EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.** – La cuestión de la nacionalidad de la mujer casada ha motivado varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que debió decidir la procedencia o improcedencia de la jurisdicción federal en razón de la diferente nacionalidad de las partes en juicios en que intervenían mujeres argentinas casadas con extranjeros o extranjeras casadas con argentinos. Sus resoluciones tuvieron diversos matices que hacen que se consideren tres épocas en la evolución de su jurisprudencia.

En la primera época, la Corte entendió que, en tanto subsistiera el matrimonio, la mujer casada seguía en todo la condición de su marido, por lo que la argentina casada con un extranjero debía ser considerada extranjera, de modo que no correspondía a la justicia nacional entender en los pleitos suscitados entre esposos. Pero esta doctrina fue sentada únicamente en ocasión de juicios entablados entre los cónyuges, con relación a los cuales no admitió que pudiese haber diversa calidad de las personas que habilitase la jurisdicción federal².

² CSJN, *Fallos*, 4:472, y 10:177.

En la segunda época, ya no se trató de pleitos promovidos entre los esposos sino entre la mujer casada y un tercero. En tales casos, la Corte fue precisando su doctrina de que la adquisición de la nacionalidad del marido sólo tenía lugar a los efectos del fuero, es decir, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones en juicio; para ello invocó la ley 32, tít. II, Partida 3^a –que consideró subsistente ante el silencio del Código Civil, en la materia–, según la cual “*la muger magüer sea de otra tierra, deue responder ante aquel judgador que ha poderio sobre su marido*”³.

La cuestión fue examinada más exhaustivamente con motivo de la opinión contraria vertida por el procurador general de la Nación doctor Malaver, estableciéndose que la doctrina se fundaba en la carencia de capacidad civil de la mujer casada, sujeta a la tutela y potestad del marido, con quien formaba ante la ley una sola personalidad jurídica; aclaróse que ello no implicaba hacerle perder su nacionalidad propia y sustituir su estado y condición política, pues la doctrina de la Corte sólo se refería al fuero y la competencia de las autoridades públicas del país para el conocimiento de los derechos y cumplimiento de sus obligaciones dentro de él⁴.

Después de la sanción de la ley 11.357, los fundamentos de la mencionada jurisprudencia de la Corte perdieron su valor, y el tribunal se inclinó resueltamente por negar que el matrimonio influyese sobre la nacionalidad de la mujer. En un caso resuelto en 1936, se trataba de una mujer viuda, y se resolvió que, aun cuando se admitiese la pérdida de la nacionalidad de la mujer argentina por el matrimonio con un extranjero, esa tesis carecería de aplicación en el supuesto, pues por el fallecimiento del marido habría recuperado su nacionalidad originaria⁵.

En otra decisión de 1944 se expresó que en modo alguno la anterior jurisprudencia había implicado sentar el principio de que la mujer perdía su nacionalidad por el hecho del matrimonio, pues la solución era sólo relativa al fuero y no alteraba la nacionalidad de la esposa, quien mantenía la que le correspondiera. Añadió todavía la Corte que la atribución a la esposa de la nacionalidad del marido sería incompatible con el art. 67, inc. 11, de la

³ CSJN, *Fallos*, 30:406; 34:297, y 40:225.

⁴ CSJN, *Fallos*, 42:128; 49:382; 62:185, y 95:122.

⁵ CSJN, *Fallos*, 175:291.

Const. nacional –actualmente art. 75, inc. 12–, que dispone que las leyes sobre naturalización y ciudadanía deben sujetarse al principio de la ciudadanía natural, al implicar una causa de creación de nacionalidad prohibida por la Constitución, como también al art. 2º, inc. 7, de la ley 346, puesto que el casamiento con mujer argentina da al marido extranjero causa especial para convertirse en ciudadano por naturalización sin el requisito de la residencia previa, y no lo contrario⁶.

Finalmente, en un caso fallado en 1972 en que una mujer extranjera pretendía sustraerse a la extradición solicitada por otro país invocando que había adquirido la nacionalidad argentina por haberse casado con un argentino, reiteró claramente que el matrimonio no altera la nacionalidad de la mujer⁷.

Sin embargo, la Corte también confirmó la decisión de los tribunales provinciales de Mar del Plata que, en un juicio de divorcio promovido por una mujer argentina contra su marido extranjero, rechazaron la procedencia de la jurisdicción federal invocada por éste. Los fundamentos fueron desarrollados en la sentencia de primera instancia, en la cual se sostuvo que la cuestión relativa al matrimonio correspondía a los tribunales comunes por tratarse de algo más que un pleito entre un argentino y un extranjero, ya que la propia institución era llevada a los estrados judiciales, y por aceptarse la exclusión de la jurisdicción federal en caso de no existir los propósitos que la informan. La Corte se limitó a expresar que la admisión del fuero común pese a la extranjería del marido era coincidente con su uniforme, larga y reiterada jurisprudencia⁸.

En materia de nacionalidad de la mujer casada, en mi opinión, no existe ninguna laguna legal que deba ser integrada. El silencio de la ley implica precisamente la solución de que el matrimonio no es causa de modificación de la nacionalidad, solución concordante con el principio del *ius soli* impuesto por la Constitución nacional.

La jurisprudencia de la primera época de la Corte Suprema pudo considerarse fundada, pues el primero de los fallos fue anterior a la sanción del Código Civil, y por lo tanto pudo hacer apli-

⁶ CSJN, *Fallos*, 199:165.

⁷ CSJN, 28/12/72, *Fallos*, 284:459, y *LL*, 151-128.

⁸ CSJN, *Fallos*, 252:313.

cación de la legislación española. Sin embargo, habría sido de dudosa constitucionalidad si no fuera porque la solución se limitó a los pleitos entre cónyuges, en los cuales podría parecer poco justificable la jurisdicción federal.

En la segunda época, ya pierde fundamento la aplicación de las Partidas, y la tesis de que el sometimiento de la mujer a la potestad del marido importaba hacerle seguir el fuero de éste resultaba claramente contraria al art. 8º de la ley 48, disposición según la cual, en los casos de fuero federal por diferente nacionalidad, el derecho en disputa debe pertenecer al extranjero originariamente y no por cesión o mandato. Evidentemente, si la mujer era representada en juicio por su marido, no se trataba de un derecho perteneciente originariamente a éste sino a aquélla.

Finalmente, después de la sanción de la ley 11.357, el marido ha dejado de ser representante legal de la mujer, de modo que el mantenimiento de la jurisprudencia según la cual le correspondía el fuero del marido no habría tenido razón de ser. Fue correctamente dejada de lado en las decisiones de 1944 y 1972.

Sin embargo, no tiene fundamento claro mantener el criterio de que la distinta nacionalidad de los cónyuges no permite invocar el fuero federal en los litigios entre ellos. Ciertamente es que no median ya los motivos que en 1853 justificaron la jurisdicción federal por extranjería, pues tantas garantías pueden encontrar los extranjeros en los tribunales provinciales como en los nacionales, como también que los últimos no conocen normalmente en cuestiones de estado de familia, pero no se ven razones para exceptuar la aplicación de una clara norma constitucional.

C) DOMICILIO

§ 186. *RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL.* – Conforme al texto originario del art. 90, inc. 9, parte primera, del Cód. Civil, “la mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya”. Aunque el Código consideraba a la mujer casada como un incapaz relativo (art. 55, inc. 2, y concordantes), se entiende que el fundamento de la disposición que atribuía a la mujer el domicilio de su marido no se hallaba en esa

incapacidad sino en el deber de convivencia, y —más especialmente— en el de la mujer de seguir al marido a dondequiera que éste fijase su residencia (arts. 51 y 53, ley mat. civ.). Si deben habitar bajo un mismo techo y el domicilio está determinado por la residencia, no habría podido la mujer casada —en tales condiciones— tener otro domicilio. Por otra parte, si el fundamento hubiera sido la incapacidad, la regla habría sido superflua por haber quedado cubierta por el art. 90, inc. 6, que atribuye a los incapaces el domicilio de sus representantes.

La disposición concordaba con el art. 108 del Cód. Napoleón, según el cual la mujer casada no tenía otro domicilio que el del marido. Pero esa regla va siendo dejada a un lado por las legislaciones contemporáneas, que admiten que marido y mujer tengan domicilios diferentes (art. 108, Cód. francés, modificado en 1975; art. 45, Cód. italiano, modificado en 1975; entre otros). Esa orientación es explicable. Si realmente los esposos cumplen su deber de vivir en común, la atribución del domicilio legal a la mujer es inútil, pues igualmente su domicilio real estaría determinado por su residencia (art. 89, Cód. Civil); si de hecho están separados, la ficción no tiene razón de ser, pues no hay motivo para que la mujer —por ejemplo— esté sometida a la competencia territorial de tribunales de un lugar diferente del de su residencia real, ni para que las notificaciones judiciales o extrajudiciales deban ser practicadas en el domicilio de su marido. La solución se prestaba tanto a que la mujer afectara los derechos de terceros que hubieran contratado con ella, obligándolos a concurrir a tribunales de otra circunscripción judicial, como a que el marido afectase los de la mujer, ocultándole notificaciones de terceros.

§ 187. **LEY 23.515.** — El art. 9º de la ley 23.515 derogó el art. 90, inc. 9, del Cód. Civil, con lo que el domicilio de la mujer casada queda regido por las mismas normas que el del hombre.

D) CAPACIDAD

§ 188. **ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLACIÓN COMPARADA.** — En el derecho romano clásico la mujer —casada o soltera— era incapaz. Soltera estaba sometida a la patria potestad de su *paterfami-*

lias y si era *sui iuris* a la tutela perpetua de sus agnados. Casada *sine manum* mantenía su anterior condición, y casada *cum manum* quedaba sujeta a la *manus* del marido o del *paterfamilias* de éste. La situación varió fundamentalmente como consecuencia del desuso en que cayó luego el matrimonio *cum manum* y de la desaparición de la tutela sobre la mujer, consumada en la época imperial; de tal modo, la mujer casada pasó a ser capaz.

En el derecho germánico, la mujer casada era incapaz. Esta sujeta al *mundium* de su marido, y, en caso de morir éste, al *mundium* real.

En el antiguo derecho francés, en los países de derecho escrito se aplicaba el derecho romano, y en los de derecho consuetudinario la mujer era considerada incapaz como consecuencia de la potestad marital. Sin embargo, sus actos sólo podían ser atacados por el marido, y si él no lo hacía se mantenían válidos; sólo en los últimos siglos del antiguo régimen la incapacidad se hizo de orden público.

El Código Napoleón prohibió a la mujer enajenar, donar, hipotecar y adquirir bienes a título gratuito u oneroso sin venia marital o judicial, lo mismo que actuar en juicio, salvo para defenderse si hubiera sido acusada en materia criminal o policial. La autorización general del marido no valía sino para los actos de administración, y si con su venia ejercía el comercio, podía obligarse en todo lo relativo a su negocio. La generalidad de los códigos del siglo XIX siguió, en mayor o menor grado, estas pautas.

Sin embargo, las normas francesas fueron modificadas por leyes de 1938, 1942, 1965 y 1970. Estas leyes abolieron la incapacidad de la mujer casada. Las limitaciones a su capacidad que subsistían aún en las leyes de 1938 y 1942 terminaron por desaparecer en la de 1965, que coloca en pie de igualdad a ambos esposos, y la de 1970 lleva esa igualdad hasta al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos.

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

§ 189. *RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL.* – El Código Civil argentino, siguiendo en esto las ideas imperantes en su época, estableció que la mujer casada era una incapaz de hecho relativa (art. 55, inc. 2) sujeta a la representación legal del marido (art. 57, inc. 4), pero no a la representación promiscua del Ministerio pupilar (art. 60). En general, la incapacidad de la mujer no quedaba salvada por medio de la representación del marido sino mediante su asistencia, pues sus actos no eran otorgados por él en su representación sino por ella misma con su venia (art. 54 y ss., ley mat. civ., que reproducen el art. 188 y ss., Cód. Civil). Pero en cuanto a los actos de administración de sus bienes y de disposición de muebles, sí actuaba como verdadero representante. Por otra parte, se establecían ciertas incapacidades de derecho para la mujer, aun soltera o viuda; no podía ser tutora ni curadora (arts. 398, inc. 8, y 475, Cód. Civil), ni testigo en instrumentos públicos (art. 990, Cód. Civil).

Estaba vedada a la mujer casada la celebración de actos jurídicos sin la venia marital (art. 55, ley mat. civ.); sin ese requisito no podía aceptar donaciones (art. 1808, inc. 1, Cód. Civil), aceptar o repudiar herencias (fuera de que sólo podía aceptarlas con beneficio de inventario –art. 3334–), pedir la partición de la herencia, admitir la partición pedida por otros (art. 3454), ni ser albacea (art. 3847). La venia era necesaria también para estar en juicio (art. 54, ley mat. civ.).

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

En ciertos casos, la venia marital podía ser suplida por la judicial (arts. 59 y 60, ley mat. civil). La venia marital podía ser revocada al arbitrio del marido, sin efecto retroactivo en perjuicio de

tercero (art. 61, ley mat. civil). Los actos de la mujer podían ser ratificados expresa o tácitamente por el marido (art. 62, ley mat. civil). La falta de venia afectaba a los actos de la mujer de nulidad relativa, alegable por ella, por el marido y por los herederos de uno u otro (art. 58, ley mat. civil).

§ 190. **RÉGIMEN DEL CÓDIGO DE COMERCIO.** – El Código de Comercio establecía un régimen especial de capacidad de la mujer casada para el ejercicio del comercio.

Si ya lo ejercía antes del matrimonio, la celebración de éste no alteraba sus derechos y obligaciones. Se presumía autorizada por el marido para continuar ejerciéndolo, salvo manifestación formal en contrario del marido, comunicada a quienes tenían relaciones comerciales con ella, inscrita en el Registro Público de Comercio y publicada en los periódicos del lugar (art. 13, Cód. de Comercio).

Para comenzar a ejercer el comercio después del matrimonio, la mujer casada mayor de edad requería autorización marital expresa o tácita (arts. 14 y 15, Cód. de Comercio), pero la oposición no podía ser suplida por venia judicial (art. 16, Cód. de Comercio).

§ 191. **RÉGIMEN DE LA LEY 11.357.** – Ya en las primeras décadas del siglo xx, el régimen de incapacidad de la mujer casada adoptado por el Código Civil comenzó a manifestarse inconveniente en relación con las necesidades sociales. Ella no podía desplegar actividad económica sino con autorización del marido, y éste no podía mostrarse muy proclive a otorgarla, ya que las obligaciones que la esposa contrajese debían pesar inclusive sobre sus bienes propios (art. 1281, Cód. Civil).

Ese estado de cosas motivó numerosas iniciativas de reforma, traducidas en proyectos presentados en ambas cámaras del Congreso. Finalmente, un proyecto redactado por una comisión bicameral fue sancionado el 22 de septiembre de 1926 con el número 11.357, ley conocida como de “derechos civiles de la mujer”.

La ley estableció la total capacidad de la mujer mayor de edad soltera, viuda o divorciada (art. 1º), suprimiendo así las incapacidades de derecho que el Código establecía para la soltera y la viuda, y definiendo la situación de la divorciada, antes algo confusa.

Con relación a la mujer casada mayor de edad, no derogó expresamente su incapacidad sino que hizo enumeración de los actos que podía realizar sin venia marital ni judicial (art. 3º).

a) El ejercicio de profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, la libre administración y disposición del producido de esas ocupaciones, y la adquisición con dicho producido de toda clase de bienes, que podía administrar y disponer libremente (art. 3º, inc. 2, párr. a, parte primera).

En la escritura de adquisición de bienes, la mujer podía hacer constar –con el valor de presunción *iuris tantum*– que el dinero empleado provenía de alguno de esos conceptos (art. 3º, inc. 2, párr. a, parte segunda). Se entendía que la omisión de esa manifestación implicaba que el bien quedase sujeto a la administración y disposición del marido, pero se discutía si podía añadirse la mediantec rectificación del título por orden judicial.

b) La integración de asociaciones civiles o comerciales y de sociedades cooperativas (art. 3º, inc. 2, párr. b). La redacción de esta disposición era viciosa, pues no existen “asociaciones comerciales”; la doctrina mayoritaria entendió que, a pesar de ello y de la previsión expresa de las cooperativas, podía formar parte de cualquier sociedad civil o comercial.

c) La administración y disposición a título oneroso de sus bienes propios y de los obtenidos por la división de los gananciales, en caso de separación judicial de bienes. Con relación a los propios, se presumía un mandato de administración en favor del marido, sin obligación de rendir cuentas por las rentas o frutos percibidos, mandato que la mujer podía revocar mediante una manifestación de voluntad inscrita en un registro especial, o en el de mandatos, donde no lo hubiere (art. 3º, inc. 2, párr. c).

d) La administración de los bienes de hijos de un matrimonio anterior (art. 3º, inc. 2, párr. d).

e) La aceptación de herencias con beneficio de inventario (art. 3º, inc. 2, párr. f).

f) La actuación en juicio en causas civiles o criminales que afectasen su persona o sus bienes, o la persona o los bienes de sus hijos menores de un matrimonio anterior (art. 3º, inc. 2, párr. g).

g) La contestación o impugnación del reconocimiento. Si bien el art. 3º, inc. 2, párr. e, aludía a la aceptación o repudio del reconocimiento hecho por sus padres, debía entenderse referente a la promoción de estas acciones, ya que el reconocimiento es acto unilateral que no requiere aceptación ni puede ser repudiado.

h) El ejercicio de las funciones de tutora, curadora, albacea y testigo en instrumentos públicos (art. 3º, inc. 2, párr. h).

En cuanto a la mujer casada menor de edad, la ley disponía que tendría los mismos derechos civiles que la mayor, con la salvedad de que para hacer actos de disposición de sus bienes necesitaba la venia del marido, si éste era mayor de edad. Si el marido era menor o se negaba a otorgar la venia, necesitaba autorización judicial (art. 7º).

§ 192. **CONVENCIÓN DE BOGOTÁ.** – Por decr. ley 9983/57 fue ratificada por el gobierno argentino la Convención Interamericana de Concesión de Derechos Civiles a la Mujer, aprobada en Bogotá el 2 de mayo de 1948 por la IX Conferencia Internacional Americana, la cual estableció en su art. 1º que “*los Estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre*”.

Entendieron Guastavino y Borda que dicha Convención era operativa, lo que habría implicado la modificación de toda la legislación interna que establecía diferencias de derechos civiles entre el hombre y la mujer. Por consiguiente, la mujer casada habría quedado equiparada –en cuanto a su capacidad– con el hombre casado, su capacidad habría sido total y habrían desaparecido las restricciones subsistentes en la ley 11.357. Bien que el problema no es actual, opino que de la Convención sólo resultaba el compromiso de modificar las normas internas, pero no su directa aplicabilidad en cuanto a las diferencias subsistentes.

§ 193. **LEYES 17.711, 23.264 Y 23.515.** – Toda cuestión ha quedado concluida con la sanción de la ley 17.711, que ajustó la legislación interna a la Convención de Bogotá, suprimiendo las incapacidades que todavía pesaban sobre la mujer casada.

Para ello modificó el art. 1º de la ley 11.357, que quedó así redactado: “La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene

plena capacidad civil". Consecuentemente, se derogaron los arts. 3º, 4º, 7º y 8º de la misma ley.

En cuanto a la mujer casada menor de edad, queda sujeta a las reglas relativas a los menores emancipados, que no hacen distinción de sexos.

Posteriormente, la ley 23.264 de 1985 dispuso como principio el ejercicio conjunto de la patria potestad y la ley 23.515 estableció la igualdad de los cónyuges en sus relaciones personales.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

SOBRE TODO EL CAPÍTULO

Lagomarsino, Carlos A. R., *Matrimonio*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XIX, p. 146.

SOBRE NOMBRE DE LA MUJER CASADA

Acuña Anzorena, Arturo, *Consideraciones sobre el nombre de las personas*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1961.

— *El nombre de la mujer casada*, LL, 20-563.

Allende, Guillermo L., *El divorcio vincular y el apellido de la mujer*, LL, 80-911.

Arigós, Carlos R., *La adquisición del apellido en el estado actual de nuestra legislación*, JA, 1962-IV-87, secc. doctrina.

Borda, Guillermo A., *La ley del nombre*, LL, 126-1192.

Cermesoni, Fernando, *Legislación del nombre*, JA, 11-56.

Díaz de Guijarro, Enrique, *El nombre de la mujer divorciada*, JA, 46-1136.

Granillo, Arturo, *El nombre de la mujer casada*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1953.

Moisset de Espanés, Luis, *El apellido de la mujer casada y la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento*, JA, 25-1974-404.

Orgaz, Alfredo, *Personas individuales*, 2ª ed., Córdoba, Assandri, 1961.

Pliner, Adolfo, *El nombre de las personas*, Bs. As., Astrea, 1965.

— *La ley del nombre*, JA, doctrina 1969-484.

Ponsard, André - Laroche-Gisserot, Florence, *Nom-prénom*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", Répertoire de droit civil, 2ª ed., París, Dalloz, 1997.

Salas, Acdeel E., *El nombre de la persona física*, JA, 1943-III-37, secc. doctrina.

SOBRE NACIONALIDAD DE LA MUJER CASADA

Eisner, Isidoro, *La competencia federal por distinta nacionalidad en litigios conyugales*, Jus, n° 3, La Plata, 1962, p. 108.

SOBRE CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA

- Bidau, José F., *Bienes adquiridos a título oneroso por la cónyuge durante el matrimonio*. "Revista Jurídica", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1959-IV-39.
- Boffi Boggero, Luis M., *Estudio comparativo de la capacidad contractual de la mujer casada*, en "Estudios jurídicos", Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1960, p. 15.
- Cammarota, Antonio, *Incapacidad civil de la mujer casada*, Bs. As., 1922.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *La administración y disposición de los bienes propios de la mujer*, JA, 1942-III-567.
- Guastavino, Elías P., *Régimen jurídico de los cónyuges*, "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", Santa Fe, 1961, n.º 107 y 108, p. 89.
- López del Carril, Julio J., *Condición jurídica de la mujer casada: panorama actual*, en "Estudios de derecho de familia", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963.
- Orgaz, Alfredo, *Personas individuales*, 2ª ed., Córdoba, Assandri, 1961.
- Spota, Alberto G., *Capacidad de la mujer casada para disponer de los bienes gananciales que ha adquirido*, JA, 1942-IV-65.

SECCIÓN SEXTA
DIVORCIO Y SEPARACIÓN PERSONAL

CAPÍTULO XX

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

§ 194. *EL REPUDIO EN EL DERECHO ANTIGUO: EL DEUTERONOMIO.* – El repudio es común a una fase más o menos primitiva de la civilización en todos los pueblos y a su organización de las relaciones matrimoniales, la situación de inferioridad de la mujer dentro de ellas. Puesto que estaba reducida casi a la categoría de una cosa, apropiada por el hombre mediante la violencia primero y mediante la compra después, nada más natural que la posibilidad de que fuese abandonada por su dueño. De ahí que en todos los pueblos antiguos se presentase como forma ordinaria de conclusión de la unión el repudio, es decir, la disolución del matrimonio por la sola voluntad del hombre, que lo daba por terminado con el abandono o la expulsión de la mujer.

Sin embargo, la evolución no parece haber sido similar en todos los pueblos, pues en tanto en algunos el matrimonio siempre fue disoluble, en otros se presentó una etapa en la cual primó la indisolubilidad, superada luego por la evolución de las costumbres. Lo que no puede afirmarse con certeza es si esa etapa de indisolubilidad –consagrada por razones legales o morales– es la fase primitiva de la evolución o una modificación introducida por las leyes o las reglas morales o religiosas.

Así, en la época histórica de Egipto se observa que de la indisolubilidad se pasó al repudio fundado en causa grave –facultad otorgada primero al marido, luego a la mujer y en algunos casos limitada más tarde sólo a ella por las capitulaciones matrimoniales– y finalmente al repudio unilateral sin necesidad de causa.

En Babilonia, las leyes primitivas otorgaban al marido el derecho de repudiar libremente a su esposa; el Código de Hammurabi fijó causas para que ese derecho pudiera ser ejercido por el marido, pero a falta de causa igualmente podía repudiarla, aunque quedaba obligado a pagarle una indemnización, y además admitió el derecho de repudio por la mujer, en ciertos casos. En la India, las Leyes de Manú conferían al marido un derecho de repudio ilimitado, que no se otorgaba a la mujer, quien aun en caso de ser abandonada lo único que podía hacer era salir a la búsqueda del esposo. En China, el derecho de repudio del marido era casi ilimitado por la amplitud de las causales (falta de sumisión a los parientes del marido, esterilidad, impudicia, celos, enfermedad crónica, locuacidad y robo). En Persia, el marido podía repudiar a la mujer a su libre voluntad. En Esparta, el divorcio era raro y merecía reprobación.

En Atenas, el derecho del marido era absoluto, sólo limitado por la obligación de devolver inmediatamente la dote de la mujer; ésta podía pedir el divorcio por crueldad o excesos del marido, pero la efectividad de su derecho quedaba limitada por su falta de libertad para salir del hogar y recurrir al arconte a entablar la demanda, por la dificultad de la prueba, y porque en todo caso los hijos quedaban con el marido.

Entre los hebreos, el derecho de repudio por parte del marido fue limitado por disposiciones de uno de los libros del Pentateuco, el Deuteronomio, que expresa lo siguiente: “Si un hombre se casa con una mujer, pero después le toma aversión porque descubre en ella algo que le desagrada, y por eso escribe un acta de divorcio, se la entregará y la despedirá de su casa. Una vez que esté fuera de su casa, si la mujer se desposa con otro y este último también la rechaza, escribe un acta de divorcio y la despide, o bien muere, su primer marido no podrá volver a tomarla por esposa, puesta que ella ha sido mancillada. Esto sería abominable a los ojos del Señor, y tú no puedes manchar con un pecado la tierra que el Señor, tu Dios, te da en herencia” (Deut. 24, 1-4).

Se introduce así un requisito para la admisión del repudio por parte del esposo, la redacción de la denominada “acta de divorcio” y su entrega a la mujer. Esta formalidad –que podrá parecer simple y carente de relevancia en la actualidad– era, sin embargo, en aquellos tiempos una verdadera limitación al derecho absolu-

to del esposo, o, por lo menos, buscaba obtener la seguridad de que la decisión no fuese el fruto de un arrebato momentáneo. En efecto, la escritura no estaba muy difundida entre los hebreos, quienes para redactar el “acta de divorcio” debían acudir casi necesariamente a un extraño, generalmente el rabino. Fue así como los rabinos se encargaron de asegurarse de la seriedad de la decisión, e introdujeron formalidades en la redacción del acta que hicieron aún más necesario recurrir a ellos. Otra limitación a la facultad de divorciarse derivó de la prohibición absoluta de nueva unión entre los mismos cónyuges después de un segundo matrimonio de la mujer; el esposo divorciado debía tener en cuenta el carácter definitivo de su decisión si la mujer contraía nuevo matrimonio.

Por otra parte, la ley hablaba de hallar en la mujer “algo que le desagrada”, lo que produjo la duda sobre si la causa podía ser libremente apreciada por el esposo o debía estar debidamente justificada. Otras normas prohibían el divorcio si el marido difamase a la mujer afirmando que no había llegado virgen al matrimonio, o si se le había obligado a casarse por haber sido sorprendido en relaciones sexuales con una mujer virgen (Deut. 22, 13-19, 28-29). Posteriormente se admitió también el derecho de la mujer de obligar al marido a divorciarse cuando había causas graves imputables a él, tales como sevicia, enfermedad contagiosa o impotencia.

§ 195. **DERECHO ROMANO.** – El matrimonio romano se disolvía por muerte de uno de los cónyuges, por la pérdida de la capacidad y por la pérdida de la *affectio maritalis*. La pérdida de la capacidad tenía lugar por la *capitis deminutio maxima*, ya fuera por hacerse esclavo, ser condenado a servidumbre o caer en poder del enemigo, y también por el incesto sobreviniente, especialmente en caso de adopción de la esposa por el suegro. La pérdida de la *affectio maritalis* por parte de cualquiera de los cónyuges provocaba la disolución del matrimonio por divorcio; luego, el divorcio, más que una institución separada resultaba una consecuencia del concepto romano del matrimonio: la cesación de éste por desaparición de la *affectio maritalis*, que era uno de los elementos esenciales del matrimonio. Por consiguiente, el divorcio no podía ser prohibido por la ley, y cuando los emperadores cristianos se pro-

pusieron limitarlo, sólo pudieron establecer sanciones para quienes se divorciasen sin causa o para quienes dieran causa al divorcio, sin que por eso consiguiesen impedir que se disolviera el matrimonio.

Si bien en un principio el divorcio era raro en la práctica, en la época clásica el contacto con la civilización griega –entre otras razones– motivó el cambio de las costumbres primitivas y el debilitamiento de la organización familiar y de la estabilidad del matrimonio. La desaparición del matrimonio *cum manu* también contribuyó a facilitar el divorcio. Con el propósito de desalentarlo, durante el imperio de Augusto la *lex Iulia de adulteriis* prescribió que el repudio debía ser participado por un liberto ante siete testigos; pero los jurisconsultos se resistieron a admitir que el matrimonio perdurase por el incumplimiento de esa formalidad.

Los emperadores cristianos iniciaron una reforma de la legislación matrimonial tendiente a limitar los divorcios y castigar al que repudiaba sin causa o daba lugar al repudio. En el año 449, Teodosio y Valentiniano establecieron por primera vez una enunciación precisa de las causas de repudio y sanciones patrimoniales por repudiar sin justa causa o por incurrir en causa de repudio. Justiniano amplió y modificó esas disposiciones, enunciando las causas de repudio por parte de uno y otro cónyuge y prohibiendo el divorcio por mutuo consentimiento, salvo para entrar en la vida monacal. Pocos años después, el emperador Justino restableció el divorcio por mutuo consentimiento sin sanción alguna.

La evolución operada en el derecho romano muestra el paso del antiguo concepto del repudio al moderno del divorcio; este término se origina en Roma, donde repudio significa la disolución del matrimonio por voluntad de uno de los cónyuges –generalmente el marido– sin intervención de la autoridad, y divorcio la disolución por mutuo consentimiento o por declaración de la autoridad mediante causa legítima.

En su formulación definitiva, las formas del divorcio romano son cuatro: *a*) por mutuo consentimiento: permitido primero, lo prohíbe Justiniano y lo restablece Justino; *b*) *bona gratia* (que no comporta sanciones): tiene lugar por impotencia, elección de la vida monacal, o cautiverio; *c*) repudio o divorcio unilateral: es lícito si hay justa causa, y da lugar a la imposición de sanciones al

culpable, y *d*) repudio sin causa: es válido pero motiva la imposición de sanciones al repudiante.

§ 196. *EL CRISTIANISMO: LOS EVANGELIOS Y SU INTERPRETACIÓN.* La aparición del cristianismo tuvo notable influencia sobre el derecho matrimonial, y especialmente sobre la disolución del matrimonio. Puede afirmarse que ocasionó la desaparición definitiva –salvo en limitadas regiones del mundo– del concepto antiguo del repudio y el romano del divorcio, pues las legislaciones modernas que admiten la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges lo hacen sobre bases totalmente distintas y, casi sin excepciones, con intervención del órgano jurisdiccional, intervención que es una de las características esenciales del derecho matrimonial canónico.

Los textos evangélicos referentes al divorcio son los siguientes:

a) Evangelio según San Mateo: “También se dijo: ‘El que se divorcia de su mujer, debe darle una declaración de divorcio’. Pero yo les digo: El que se divorcia de su mujer, excepto en caso de unión ilegal, la expone a cometer adulterio; y el que se casa con una mujer abandonada por su marido, comete adulterio” (Mt. 5, 31-32). “Se acercaron a Él algunos fariseos y, para ponerlo a prueba, le dijeron: ‘¿Es lícito al hombre divorciarse de su mujer por cualquier motivo?’. Él respondió: ‘¿No han leído ustedes que el Creador, desde el principio, *los hizo varón y mujer*; y que dijo: *Por eso, el hombre dejará a su padre y a su madre para unirse a su mujer, y los dos no serán sino una sola carne?* De manera que ya no son dos, sino una sola carne. Que el hombre no separe lo que Dios ha unido’. Le replicaron: ‘Entonces, ¿por qué Moisés prescribió entregar una declaración de divorcio cuando uno se separa?’. Él les dijo: ‘Moisés les permitió divorciarse de su mujer, debido a la dureza del corazón de ustedes, pero al principio no era así. Por lo tanto, yo les digo: el que se divorcia de su mujer, a no ser en caso de unión ilegal y se casa con otra, comete adulterio’” (Mt. 19, 3-9).

b) Evangelio según San Marcos: “Se acercaron algunos fariseos y, para ponerlo a prueba, le plantearon esta cuestión: ‘¿Es lícito al hombre divorciarse de su mujer?’. Él les respondió: ‘¿Que es lo que Moisés les ha ordenado?’. Ellos dijeron: ‘Moisés permitió redactar una declaración de divorcio y separarse de ella’.

Entonces Jesús les respondió: ‘Si Moisés les dio esta prescripción fue debido a la dureza del corazón de ustedes. Pero desde el principio de la creación, *Dios los hizo varón y mujer. Por eso, el hombre dejará a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y los dos no serán sino una sola carne.* De manera que ya no son dos, sino una sola carne. Que el hombre no separe lo que Dios ha unido’. Cuando regresaron a la casa, los discípulos le volvieron a preguntar sobre esto. Él les dijo: ‘El que se divorcia de su mujer y se casa con otra, comete adulterio contra aquélla: y si una mujer se divorcia de su marido y se casa con otro, también comete adulterio’” (Mc. 10, 2-12).

c) Evangelio según San Lucas: “El que se divorcia de su mujer y se casa con otra, comete adulterio, y el que se casa con una mujer abandonada por su marido, comete adulterio” (Lc. 16, 18).

d) Carta de San Pablo a los Romanos: “Así, una mujer casada permanece ligada por la ley a su esposo mientras él viva; pero al morir el esposo, queda desligada de la ley que la unía a él. Por lo tanto, será tenida por adúltera si en vida de su marido se une a otro hombre. En cambio, si su esposo muere, quedará desligada de la ley, y no será considerada adúltera si se casa con otro hombre” (Rom. 7, 2-3).

e) 1ª Carta de San Pablo a los Corintios: “A los casados, en cambio, les ordeno –y esto no es mandamiento mío, sino del Señor– que la esposa no se separe de su marido. Si se separa, que no vuelva a casarse, o que se reconcilie con su esposo. Y que tampoco el marido abandone a su mujer” (1 Cor. 7, 10-11).

La interpretación de tales textos evangélicos en el punto referente a la admisión o el rechazo del divorcio vincular estaba destinada a ser uno de los principales puntos de división del cristianismo. La duda fundamental fue, durante mucho tiempo, la de determinar si la prohibición de segundo matrimonio después del divorcio tenía o no una excepción en el caso de adulterio de la mujer. En efecto, en el Evangelio de San Mateo se halla una frase que parece dar pie a la conclusión afirmativa (“excepto en caso de unión ilegal”). Sin embargo, se sostuvo también que el adulterio era una causa justificada del divorcio, pero que no habilitaba para una nueva unión. Por otra parte, se discrepa también acerca del verdadero sentido de la expresión “*porneia*”, traducida por unión ilegal.

Sólo después de quince siglos, en 1563, la Iglesia Católica formuló –en el Concilio de Trento– su doctrina, que parecía definitiva, pero que ha comenzado de nuevo a sufrir embates de diversos teólogos. Mientras tanto, la Iglesia oriental comenzó por aceptar el divorcio vincular por adulterio para extenderlo luego a otros supuestos. Por otra parte, las sectas protestantes negaron, en general, el carácter sacramental del matrimonio y, por tanto, la autoridad de la Iglesia para legislar sobre el divorcio.

En los primeros tiempos, los Padres de la Iglesia afirmaron la indisolubilidad del vínculo aun en caso de adulterio y lucharon contra la legislación civil contraria; sin embargo, algunos de ellos sostuvieron que el adulterio de la mujer permitía la disolución del vínculo, habilitando por lo menos al hombre a contraer segundas nupcias. La misma discrepancia se manifestó en los concilios primitivos, cuyas resoluciones fueron disímiles.

La doctrina de la indisolubilidad del vínculo en vida de los esposos se formó definitivamente alrededor del siglo XII, en especial por las enseñanzas del monje boloñés Graciano y del canonista francés Pedro Lombardo. Al mismo tiempo, se elaboró la teoría de la separación de cuerpos –o divorcio de los católicos– que hace cesar la vida en común sin posibilidad de contraer nuevas nupcias.

En el Concilio de Trento (1563) triunfó ampliamente la teoría de que el matrimonio es un sacramento, y celebrado entre católicos y consumado es indisoluble en vida de los esposos, aun en caso de adulterio de uno de ellos. También se consagró la posibilidad de separación de cuerpos por sentencia de los tribunales eclesiásticos.

Sin embargo, en los últimos años algunos canonistas –en especial Víctor J. Pospishil, prelado austríaco radicado en los Estados Unidos de América– propician la revisión de la doctrina de la Iglesia para admitir el divorcio vincular, en tanto que otros aceptan como sucedáneo un criterio muy lato en la admisión de la nulidad matrimonial; llegan, así, a admitir que la verdadera consumación del matrimonio no se produce por la unión sexual sino por una compenetración espiritual que, no lograda, permitiría a la Iglesia anular el vínculo o disolver el matrimonio no consumado.

§ 197. *POSICIÓN DEL PROTESTANTISMO Y DE LAS IGLESIAS ORTODOXAS.* – Mientras la Iglesia Católica aceptaba definitivamente la doctrina de la indisolubilidad, los reformadores la declaraban falsa y negaban el carácter sacramental del matrimonio. Consideraban que no podía ser contraria a la voluntad de Dios la disolución del vínculo por los tribunales en caso de violación y desprecio de los deberes derivados del matrimonio. Pensaban que Jesús nada dijo sobre el divorcio por mutuo consentimiento ni sobre el fundado en causas determinadas por la ley civil, razón por la cual no habría prohibido uno ni otro. El propio Lutero, al romper con Roma, despreció sus votos y contrajo matrimonio, al cual despojó de carácter sacramental y sometió a la autoridad secular.

La primera de las causas admitidas fue el adulterio, sobre la base del Evangelio de San Mateo. Luego, la *malitiosa desertio*, consistente en la huida a un lugar no asequible a la autoridad judicial. Se le equiparó más tarde la *quasidesertio*, concepto no bien determinado pero que llegó a comprender no sólo el abandono sino también la separación forzada por el destierro o la prisión. Finalmente, llegaron a aceptarse diversas causas fundadas en la culpa de uno de los esposos, como la obstinada negativa a cumplir el débito conyugal, las insidias (asechanzas contra la vida) y las sevicias (malos tratamientos que ponen en peligro la salud).

La Iglesia Anglicana, en cambio, mantiene oficialmente el rechazo del divorcio vincular, aunque existe ya una fuerte tendencia a admitirlo.

Finalmente, las iglesias ortodoxas –griega y rusa– siempre admitieron el divorcio vincular por causas imputables a uno de los cónyuges; la primera lo acepta, además, por enfermedades físicas y mentales incurables.

§ 198. *LA CODIFICACIÓN MODERNA.* – Al dictarse los códigos civiles o las leyes especiales que contemplaron al matrimonio como un acto civil, predominó la solución de admitir el divorcio absoluto; sólo no se lo reconoció en aquellos países en que es mayor la influencia de la Iglesia Católica.

En Francia, tras la Revolución de 1789 y la Constitución de 1791, se dictó la ley del 20 de septiembre de 1792 que admitió el divorcio con suma facilidad, no sólo por mutuo consentimiento

de los cónyuges sino también por “incompatibilidad de humor” alegada por uno solo de ellos. El Código Napoleón reaccionó contra esos extremos, y si bien aceptó –al lado del divorcio por causas graves imputables a uno de los cónyuges– el fundado en el consentimiento mutuo, consideró que éste no era una causal en sí sino el reconocimiento por parte de los cónyuges de la existencia de una causal que querían mantener oculta. Tras la restauración borbónica, en 1816 el divorcio absoluto fue suprimido. Después de muchos intentos de restablecerlo, así lo hizo la llamada “ley Naquet” –por el nombre de su autor– dictada en 1884, la que volvió a aceptar el divorcio absoluto por causas graves mas no por el mutuo disenso.

Posteriormente, la institución –con diversas características– se difundió, y ahora son excepcionales los regímenes jurídicos que no la reconocen.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

Capdevila, Arturo, *El Oriente jurídico*, Bs. As., 1947.

Delgado Iribarren, Francisco, *El divorcio*, Madrid, 1932.

Pospishill, Víctor J., *Divorcio y nuevo matrimonio*, tr. Francisco Zanutigh Núñez, Bs. As., 1969.

CAPÍTULO XXI

DERECHO COMPARADO

§ 199. *DIVORCIO Y SEPARACIÓN PERSONAL.* – Bajo la influencia del cristianismo, la institución romana del divorcio se desdobló en otras dos instituciones diferentes, según que se admitiesen o no las ulteriores nupcias de los divorciados: el divorcio y la separación personal. Sin embargo, la terminología no es unívoca, pues en algunos de los países que sólo aceptaban la separación personal –como en el nuestro– se la denominaba directamente divorcio.

Por consiguiente, cabe distinguir:

a) El divorcio absoluto, divorcio vincular, divorcio *ad vinculum*, o simplemente divorcio, que es la disolución del matrimonio válido en vida de los esposos, y habilita a los divorciados para contraer nuevas nupcias.

b) La separación de cuerpos, separación personal, divorcio limitado o divorcio *quoad thorum et mensam* (del tálamo y de la mesa), que consiste en la cesación de la obligación de cohabitar, sin que desaparezca el vínculo matrimonial.

La distinción fundamental entre uno y otro tipo de divorcio radica, pues, en que se disuelva o no el vínculo matrimonial como consecuencia de él; y, por consiguiente, en la posibilidad o imposibilidad de contraer nuevas nupcias.

En cuanto a los efectos del divorcio limitado respecto de otros derechos y obligaciones derivados del matrimonio –fuera de la obligación de cohabitar–, varían según las distintas legislaciones.

§ 200. *DIVORCIO-SANCIÓN Y DIVORCIO-REMEDIO (CAUSALES SUBJETIVAS Y CAUSALES OBJETIVAS)*. – Con relación a los motivos que pueden dar lugar al divorcio –sea absoluto o limitado– existen dos diferentes criterios. Para uno el divorcio es una sanción impuesta a uno de los cónyuges por haber incurrido en hechos que la ley considera suficientes para aplicarla; para otro, es una solución para poner fin a una situación objetiva, derivada o no de culpa de los cónyuges, que hace imposible o más o menos difícil el mantenimiento de la convivencia. En el primer caso se habla de divorcio-sanción, y en el segundo, de divorcio-remedio.

En el sistema de divorcio-sanción, es ordinariamente decretado por la autoridad judicial sobre la base de la causal en que incurrió uno de los cónyuges, a petición del otro. En el de divorcio-remedio puede decretárselo a pedido de uno de los cónyuges en virtud de existir una causal legalmente prevista –que puede no implicar culpa de ninguno de los esposos, como las enfermedades físicas o mentales–, pero también puede admitírsele a petición de ambos esposos sobre la única base de su mutuo consentimiento; en algunos casos, basta la voluntad unilateral de un cónyuge.

En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio-remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos, independientemente de cuál fuese el culpable de esa situación. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la conducta del otro, en otros –a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, de Suecia y de algunos Estados norteamericanos– se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas.

En los países en que se admiten ambos tipos de divorcio, se distingue entre las causales subjetivas –que implican juzgamiento de la culpa y, por tanto, corresponden al divorcio-sanción– y las causales objetivas, que responden a la idea del divorcio-remedio, vale decir que excluyen la indagación de la culpa.

§ 201. *DISTINTAS SOLUCIONES LEGISLATIVAS*. – Sobre la base de la combinación de las diferentes concepciones reseñadas, las soluciones legales referentes al divorcio varían de país a país.

Cabe distinguir, así, por una parte, entre países que sólo aceptan la separación de cuerpos, países que sólo admiten el divorcio absoluto, y países en los cuales coexisten ambas instituciones; y, por otra, entre aquellos en que el divorcio es sanción, otros en que es sólo remedio, y los que aceptan causas subjetivas y causas objetivas, esto es, permiten acudir a la sanción o al remedio.

Hasta no hace muchos años, la distinción fundamental era la primera, pero ha dejado de serlo como consecuencia de que ya prácticamente todo el mundo legisla el divorcio vincular. Sólo lo excluyen, en Europa, varios países menores (Malta, Andorra, Liechtenstein y San Marino); y, en América –después de su admisión por Colombia en 1976, Brasil en 1977 y Paraguay en 1990–, Chile, donde, sin embargo, se acepta el sucedáneo de una fácil anulación del matrimonio. Como modelos de las legislaciones europeas que han suprimido la indagación de la culpa pueden citarse las de Alemania y Suecia.

En Alemania, según la ley vigente desde 1977, la única causa de divorcio es la ruptura del matrimonio, que tiene lugar ante la inexistencia de vida conyugal común y la presumible imposibilidad de reconciliación de los cónyuges (§ 1565, párr. primero, Cód. Civil). La ruptura se presume si los cónyuges viven separados por más de un año, ambos solicitan el divorcio o el demandado lo consiente, o bien si ese lapso se eleva a tres años, aun cuando uno solo lo requiera (§ 1566, Cód. Civil).

Sin embargo, no hay lugar al divorcio cuando la subsistencia del matrimonio resulta excepcionalmente necesaria por razones de especial interés para los hijos menores de edad o cuando el divorcio supondría, a causa de circunstancias extraordinarias (cláusula de dureza), una carga tan grave para el cónyuge que se opone a él, que haga que la subsistencia del matrimonio resulte excepcionalmente imprescindible, incluso teniendo en cuenta los intereses del cónyuge solicitante (§ 1568).

En Suecia –donde se eliminó la indagación de la culpa en 1977– rige actualmente el Código del Matrimonio de 1987, que admite el divorcio por: *a*) el acuerdo de los esposos; *b*) la petición de uno de ellos, sin expresión de causa, después de un plazo de reflexión de no menos de seis meses; *c*) la petición también unilateral, después de dos años de separación de hecho, sin necesidad

de plazo de reflexión, y *d*) la existencia de impedimentos matrimoniales (arts. 3º a 5º).

Otros países europeos –tales como Gran Bretaña, Francia, Italia y España– legislan causas subjetivas y causas objetivas, a la vez que aceptan también la separación de cuerpos.

En Gran Bretaña, una ley de 1969 estableció como única causal de divorcio la irreparable destrucción del matrimonio (*irretrievable breakdown of marriage*). Actualmente rige la *Family Law Act 1996*, según la cual esa destrucción puede resultar del adulterio, un comportamiento irrazonable del cónyuge, el abandono, o bien de la separación de hecho. El tribunal está facultado para decretar el divorcio o la separación, pero debe estimar que el matrimonio ha fracasado irremediabilmente, con tal de que la parte o las partes hayan presentado una declaración en ese sentido y hayan asistido a una o varias reuniones informativas ante un consejero que les haya instruido sobre la naturaleza y los efectos de una sentencia de divorcio o de separación.

En Francia, tradicional baluarte del divorcio-sanción, sólo se lo admitía por las causales de adulterio, condena a pena privativa de la libertad, y excesos, sevicias e injurias graves. La reforma de 1975 lo acepta por hechos imputables a uno de los cónyuges que constituyan una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio y hagan intolerable la vida en común (art. 242), por mutuo consentimiento, sea por demanda conjunta o de uno de los esposos aceptada por el otro (art. 230 y ss.), y por ruptura de la vida en común. La ruptura de la vida en común puede resultar de seis años de separación de hecho (art. 237) o de igual lapso de grave alteración de las facultades mentales del otro cónyuge que determine que no subsista la comunidad de vida entre los esposos ni pueda, según las previsiones más razonables, reconstituirse en el futuro (art. 238). En estos casos, si el demandado demuestra que el divorcio tendría consecuencias materiales o morales de excepcional dureza para él –habida cuenta de su edad y de la duración del matrimonio– o para los hijos, el juez debe rechazar la demanda; también puede hacerlo de oficio en el caso de alteración de las facultades mentales (art. 240).

En Italia, a partir de una ley de 1970, son posibles la separación de cuerpos –reglada en el Código Civil–, así como la diso-

lución de los matrimonios civiles o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, institución peculiar, pues, a la vez que se mantiene el reconocimiento de los efectos civiles de los segundos, también se los priva de efectos para el futuro por las mismas causas que justifican la disolución de los primeros. La separación de cuerpos puede pedirse por mutuo consentimiento (art. 155, Cód. Civil) o, a demanda de uno de los esposos, si la prosecución de la vida en común se ha hecho intolerable por cualquier motivo, o si se han producido hechos que puedan ser gravemente perjudiciales para los hijos (art. 151, Cód. Civil). La disolución del matrimonio civil o la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso puede tener lugar: *a*) por tres años de separación legal; *b*) por la nulidad o la disolución del matrimonio obtenidos en el exterior por el cónyuge extranjero; *c*) por la falta de consumación del matrimonio; *d*) por la sentencia de cambio de sexo; *e*) por la condena posterior al matrimonio por delito doloso a prisión perpetua o superior a quince años; *f*) por la condena posterior al matrimonio por delitos sexuales; *g*) por la condena por homicidio voluntario o su tentativa, anteriores al matrimonio, del cónyuge o un hijo; *h*) por la existencia de dos o más condenas por los delitos de lesiones graves, violación de las obligaciones de asistencia familiar, malos tratamientos en la familia, o abuso de incapaces, cometidos contra un cónyuge o uno de sus hijos; *e i*) por la absolución de los antes mencionados delitos de homicidio doloso o sexuales, debidos a la alteración de las facultades mentales o la extinción de la acción penal (ley 898/1970, art. 3º, completada por ley 162/1982).

En España, a partir de la ley del 7 de julio de 1981 que reformó el Código Civil en esta materia, pueden pedirse la separación o el divorcio. El divorcio vincular puede obtenerse por el cese efectivo de la convivencia conyugal, durante lapsos que van de uno a cinco años según las diversas condiciones, y además por la condena por atentado contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. La separación de cuerpos, por algunas de las causas que justifican el divorcio, por otras que implican culpa de uno de los cónyuges —violación grave o reiterada de los deberes conyugales o de los deberes respecto de los hijos comunes o de los de uno de los cónyuges que convivan en el hogar—, el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales que exijan la suspen-

sión de la convivencia, y también por cese efectivo de la convivencia durante determinados lapsos (arts. 82 y 86, Cód. Civil).

En cuanto a los países americanos, en los Estados Unidos de América desde un principio se admitió el divorcio vincular en casi todos los Estados, aunque basado en causas graves imputables al cónyuge demandado, especialmente –y en algunos casos, únicamente– el adulterio. Posteriormente, el número de causas fue aumentando hasta incluir la denominada “crueldad mental”, expresión algo indefinida e interpretada con diversa latitud según los Estados.

Por último, a partir de las leyes de California y Texas de 1969, y de Iowa de 1970, comenzó a admitirse la disolución del matrimonio por la irremediable destrucción del matrimonio, considerada objetivamente y sin investigación de culpa. En tal sentido, en 1970 se propuso la *Uniform Marriage and Divorce Act*, que ha sido aceptada por sólo ocho Estados.

Como modelo de los restantes, puede citarse la legislación de New York, que permite solicitar el divorcio como sanción por adulterio, sevicias físicas o mentales, abandono, o condena a prisión por más de tres años, por mutuo consentimiento, por un año de separación de cuerpos si se han cumplido todas las obligaciones impuestas en la sentencia, y por internación psiquiátrica que haya durado más de cinco años.

Los países latinoamericanos aceptan, en general, el divorcio y la separación personal, pero ninguno ha eliminado totalmente el juzgamiento de la culpa. El mutuo consentimiento se admite en algunos casos para la separación, pero no para el divorcio; después de cierto lapso aquélla puede ser convertida en éste.

Peculiar es la legislación de la República Oriental del Uruguay, que desde principios del siglo xx acepta el divorcio absoluto no sólo por causales imputables a culpa de uno de los cónyuges sino también por mutuo consentimiento y aun por la voluntad unilateral de la mujer, sin necesidad de causa. Esta última causal fue adoptada con el propósito de dar una mayor protección a la mujer, por considerarse que para ella es mayor la dificultad de acreditar la existencia de hechos que impliquen culpa del marido.

De las legislaciones de los últimos tiempos, pueden citarse las siguientes:

El Código Civil de Guatemala, de 1962, que legisla el divorcio y la separación por las mismas causas, que son, además de las subjetivas, las enfermedades graves, incurables y contagiosas, perjudiciales para el otro cónyuge o la descendencia, la imposibilidad de procrear, *incurable y posterior al matrimonio*, y la enfermedad mental incurable (art. 155).

El Código de Familia boliviano de 1972, que acepta el divorcio por causas subjetivas y por dos años de separación de hecho (arts. 130 y 131), y la separación por las mismas causas y también por *embriaguez habitual, tráfico o uso indebido de sustancias peligrosas, enfermedad mental o infecto-contagiosa que perturbe la vida conyugal o ponga en peligro la seguridad o la salud del otro cónyuge o de los hijos, y por mutuo acuerdo* (art. 152).

Del mismo año es la ley colombiana 1/72, que acepta el divorcio del matrimonio civil, completada por la 25/92, que añade la posibilidad de divorcio civil del matrimonio religioso. A las causas de separación y divorcio subjetivas se añade la enfermedad grave e incurable, física o moral, que ponga en peligro la salud psíquica o moral del cónyuge y haga imposible la vida conyugal, la separación de cuerpos que haya durado más de dos años, y el mutuo consentimiento.

El Código de Familia de Costa Rica, de 1976, legisla el divorcio por causas subjetivas, separación judicial que haya durado un año, ausencia declarada judicialmente y mutuo consentimiento (art. 48), y la separación por causas subjetivas, enajenación mental, condena penal, mutuo consentimiento y separación de hecho que haya durado un año (art. 91).

En Brasil, las normas del Código Civil que sólo aceptaban la separación de cuerpos fueron derogadas por la ley de 1977 que legisla la separación judicial y el divorcio. La separación judicial se da por mutuo consentimiento y, a pedido de uno de los esposos, por la conducta deshonrosa del otro o cualquier acto que implique grave violación de los deberes conyugales y haga insoportable la vida en común, por ruptura de la vida en común que haya durado más de un año y sea imposible reconstituirla, y por enfermedad mental de curación improbable que haya durado más de cinco años y haga imposible la continuación de la vida en común (ley 6515/77, arts. 3° a 5°). En los dos últimos casos, puede ser negada

si puede constituir causa de agravamiento de las condiciones personales o de la enfermedad del cónyuge, o si determina consecuencias de excepcional gravedad para los hijos menores (art. 6°). El divorcio sólo procede después de un año de separación judicial (art. 25).

El Código Civil peruano de 1984 acepta la separación de cuerpos por causas subjetivas y mutuo consentimiento, y el divorcio sólo por causas subjetivas o por conversión de la separación de cuerpos (arts. 333, 349 y 354).

El Código Civil paraguayo de 1986 sólo admitía la separación de cuerpos por mutuo consentimiento o causas subjetivas (arts. 167 y 170), pero en 1991 se dictó la ley de divorcio, que lo permite por causas subjetivas, enfermedad mental permanente y grave, separación de hecho por más de un año y mutuo consentimiento (ley 45/91, arts. 4° y 5°).

El Código de Familia de El Salvador de 1993 sólo acepta el divorcio, el cual puede tener lugar por mutuo consentimiento, separación por más de un año, y por ser intolerable la vida en común a raíz del incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria o cualquier otro hecho grave semejante (art. 106).

El de Panamá de 1994 permite optar entre el divorcio y la separación de cuerpos. A las causas subjetivas se añaden la separación de hecho por más de dos años y el mutuo consentimiento (arts. 199 y 212).

§ 202. *DERECHO CANÓNICO.* – El vigente derecho canónico, compilado en el Código de 1983, no admite la disolución del matrimonio rato y consumado sino por muerte de uno de los esposos (canon 1141). Pero si ha sido celebrado entre bautizados, o entre una parte bautizada y otra no bautizada, y no ha sido consumado (matrimonio rato y no consumado), puede ser disuelto con justa causa por el romano pontífice, a petición de ambas partes, o de una de ellas aunque la otra se oponga (canon 1142).

El matrimonio legítimo, celebrado válidamente entre infieles –es decir, entre no bautizados– puede disolverse por el llamado “privilegio paulino” (así denominado por tener su origen en la Primera Carta de San Pablo a los Corintios) en favor de la fe de la

parte que recibe el bautismo, por el hecho de contraer nuevo matrimonio, con tal de que la parte no bautizada se separe; se considera que ésta se separa si no quiere cohabitar con la parte bautizada, o cohabitar pacíficamente sin ofensa del Creador, a no ser que después del bautismo la parte bautizada le hubiera dado un justo motivo para separarse (canon 1143).

Fuera del privilegio paulino legislado en el Código de Derecho Canónico, se admite también la disolución del matrimonio contraído entre infieles, aunque uno de ellos se convierta, por privilegio pontificio o privilegio petrino, esto es, por la denominada “potestad vicaria” conferida al romano pontífice.

El Código de Derecho Canónico acepta también la separación personal de los esposos. Sus causas son: el adulterio no consentido ni causado por el otro cónyuge, en tanto no lo haya cometido también él (canon 1052), y el poner uno de los cónyuges en grave peligro espiritual o corporal al otro o a la prole, o hacerle de otro modo demasiado dura la vida en común (canon 1153).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Allende, Guillermo L., *Divorcio y separación: jurisprudencia canónica con acotaciones de nuestro derecho*, LL, 152-1029.
 — *El divorcio vincular en el derecho canónico*, LL, 151-781.
- Autorino Stanzone, Gabriella, *Divorzio e tutela della persona (l'esperienza francese, italiana e tedesca)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1981.
- Azpiri, Jorge O., *El divorcio en España*, LL, 1982-A-723.
 — *El nuevo régimen del divorcio en el Brasil*, LL, 1978-C-813.
- Barbero, Omar U., *El divorcio vincular en Brasil*, JA, 1978-III-747.
 — *Las nuevas reformas del derecho de familia en Suecia*, Jus, 7 y 10/4/78.
- Bellini, Piero, *Considerazioni generali sulla legittimità costituzionale del divorzio*, en Università degli studi di Roma, Studi in tema di diritto di famiglia, Milano, Giuffrè, 1967.
- Belluscio, Augusto C., *La reforma del divorcio en Francia*, LL, 1976-B-521.
 — *Recientes reformas legislativas en materia de divorcio*, LL, 142-1015.
- Bendersky, Mario J., *Matrimonio y divorcio sin culpa, en las últimas reformas legislativas del derecho extranjero*, “Revista Notarial”, La Plata, n° 845, jul.-ago. 1979, p. 915.
- Breton, André, *Séparation de corps*, “Encyclopédie Juridique Dalloz”, Répertoire de droit civil, 2° ed., Paris, Dalloz, 2000.

- Brunelli, Giovanni, *Divorzio e nullità di matrimonio negli stati d'Europa*, Milano, Giuffrè, 1958.
- Cedeño de Paredes, Nelly, *Las causales del divorcio en la legislación panameña*, "Revista Derecho de Familia", n° 1, Panamá, 1995, p. 31.
- Da Silva Pereira, Caio Mario, *Nuevas tendencias del derecho de familia. La ley de divorcio en el Brasil*, "Derecho comparado" (Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado), n° 3, 1979, p. 125.
- Fortis, Élisabeth, *Divorce*, "Encyclopédie Juridique Dalloz", Répertoire de droit civil, 2° ed., Paris, Dalloz, 1999.
- Goyena Copello, Héctor R., *La nueva ley de matrimonio civil de España*, LL, 1982-B-943.
- Granillo, Arturo, *El divorcio en España (reflexiones de un argentino)*, LL, 1982-C-677.
- Groslière, Jean-Claude, *La réforme du divorce*, Paris, Sirey, 1976.
- Huizing, Peter, *El derecho canónico y la disolución del matrimonio*, "Concilium", jul.-ago. 1973, p. 9.
- *Indisolubilidad matrimonial y regulaciones de la Iglesia*, "Concilium", sep.-oct. 1968, p. 199.
- Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris: Divorce et séparation de corps dans le monde contemporain*, Paris, 1951.
- Jacob de Pradera, Vera, *Evolución y estado actual del derecho de familia en Brasil*, en "El derecho de familia y los nuevos paradigmas", Santa Fe, 1999, t. III, p. 221.
- Lacruz Berdejo, José L. (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Código Civil*, Madrid, Civitas, 1982.
- Limongi França, R., *A lei do divórcio*, São Paulo, Saraiva, 1978.
- Makianich de Basset, Lidia N., *La reforma sueca en materia de divorcio*, "Revista Jurídica de San Isidro", n° 25, ene.-dic. 1989, p. 43.
- Mazzinghi, Jorge A., *Sobre la indisolubilidad del matrimonio en el derecho canónico*, LL, 152-782.
- Mirabelli, Cesare, *La separazione personale dei coniugi per giusta causa*, Università degli studi di Roma, Studi in tema di diritto di famiglia, Milano, Giuffrè, 1967.
- O'Farrell, Ernesto, *La disolución del vínculo matrimonial en el nuevo Código de Derecho Canónico*, LL, 1984-C-1097.
- Pérez Vargas, Víctor, *El divorcio en Costa Rica*, en "Estudios de derecho de familia", San José, 1991.
- *Los efectos de la culpa sobre la pensión alimenticia*, en "Estudios de derecho de familia", San José, 1991.
- Pospishill, Victor J., *Principles of eastern and western marriage and divorce law*, New York, 1979.
- Ramírez Mac Gregor, Carlos, *El matrimonio. Estudio histórico y de derecho comparado*, Madrid, 1930.
- Rodrigues, Silvio, *O divórcio e a ley que o regulamenta*, São Paulo, Saraiva, 1978.

- Romero Coloma, Aurelia M., *Las causas de separación matrimonial del apartado 4 del art. 82 del Código Civil: alcance y valoración (alcoholismo, toxicomanía y perturbaciones psíquicas)*, Madrid, 1997.
- Rousseau, O., *Divorcio y nuevas nupcias. Oriente y Occidente*, "Revista Concilium", n° 24, abril 1967, p. 118.
- Sanseverino, Milton, *A nova lei do divórcio*, "Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial", año 3, n° 7, 1979, p. 131.
- Scardulla, Francesco, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, Giuffrè, 1996.
- Simó Santonja, Vicente L., *Divorcio y separación: derecho comparado y conflictual europeo*, Madrid, Tecnos, 1973.
- Szmulewicz, Musia, *Un nuevo concepto en materia de divorcio*, LL, 142-868.
- Travaux du Centre d'Études Juridiques Allemandes: Divorce-sanction et divorce-faillite en droit comparé français et allemand*, Paris, 1969.
- Trejos, Gerardo, *El divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento*, San José, 1977.
- Velasco Letelier, Eugenio, *El divorcio y el nuevo Código Civil del Perú*, en "El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", Lima, 1986.
- Zannoni, Eduardo A., *Las reformas de 1981 al Código Civil español en lo relativo al matrimonio y especialmente en materia de separación y divorcio*, JA, 1981-IV-710.

CAPÍTULO XXII

RÉGIMEN Y CAUSALES

A) GENERALIDADES

§ 203. *CÓDIGO CIVIL*. – Hasta la sanción del Código Civil, el divorcio estuvo regido en nuestro país por la legislación canónica. El Código no introdujo innovaciones fundamentales, pues continuaron sometidos a la legislación canónica los matrimonios celebrados entre católicos y los mixtos contraídos con autorización de la Iglesia Católica. En esos casos, correspondía a los jueces eclesiásticos entender en las causas de divorcio (art. 201) y a los jueces civiles conocer de todos los efectos civiles del divorcio en relación con las personas de los cónyuges, de la crianza y educación de los hijos y de los bienes de la sociedad conyugal (art. 202), así como de la fijación de alimentos y litisexpensas en favor de la mujer durante la tramitación del juicio (art. 203).

En cuanto a los matrimonios entre no católicos, el divorcio –siempre con los efectos de simple separación personal (art. 198)– competía a los tribunales civiles. Las causas eran tres: el adulterio de la mujer o del marido, la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, y las ofensas físicas o malos tratamientos (art. 204).

§ 204. *RÉGIMEN DE LA LEY DE MATRIMONIO Y DE LAS REFORMAS DE 1968 Y 1987*. – La ley de matrimonio civil adoptó el régimen de divorcio-sanción, de tal modo que sólo podía ser decretado judi-

cialmente sobre la base de alguna de las causales determinadas en la ley, las cuales se fundaban exclusivamente en la culpa de uno de los esposos (art. 67).

La reforma introducida por la ley 17.711 en 1968, al admitir en el art. 67 *bis* de la ley de matrimonio civil que el divorcio se decretase a petición conjunta de los esposos cuando existieran causas graves que hiciesen imposible la vida en común, implicó adscribirse al régimen de divorcio-remedio, ya que no necesariamente esas causales debieran configurar culpa de alguno de los esposos.

Luego, la ley 23.515, de 1987, añadió causas invocables por uno de los esposos que no necesariamente implican culpa del otro, como los trastornos de conducta derivados de las alteraciones mentales, el alcoholismo o la drogadicción (art. 203), y la separación de hecho (art. 204), lo que amplía las posibilidades de divorcio-remedio.

En todo caso, “*no hay separación personal ni divorcio vincular sin sentencia judicial que así lo decrete*” (art. 229, Cód. Civil, texto según ley 23.515), lo que excluye el divorcio privado o por autoridad administrativa.

En cuanto a los efectos del divorcio, hasta el dictado de esta última ley se trataba del divorcio limitado o separación personal –denominados tanto por el Código Civil como por la ley de matrimonio civil simplemente divorcio–, pues no producía la disolución del vínculo matrimonial ni permitía a los esposos divorciados celebrar nuevo matrimonio válido (art. 64, ley mat. civil). De transitoria vigencia en este aspecto, el art. 31 de la ley 14.394 permitió pedir la disolución del vínculo matrimonial después de transcurrido un plazo a partir de la sentencia de divorcio. Finalmente, la ley 23.515 incorporó las normas sobre el matrimonio al texto del Código Civil, legislando el divorcio vincular y la separación personal. Esta última denominación no es adecuada, pues tan personal es la separación judicialmente decretada como la producida de hecho; debió haberse utilizado, más bien, la de separación judicial o, como tradicionalmente la denomina la legislación y la doctrina de otros países, “separación de cuerpos”.

Quizá para no romper abruptamente con el régimen anterior, las nuevas disposiciones comienzan por legislar la separación personal para luego pasar al divorcio vincular, como si aquella fuera la regla y éste la excepción. Esa metodología se muestra también como imperfecta si se tiene en cuenta que en la gran mayoría de

los casos lo que se peticiona es directamente el divorcio. A mi juicio, ni siquiera sería necesario mantener la institución de la separación judicial, pues la objeción que por razones religiosas alguien pudiera tener quedaría salvada con su decisión ulterior de no hacer uso de la posibilidad legal de contraer nuevas nupcias, sin necesidad de impedírselo a quien no participa de tales pruritos. De todos modos, si se considera vinculado por el matrimonio religioso, es obvio que el divorcio civil no afecta a éste.

La constitucionalidad del nuevo régimen —y en especial del nuevo art. 230 del Cód. Civil, que sanciona con nulidad la renuncia al derecho de pedir el divorcio— fue puesta en tela de juicio mediante una acción declarativa ejercida por dos cónyuges que pretendían que se reconocieran efectos jurídicos a tal renuncia y se la inscribiera al margen del acta de matrimonio. La pretensión fue rechazada por la justicia civil y el rechazo fue confirmado por la Corte Suprema, que declaró que las normas de orden público que autorizan la disolución del matrimonio en vida de los esposos no afectan garantías constitucionales¹.

B) SEPARACIÓN PERSONAL

1) CAUSAS FUNDADAS EN LA CULPA

§ 205. *CARACTERES.* — Las causas de separación personal fundadas en la culpa de uno de los cónyuges están enunciadas en el art. 202 del Cód. Civil (texto según ley 23.515). Son hechos que, en definitiva, implican graves violaciones de los deberes derivados del matrimonio.

Ello ha permitido afirmar a algunos autores y a ciertos fallos que todas las causales no son sino variantes de una sola y fundamental: la injuria grave, que vendría así a ser la causal única que subsume a las demás, las cuales no serían sino casos particulares de ella². Sin embargo, en la enumeración legal la calificación de

¹ CSJN, 5/2/98, *Fallos*, 321:92, y *LL*, 1998-C-648.

² CNCiv, Sala A, 3/4/57, *JA*, 1957-III-428; *id.*, Sala C, 11/12/57, *LL*, 91-572; *id.*, Sala D, 13/6/78, *JA*, 1980-I-153; *id.*, Sala F, 19/11/63, *LL*, 115-277.

injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no encuadren en alguna de las demás causales previstas. Se trata, entonces, de una causal residual –en cuanto incluye hechos agraviantes no comprendidos en las demás–, pero no de una causal genérica³.

Los hechos que pueden dar causa a la separación culpable tienen los siguientes requisitos comunes:

a) *GRAVEDAD*. Deben ser de tal gravedad que hagan imposible moral o materialmente la vida en común de los esposos. En otras palabras, deben crear entre los cónyuges una situación imposible de ser sobrellevada con dignidad, atentando contra la convivencia conyugal de modo tal que excedan el margen de la tolerancia humana. De no ser así, no se justificaría una solución de tal importancia⁴.

b) *IMPUTABILIDAD*. También es elemento común a todas las causales la imputabilidad, pues suponen una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuyen. Sólo pueden justificar la separación si traducen de parte de su autor un comportamiento consciente y responsable. Por consiguiente, si uno de los cónyuges comete actos que constituyen causales del art. 202 en estado de enajenación mental u otro estado de conciencia equiparable, el otro no puede invocarlos para demandar la separación por culpa⁵. Lo mismo ocurre si fueron ejecutados bajo el imperio de una coacción irresistible; pero no si la irresponsabilidad resulta de hechos imputables al acusado, como en caso de embriaguez alcohólica o intoxicación con estupefacientes voluntarias.

c) *INVOCABILIDAD*. Los hechos que dan lugar a la separación culpable pueden ser invocados únicamente por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió⁶.

³ CNCiv, Sala B, 29/3/68, LL, 131-252; íd., Sala D, 22/3/79, LL, 1979-C-417, y JA, 1979-III-156.

⁴ CCiv1ºCap, 20/8/30, JA, 33-1070; CNCiv, Sala A, 9/10/79, ED, 86-857.

⁵ CNCiv, Sala E, 8/9/77, LL, 1978-A-328, y ED, 75-680; SCBA, 6/3/79, ED, 85-350.

⁶ CNCiv, Sala F, 28/10/69, LL, 140-827; CCivCom Rosario, Sala II, 18/5/67, LL, 127-113.

d) *POSTERIORIDAD AL MATRIMONIO.* Los hechos invocables como causales de separación culpable deben ser posteriores al matrimonio, sin perjuicio de que los anteriores puedan ser tenidos en cuenta como antecedentes, o cuando se trata de actos de inconducta ocultados o revelados después del matrimonio en condiciones afrentosas para el cónyuge. De otra manera, los hechos anteriores, o bien configuran causales de nulidad del matrimonio, o bien son irrelevantes.

La enumeración legal de las causales de separación culpable es taxativa⁷, en cuanto marca los géneros de hechos que lo pueden originar; pero tales hechos son dúctiles y abarcan una infinidad de especies, cuya valoración está subordinada al criterio judicial⁸. Por consiguiente, la taxatividad sólo excluye –por una parte– los hechos que no alcanzan gravedad suficiente y deben quedar comprendidos dentro del margen de tolerancia recíproca que es dable exigir de los cónyuges, y –por la otra– las situaciones irregulares en el matrimonio en que no quepa atribuir culpa a ninguno de los esposos.

§ 206. *CONCURRENCIA DE CAUSALES.* – En caso de que ambos cónyuges hayan incurrido en hechos que configuran causales de separación, sus culpas no se compensan, sino que corresponde decretarla por culpa de ambos. Así se ha reconocido siempre⁹, sin perjuicio de que –en ocasiones– deba tenerse en cuenta la gravedad de los hechos cometidos por uno de los esposos para apreciar con menos severidad los de menor importancia imputables al otro, en especial en caso de injurias (ver § 212).

§ 207. *CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSALES.* – La doctrina y la jurisprudencia francesas anteriores a la reforma de 1975 distinguieron dos grupos de causales de divorcio: perentorias y facultativas. En las primeras, acreditado el hecho que las configuraba, los jueces estaban obligados a decretar el divorcio; en las segundas, en

⁷ CNCiv, Sala A, 5/11/76, LL, 1977-A-398; íd., Sala D, 6/4/79, ED, 85-343; íd., Sala E, 4/4/75, JA, 25-1975-323.

⁸ CNCiv, Sala A, 25/10/78, JA, 1980-I-468.

⁹ CNCiv, Sala A, 18/9/58, JA, 1859-III-22; íd., Sala B, 10/9/85, LL, 1986-E-11; íd., Sala D, 23/9/64, LL, 116-487; íd., Sala F, 24/10/61, LL, 105-76, y JA, 1962-II-96; íd., Sala J, 12/9/97, ED, 176-159.

cambio, tenían un poder de apreciación que les permitía determinar si el hecho constituía o no una violación de los deberes nacidos del matrimonio y si tornaba intolerable la vida en común, todo lo cual se presumía *iuris et de iure* en las perentorias. Se consideraba causas perentorias, el adulterio y la condena criminal, y facultativas, los excesos, sevicias e injurias graves.

Esta distinción –que algunos autores modernos combaten y que la reforma de 1975 suprimió– fue recogida en nuestro país por Busso, quien consideraba causas absolutas o perentorias las fundadas en hechos que bastan por sí solos para originar la causa, sin que deban ser sometidos a apreciación relacionada con modalidades subjetivas de los cónyuges, como el abandono y el adulterio; y relativas o facultativas, las que se hallan sometidas a la apreciación judicial en cada caso concreto, de modo que el juez decide según las condiciones subjetivas de los esposos si la realización de los hechos contemplados imposibilita la continuación de la vida en común, como en el caso de las injurias graves. A mi juicio, esta distinción carece de importancia práctica y su aplicación estricta puede llevar a resultados injustos.

Por ejemplo, cuando el adulterio es provocado por el otro cónyuge –caso del marido que induce u obliga a la mujer a ejercer la prostitución– no hay ofensa del adúltero que constituya causal de separación; lo mismo ocurre en el atentado contra la vida del cónyuge en legítima defensa, en el delito criminal cometido por instigación del cónyuge, o en el abandono justificado por la conducta del abandonado. No hay, pues, causas de separación verdaderamente perentorias; en todos los casos, los tribunales tienen amplio poder de apreciar si el hecho puede motivar la sanción legal, aunque en las más graves las circunstancias que excluyen la culpa sean más limitadas que en las demás.

a) ADULTERIO

§ 208. *CONCEPTO Y ELEMENTOS.* – La primera de las causas de separación que enuncia la ley es el adulterio (art. 202, inc. 1, Cód. Civil, texto según ley 23.515). El adulterio es la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero. Con un criterio más vasto e ideal, algunos autores consideran adulterio toda violación del deber de fidelidad; pero parece preferible reservar la denomi-

nación “de adulterio” para la unión sexual, sin perjuicio de que otras infidelidades queden comprendidas en la causal de injurias graves (ver § 212).

Para configurarlo se requiere, además del elemento material, un elemento intencional: la voluntad libre de sustraerse a la fidelidad conyugal¹⁰; ese elemento intencional no es sino la impudabilidad, requisito general de todas las causales basadas en la culpa (ver § 213, b). Por consiguiente, no hay adulterio si la esposa es violada o yace con un tercero en estado de hipnosis u otro semejante, en caso de demencia, o en el segundo matrimonio contraído de buena fe por quien se cree viudo¹¹.

La igualdad de los cónyuges con respecto al adulterio como causal de divorcio o separación se ha impuesto en casi todos los países del mundo (ver § 167 a 181). La doctrina aprueba esta solución, que en nuestro país sólo la consideraba inconveniente e impropia Machado. La diferencia subsistía en el art. 118 del Cód. Penal con relación al delito de adulterio, para cuya tipificación por parte del marido era preciso el mantenimiento de manceba dentro o fuera del hogar conyugal, pero la incriminación del adulterio fue suprimida por la ley 24.453, con lo que esa discriminación desapareció. La distinción habría podido justificarse en razón de que el adulterio civil es la violación del deber de fidelidad, igual para ambos cónyuges, mientras que en el campo penal –en que no se defiende el interés del cónyuge ofendido sino el orden social– podría resultar más grave el de la mujer por la posibilidad de *turbatio sanguinis* (confusión acerca de la paternidad de los hijos). Pero aun así, el adulterio no deja de ser un hecho privado que no justifica la sanción penal.

Numerosas legislaciones extranjeras establecen expresamente que el adulterio no es causa de divorcio o separación cuando ha sido provocado, tolerado o consentido por el otro cónyuge. La nuestra no lo hace así, pero debe llegarse a igual conclusión por aplicación de los principios generales referentes a las causales fun-

¹⁰ CCiv2^oCap, 11/12/41, *LL*, 25-68, y *JA*, 76-876; CCivCom San Isidro, Sala I, 22/6/99, *LLBA*, 1999-859; CNCiv, Sala K, 22/4/96, *LL*, 1998-D-881, 40.664-S.

¹¹ CNCiv, Sala C, 30/8/85, *LL*, 1986-B-617; CámCivCom Concepción del Uruguay, 8/2/85, *JA*, 1986-1-91.

dadas en culpa. En efecto, se trata de una sanción para el cónyuge que incurre en un comportamiento agravante para el otro, y el agravio desaparece en esos casos; falta el requisito de imputabilidad, pues no hay dolo ni culpa en la relación adulterina.

§ 209. **PRUEBA DEL ADULTERIO.** – Por la índole del hecho, resulta generalmente imposible la prueba directa del adulterio; de ahí que se admita unánimemente la posibilidad de acreditarlo mediante presunciones graves, precisas y concordantes¹². Así, por ejemplo, se ha considerado que puede resultar del matrimonio bigamo o celebrado en el extranjero; del nacimiento de hijos extramatrimoniales o su reconocimiento¹³; del aborto producido varios años después de separados de hecho los cónyuges¹⁴; del concubinato público con un tercero¹⁵; del encierro de la mujer durante horas con otro hombre, en ausencia del marido¹⁶; de la ocupación de una habitación en un hotel u hospedaje con un tercero¹⁷; de la exhibición reiterada e ininterrumpida del marido con otra mujer, a quien presenta como su esposa, en actitudes propias de amantes¹⁸; del hecho de que la mujer trabase relación fácilmente con desconocidos y los recibiese en su casa en ausencia del marido o concuerriese a las casas de ellos a altas horas de la noche¹⁹, etcétera.

En todo caso, la prueba debe ser convincente y llevar al ánimo del juzgador una certeza que excluya toda duda razonable, certeza

¹² CNCiv, Sala A, 13/7/00, *LL*, 2000-F-106; *id.*, Sala C, 29/12/80, *ED*, 93-211; *id.*, Sala D, 3/8/81, *ED*, 95-687; *id.*, Sala G, 2/7/85, *LL*, 1985-D-184; *id.*, Sala K, 21/9/94, *JA*, 1996-II-347; CCivCom Quilmes, Sala I, 22/10/96, *LLBA*, 1998-912.

¹³ CNCiv, Sala A, 24/3/73, *LL*, 147-167, y *ED*, 47-433; *id.*, Sala C, 3/2/83, *LL*, 1983-C-173; *id.*, Sala E, 21/3/85, *LL*, 1985-E-160; *id.*, Sala F, 16/11/76, *ED*, 73-393; *id.*, Sala G, 26/5/85, *LL*, 1985-D-386; CCivCom Morón, Sala II, 13/3/85, *LL*, 1985-D-133; CCivCom Río Cuarto, 23/3/88, *LLC*, 1989-71, y *JA*, 1989-I-215.

¹⁴ CCiv2ªCap, 17/5 y 28/5/20, *JA*, 4-279 y 293.

¹⁵ CNCiv, Sala B, 6/3/97, *LL*, 1998-D-512; *id.*, Sala D, 8/7/66, *LL*, 123-669, y *ED*, 17-904; *id.*, Sala J, 12/9/93, *ED*, 176-159; C3ªCivCom Córdoba, 29/4/86, *LLC*, 1987-255.

¹⁶ C2ªCivCom, La Plata, Sala III, 26/9/58, *JA*, 1959-VI-29.

¹⁷ CNCiv, Sala E, 21/3/85, *LL*, 1985-D-160; CCivCom Rosario, Sala I, 25/3/43, *RepLL*, V-640, n° 16.

¹⁸ CCivCom Mar del Plata, 17/12/64, *RepLL*, XXVI-584, n° 72.

¹⁹ CNCiv, Sala C, 10/3/66, *JA*, 1966-II-555.

que debe estar basada en hechos, no en interpretaciones subjetivas²⁰; si los hechos comprobados dejan lugar a duda, no debe tenerse por acreditado el adulterio²¹.

b) ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE O DE LOS HIJOS

§ 210. *CONCEPTO Y CARACTERES.* – Conforme al art. 202, inc. 2, es causa de separación la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador. Esta causal supone la intención de provocar la muerte del cónyuge o de los hijos; por consiguiente, no se configura si se trata de un delito culposo ni tampoco si sólo hay intención de herir.

Se discute si el término “tentativa” –que ya empleaba la ley de matrimonio civil– ha sido usado en el sentido que le asigna el derecho penal o en otro, propio de la ley civil. En el primer sentido opinaron Rébora, Acuña Anzorena, Spota, Lagomarsino, Zanoni y D’Antonio, en tanto que Busso y Borda sostuvieron que hechos que no son tentativa en derecho penal pueden ser causa de separación.

La discusión se proyecta concretamente sobre los actos preparatorios del delito, que para la segunda de dichas tendencias estarían comprendidos en el inciso si revelasen la intención formal de atacar contra la vida del cónyuge, mientras que para la primera estarían excluidos por no ser punibles, sin perjuicio de que puedan configurar otra causal, como la de injurias graves. A mi juicio, el empleo del vocablo “tentativa” –al cual no corresponde sentido alguno distinto del que emplea la ley penal ni jurídica ni gramaticalmente– no puede entenderse sino en tal sentido. Pero el juez civil puede apreciar si los hechos invocados configuran tentativa de homicidio, sin que quepa exigir el previo juzgamiento penal, pues lo contrario implicaría introducir una cuestión prejudicial extraña a la ley. En cuanto a los actos preparatorios que no alcanzan a configurar tentativa, pueden ser considerados injurias graves.

²⁰ CNCiv, Sala D, 23/5/58, JA, 1958-III-365.

²¹ CNCiv, Sala D, 15/7/71, ED, 38-561.

Existe, en cambio, coincidencia en que no configuran esta causal las amenazas²², ni las manifestaciones del propósito de atentar contra la vida del cónyuge o de los hijos.

La ley 23.515 introdujo dos modificaciones al similar texto de la ley de matrimonio civil (art. 67, inc. 2). Por la primera incluye el atentado contra la vida de los hijos, comunes o de uno solo de los esposos, ya que el texto anterior sólo se refería al atentado contra el cónyuge; por la segunda, además del autor o cómplice, tiene en cuenta al instigador.

Es lógico que la ley aluda solamente a la tentativa contra la vida del cónyuge, pues de haber homicidio consumado no quedaría ya posibilidad de separación. No lo es, en cambio, que prevea sólo la tentativa contra la vida de los hijos, y no el homicidio de éstos; tal hecho constituiría con mayor razón causa de separación personal, sea por interpretación extensiva de esta causal, sea por configurar una grave injuria.

c) *INSTIGACIÓN AL DELITO*

§ 211. *CONCEPTO.* – La tercera causal de separación es la instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos (art. 202, inc. 3, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

Queda claro, al sustituir la ley 23.515 el vocablo “provocación” por “instigación”, que, como lo sostuvieron Acuña Anzorena y Spota, se trata del supuesto de instigación criminal del art. 45 del Cód. Penal, con la diferencia de que para la punibilidad del instigador se requiere que el instigado ejecute el hecho o comience su ejecución, pero para la sanción civil basta la mera incitación, que es de por sí un acto ofensivo e injurioso.

Lo mismo que en la anterior causal, es innecesario el juzgamiento penal de la instigación para que el hecho pueda ser invocado en el juicio civil.

d) *INJURIAS GRAVES*

§ 212. *CONCEPTO.* – El concepto de injurias graves (cuarta causal de separación –art. 202, inc. 4–) ha evolucionado y se ha ex-

²² CNCiv, Sala A, 20/10/66, JA, 1967-II-8; íd., Sala C, 2/4/64, JA, 1964-IV-317.

tendido hasta constituir –por la variedad de hechos que comprende y el número de casos en que es invocada– la principal de las causas de separación culpable.

La evolución se había producido ya en el derecho francés. Al parecer, los redactores del Código Napoleón entendieron –al introducirla en el texto legal– referirse a los términos despectivos dirigidos por uno de los cónyuges contra el otro. Pero luego la jurisprudencia fue ampliando el concepto –quizá como resultado de la evidencia de situaciones imputables a uno de los cónyuges que debían razonablemente fundar el divorcio sin poder ser encasilladas en una interpretación estricta de las causales legales– hasta hacer entrar en él todo acto que pudiese constituir una ofensa para el otro cónyuge. De tal modo, llegó a considerarse que son injurias graves todas las violaciones de los derechos del otro cónyuge, o toda inexecución de las obligaciones derivadas del matrimonio, o bien los actos contrarios a las obligaciones legales de los esposos o a la dignidad del cónyuge.

En nuestra doctrina y jurisprudencia se ha hecho similar interpretación, extendiéndose el concepto de injuria. De las diversas definiciones que se han intentado, me parece que la más completa –sin afectar su concisión– es la que enunció en un fallo de la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal el doctor Argentino G. Barraquero²³, que luego fue repetida en numerosas sentencias y que parece constituir el criterio jurisprudencial actual: son toda especie de actos, intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para el esposo, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades.

§ 213. *ELEMENTOS.* – Entre éstos son reconocidos los siguientes.

a) *VOLUNTARIEDAD.* Entendía Lafaille que las injurias en materia matrimonial requieren la existencia de *animus injuriandi*, lo mismo que las injurias como delito penal, y su tesis fue recogida por algunos fallos²⁴.

²³ CCivI^oCap, 6/8/45, LL, 39-748, y JA, 1945-IV-68.

²⁴ CNCiv, Sala A, 3/9/81, JA, 1982-II-47; id., Sala C, 18/11/60, LL, 101-1001, y JA, 1961-II-103; SCBA, 13/9/60, JA, 1961-VI-12, n° 155. En contra, CNCiv, Sala

Es un criterio erróneo, que no comparte el resto de la doctrina. Así, explica Acuña Anzorena que si por *animus injuriandi* se entiende el propósito deliberado de ofender la dignidad del cónyuge, es decir, el dolo del ofensor, la respuesta debe ser negativa, pero si sólo se exige la conciencia de que el acto es ultrajante para el honor del esposo, debe ser afirmativa. La injuria en materia de separación no supone necesariamente la intención de dañar, pues la imputabilidad puede derivar del dolo o de la culpa; no es necesario que el acto se ejecute a sabiendas y con intención de dañar sino que basta que lo sea voluntariamente, es decir, con discernimiento y libertad, lo que es suficiente para responsabilizar de las consecuencias de los actos ilícitos a su autor.

Por lo tanto, entran en el concepto legal de injurias graves los hechos no cometidos con el propósito de ofender al cónyuge, pero que importan errores de conducta de los que se tiene o debe tener el convencimiento de su incompatibilidad con los deberes matrimoniales, porque se resuelven en motivos de afrenta o humillación para el otro esposo.

En suma, sólo se requiere el elemento general de todas las causales de separación culpable: imputabilidad o voluntariedad, pero no en todos los casos el ánimo de ofender. A lo sumo cabría exigir –como Spota– el *animus injuriandi* en las injurias dirigidas directamente al cónyuge, mas no en las indirectas.

b) **GRAVEDAD.** Las injurias deben ser graves para que puedan dar lugar a la separación. Reviste gravedad la injuria que por su intensidad y trascendencia hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia²⁵. Por expresa disposición de la parte segunda del inciso que alude a esta causal, para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse. Tal criterio no implica dejar de equiparar ante la ley a las distintas per-

B, 29/3/68, LL, 131-252; íd., Sala C, 19/3/74, ED, 61-215; íd., Sala D, 20/3/59, LL, 94-561; íd., Sala E, 8/9/77, LL, 1978-A-328, y ED, 75-680; SCBA, 14/6/61, AS, 1961-V-201.

²⁵ CNCiv, Sala B, 24/11/75, LL, 1976-B-33; íd., Sala C, 18/11/60, LL, 101-1001, nº 6179-S, y JA, 1961-II-213; íd., Sala E, 30/11/72, ED, 46-772; íd., Sala F, 25/9/72, ED, 50-476; íd., Sala K, 21/9/94, JA, 1996-II-347.

sonas sino precisamente buscar la igualdad haciéndose cargo de las situaciones diferentes, pues sería injusto medirlas con el mismo criterio cuando tienen distintos hábitos y manera de vivir.

c) *PLURALIDAD*. Aun cuando la ley emplea la forma plural al contemplar esta causa de divorcio, la pluralidad no es requisito esencial para que ella se configure: un solo hecho de particular gravedad puede ser suficiente para motivar la separación²⁶.

A la inversa, la reiteración puede tornar graves las ofensas que aisladamente serían leves, cuando tal reiteración hace imposible la vida en común²⁷. No es necesario que existan episodios violentos o groseros, pues puede haber quizá más hondura de sufrimiento en una vida conyugal que se desenvuelve sin esas exteriorizaciones pero que lleva en sí la angustia del problema menudo, de la circunstancia aparentemente insignificante, del contratiempo continuo, de la desarmonía en sí misma, sin que acaezcan reacciones crudas²⁸.

§ 214. *CASO EN QUE SON RECÍPROCAS*. – La ley no prevé expresamente el caso de reciprocidad de injurias. Sin embargo, parece obvio que en principio las injurias de uno de los cónyuges no autorizan la réplica injuriosa del otro. Luego, si las injurias son recíprocas, debe decretarse la separación por culpa de ambos cónyuges²⁹. Pero la gravedad de la injuria puede atenuarse y aun desaparecer cuando resulta ser la consecuencia de una provocación o una reacción lógica ante la conducta del otro cónyuge, ya que el que obra exasperado por el comportamiento de éste cuenta con el atenuante o eximente de la provocación³⁰.

²⁶ CNCiv, Sala A, 19/3/99, *LL*, 1999-E-537; íd., Sala D, 12/9/72, *LL*, 149-505; íd., Sala E, 24/10/74, *ED*, 61-217.

²⁷ CNCiv, Sala D, 9/9/58, *RepLL*, XX-479, n° 45; íd., Sala K, 12/7/97, *LL*, 1997-F-783.

²⁸ CNCiv, Sala A, 10/7/56, *LL*, 83-284, y *JA*, 1956-III-464; íd., Sala C, 15/4/69, *LL*, 136-297.

²⁹ CNCiv, Sala C, 27/3/63, *LL*, 110-808, y *ED*, 5-796; íd., Sala D, 23/9/64, *LL*, 116-487; íd., Sala E, 28/7/66, *LL*, 124-678; íd., Sala F, 13/11/86, *LL*, 1987-E-204; CCivCom Morón, 13/3/85, *LL*, 1986-B-296, y *ED*, 117-183.

³⁰ CNCiv, Sala D, 5/10/98, *LL*, 1999-C-133; íd., Sala E, 27/12/77, *LL*, 1978-C-252; íd., Sala F, 13/2/76, *LL*, 1976-C-142; íd., Sala K, 15/7/96, *LL*, 1997-D-323.

§ 215. **CLASIFICACIÓN.** – Las injurias pueden ser directas o indirectas. Las primeras suponen que un esposo es el injuriante y otro el injuriado y han sido dirigidas por aquél contra éste. Las indirectas, en cambio, resultan de hechos ejecutados por el injuriante en que no interviene directamente el cónyuge injuriado, o bien que son realizados por terceros contra uno de los cónyuges ante la inercia del otro.

Por otra parte, pueden ser positivas o negativas. La mera inacción, hecho negativo o de pura abstención, constituye injuria si supone menosprecio o vejamen, se traduce en violación de los deberes conyugales o en comportamiento ultrajante o hiriente para el cónyuge³¹.

Finalmente, pueden ser verbales, escritas o de hecho.

§ 216. **HECHOS QUE LAS CONFIGURAN.** – Una enumeración completa de los hechos que configuran injurias graves es imposible, pues la variedad de circunstancias que presenta la vida real es tan grande que siempre pueden producirse situaciones nuevas. A título ejemplificativo, cabe señalar los siguientes casos tomados de la jurisprudencia:

a) **ABUSOS DE UNO DE LOS CÓNYUGES CONTRA EL OTRO.** Entre otros no permitirle la entrada al hogar³², internarlo innecesariamente en un sanatorio de enfermos mentales³³, o introducir clandestinamente en el hogar a personas ajenas a la familia³⁴.

b) **ACCIONES JUDICIALES.** Puede constituir injuria grave la promoción de ciertas acciones judiciales infundadas, como la de nulidad del matrimonio por existencia de otro anterior del esposo que no se acredita³⁵, o por impotencia del marido no probada³⁶. Asimismo, la tramitación en el extranjero de una acción de divorcio vincu-

³¹ CNCiv, Sala D, 22/3/79, LL, 1979-C-417, y JA, 1979-III-156.

³² CNCiv, Sala D, 2/3/78, ED, 80-177.

³³ CNCiv, Sala B, 31/5/72, ED, 51-505; id., Sala C, 1/8/74, LL, 156-297; JA, 25-1975-15, y ED, 61-213; id., Sala E, 7/7/66, LL, 124-214.

³⁴ CNCiv, Sala F, 25/6/68, LL, 134-465.

³⁵ CCiv1ªCap, 13/7/45, RepLL, VII-451, nº 35, y GF, 178-157.

³⁶ CCiv2ªCap, 28/4/41, LL, 22-487.

lar a espaldas del cónyuge³⁷, las reiteradas demandas de divorcio infundadas³⁸, o la promoción infundada y maliciosa de juicio de insania³⁹.

c) *ACTITUDES IMPROPIAS DE LA CONDICIÓN DE CASADO*. Por ejemplo, de parte de la mujer, el desempeño de la profesión de bailarina de cabaret sin consentimiento del marido⁴⁰, o las salidas o viajes sin dar a conocer al marido su paradero ni prevenirlo⁴¹. De parte del marido, la llegada habitual al hogar a altas horas de la noche⁴², sus ausencias periódicas⁴³, aun sin ánimo de abandonar el hogar común⁴⁴. De cualquiera de ellos, la ocultación del estado de casados.

Aun cuando se discutía si era obligación de la esposa llevar el apellido del marido, se consideraba que sólo implicaba injuria grave cuando se hacía con el propósito de ocultar el estado de casada o el de agraviarlo⁴⁵. Con mayor razón es así cuando la ley ha consagrado el carácter facultativo de tal uso (art. 8º, ley 18.248, modificado por ley 23.515).

d) *ACUSACIONES Y DENUNCIAS PENALES Y POLICIALES*. Se han considerado injuriosas denuncias criminales formuladas por uno de los cónyuges contra el otro, si derivaron en sobreseimiento definitivo por ser infundadas⁴⁶; mas no si a pesar del sobreseimiento, el hecho imputado podía ser considerado verosímil, o bien si el sobreseimiento se debía a la falta de pruebas, o mediaba absolución por aplicación del beneficio de la duda⁴⁷.

³⁷ CNCiv, Sala A, 18/3/58, *JA*, 1958-I-307; íd., Sala C, 23/9/57, *LL*, 87-264.

³⁸ ST Misiones, 8/8/58, *LL*, 98-715.

³⁹ CNCiv, Sala C, 1/8/74, *LL*, 156-297.

⁴⁰ CCiv2ºCap, 22/7/40, *JA*, 71-564.

⁴¹ CCiv2ºCap, 27/12/44, *LL*, 37-371; CCivCom Rosario, Sala II, 29/11/60, *LL*, 105-261.

⁴² CNCiv, Sala C, 23/6/52, *LL*, 67-316; íd., íd., 31/3/77, *JA*, 1977-III-67, nº 5, secc. índice.

⁴³ CNCiv, Sala A, 11/9/56, *LL*, 85-196; íd., Sala C, 29/4/65, *JA*, 1965-III-547.

⁴⁴ CNCiv, Sala A, 16/9/80, *ED*, 90-829; íd., Sala F, 15/3/73, *ED*, 50-475.

⁴⁵ CNCiv, Sala D, 25/2/58, *LL*, 90-100.

⁴⁶ CNCiv, Sala C, 2/12/59, *LL*, 98-709.

⁴⁷ CCiv1ºCap, 6/6/21, *JA*, 6-592; CNCiv, Sala A, 5/8/64, *JA*, 1964-V-153; íd., Sala C, 3/8/67, *LL*, 129-1022.

e) *CORRESPONDENCIA INJURIOSA*. Constituyen injurias graves las imputaciones o consideraciones injuriosas hechas en la correspondencia dirigida por uno de los cónyuges al otro⁴⁸, o los anónimos remitidos por el marido en que alude a la conducta de la mujer⁴⁹.

f) *CUESTIONES PATRIMONIALES*. Se consideraron injurias graves la promoción por la mujer de una serie de demandas de divorcio desistidas con el fin de mantener una situación de pleito permanente para conseguir objetivos económicos⁵⁰; el hecho de que el marido permita el desalojo por falta de pago de la vivienda ocupada por el matrimonio⁵¹; la desmedida injerencia de la esposa en cuestiones económicas específicas de la profesión del marido, que lo coloca en situación de inferioridad, ridícula y hasta humillante, en desmedro de su honor y dignidad⁵²; la intromisión en los negocios del marido para provocar la desarmonía entre los socios⁵³; el ofrecimiento del divorcio israelita mediante la entrega de dinero⁵⁴; el apoderamiento por la mujer de los muebles del hogar, trasladados a otro lugar so pretexto de mudanza⁵⁵; los repetidos requerimientos de dinero en préstamo por la mujer a espaldas del marido, unidos a la entrega de cheques falsificando la firma de éste, y a haber desmontado un brillante de importancia de un anillo prestado por la hermana del marido, sustituyéndolo por una piedra sin valor⁵⁶; el retiro de fondos del comercio explotado por los cónyuges, por la mujer sin conocimiento del marido, que motivó que éste sospechara infundadamente de un socio y de una empleada⁵⁷; la venta simulada de un inmueble ganancial para sustraerlo de la sociedad conyugal⁵⁸.

⁴⁸ CCiv1ªCap, 30/12/41, *LL*, 25-485; CCivCom Rosario, Sala III, 12/4/40, *LL*, 18-484.

⁴⁹ CCiv1ªCap, 14/3/45, *LL*, 38-113.

⁵⁰ CCiv2ªCap, 4/6/43, *JA*, 1943-III-207.

⁵¹ CCiv1ªCap, 1/9/43, *RepLL*, V-441, n° 25, y *GF*, 167-4.

⁵² C1ªCivCom La Plata, Sala I, 7/11/47, *JA*, 1947-IV-835.

⁵³ CCiv1ªCap, 11/3/46, *RepLL*, VIII-653, n° 24, y *GF*, 182-45.

⁵⁴ CCiv1ªCap, 22/12/26, *JA*, 23-813.

⁵⁵ ST Chaco, Sala I, 19/9/66, *RepLL*, XXVIII-1078, n° 87.

⁵⁶ CN Civ, Sala B, 12/9/67, *LL*, 129-1023, 16.678-S.

⁵⁷ CCivCom Mar del Plata, 30/11/67, *LL*, 130-731, 17.190-S.

⁵⁸ C1ªCivCom Santiago del Estero, 27/5/63, *JA*, 1963-VI-537.

g) *CUESTIONES SEXUALES*. En materia de cuestiones sexuales se han reputado injurias graves: el contagio consciente de enfermedad venérea⁵⁹; la pretensión de que la esposa acceda a prácticas sexuales antinaturales⁶⁰; la homosexualidad⁶¹; la vinculación de la esposa con otra mujer –aun no probada la homosexualidad– si da pábulo a comentarios escandalosos en desmedro de la dignidad del marido⁶²; el alarde del marido de la negación de su sexo⁶³; la negativa a consumar el matrimonio⁶⁴; el inmotivado incumplimiento del débito conyugal⁶⁵; la imposición de prácticas anticoncepcionales por uno de los cónyuges contra la voluntad del otro⁶⁶; el propósito reiterado de abortar⁶⁷; la disimulación por el marido de una anomalía que provocaba su esterilidad, que no podía ignorar por ser médico y a pesar de lo cual sometió a la esposa a continuos exámenes por otros facultativos⁶⁸; la conducta del marido de permitir que el lecho conyugal fuese utilizado por una promiscuidad de personas⁶⁹.

h) *DEFICIENCIAS DE CARÁCTER*. Se consideró que existían injurias graves en el carácter fuerte y nervioso de una mujer que producía incidentes a diario a pesar de la suavidad del marido, quien trataba de calmarla, lo trataba despectivamente y le dirigía insultos⁷⁰; la intemperancia de la mujer en el trato conyugal⁷¹; el carácter taciturno y poco comunicativo del marido, que permanecía

⁵⁹ CCiv1ªCap, 19/6/32, JA, 42-1079.

⁶⁰ CCiv1ªCap, 27/12/29, JA, 32-211.

⁶¹ CCiv1ªCap, 18/3/32, JA, 37-1011; CNCiv, Sala K, 22/2/99, LL, 2000-B-43.

⁶² SCBA, 8/8/61, AS, 1961-III-477.

⁶³ CNCiv, Sala C, 25/9/62, LL, 110-358.

⁶⁴ CCiv2ªCap, 25/6/45, LL, 39-256.

⁶⁵ CNCiv, Sala B, 30/5/84, LL, 1984-C-530; íd., Sala C, 19/10/67, LL, 129-656; íd., Sala E, 7/7/61, LL, 103-788; íd., Sala F, 9/9/69, LL, 138-987, 23.887-S; íd., Sala K, 16/7/98, LL, 1998-F-506.

⁶⁶ CNCiv, Sala A, 18/9/58, JA, 1959-III-22; íd., Sala D, 14/10/64, JA, 1964-VI-508; íd., Sala F, 17/5/60, LL, 99-800, 5077-S.

⁶⁷ SCBA, 30/11/45, RepLL, VIII-419, n° 46.

⁶⁸ ST Santa Fe, 2/12/57, JA, 1958-I-192.

⁶⁹ CNCiv, Sala D, 31/3/65, LL, 118-739.

⁷⁰ CCiv1ªCap, 17/8/37, JA, 61-80.

⁷¹ CCiv1ªCap, 20/9/43, RepLL, V-441, n° 32, y GF, 166-474.

muchos meses en silencio y sin dirigir la palabra a la esposa⁷²; el trato desconsiderado y manifiestamente grosero y la asunción de una actitud de superioridad frente a la mujer, o el hecho de obligar a ésta a callarse, darle órdenes perentorias y hacerle recriminaciones ante terceros⁷³.

i) **DELITOS.** Son injurias graves los delitos cometidos por uno de los cónyuges contra el otro, como las calumnias e injurias⁷⁴, la falsificación de la firma⁷⁵, las lesiones⁷⁶. También pueden serlo delitos que afectan directamente al otro cónyuge, como el homicidio de una hija del primer matrimonio de la esposa⁷⁷, o del padre de la esposa⁷⁸, el cohecho con testigos a quienes se induce a declarar falsamente en juicio contra el cónyuge⁷⁹, la tentativa de aborto de la mujer⁸⁰. Y, finalmente, los demás delitos cometidos por uno de los cónyuges que no afectan directamente al otro pero que le hacen intolerable el mantenimiento de la vida matrimonial por razones de honor o decoro, como el asesinato de la propia hija extramatrimonial⁸¹, las defraudaciones y estafas⁸², el libramiento de cheques sin provisión de fondos⁸³, el cohecho, la sustracción de documentos privados y falsificación o adulteración de instrumento público⁸⁴.

j) **DESCONSIDERACIÓN.** Supuestos de desconsideración de uno de los cónyuges hacia el otro también han sido considerados como injurias graves. Así, la omisión de invitar a la esposa a la ordena-

⁷² CCiv2ºCap, 10/5/40, JA, 70-568.

⁷³ C1ºCivCom La Plata, Sala I, 2/4/70, LL, 140-835, 25.133-S.

⁷⁴ SCBA, 6/7/20, JA, 4-536; CCivCom San Isidro, Sala I, 19/2/98, LLBA, 1998-1283.

⁷⁵ CCiv2ºCap, 28/10/27, JA, 26-253.

⁷⁶ CCiv1ºCap, 6/8/45, LL, 39-748, y JA, 1945-IV-68.

⁷⁷ CCiv2ºCap, 17/5/20, JA, 4-277.

⁷⁸ C2ºCivCom La Plata, Sala I, 23/5/44, LL, 35-301.

⁷⁹ CNCiv, Sala B, 11/10/57, LL, 89-355, y JA, 1957-IV-566.

⁸⁰ CCiv2ºCap, 23/8/38, JA, 63-997.

⁸¹ CCiv1ºCap, 20/8/30, JA, 33-1078.

⁸² CCiv2ºCap, 20/11/31, JA, 36-1791; SCBA, 31/7/56, AS, 1956-IV-392.

⁸³ CCivCom Rosario, Sala I, 17/6/58, JA, 1959-IV-453.

⁸⁴ CCiv2ºCap, 27/8/40, JA, 73-210.

ción sacerdotal del hermano del marido⁸⁵; de la mujer de esperar al marido, oficial militar, a su regreso de viajes impuestos por el ejercicio de su profesión⁸⁶; la total indiferencia de uno de los cónyuges hacia el otro⁸⁷.

k) *ENFERMEDADES*. En principio, las enfermedades no son causa de separación, pues no implican violación por uno de los cónyuges de los deberes derivados del matrimonio⁸⁸. Pero pueden serlo las de transmisión sexual adquiridas después del matrimonio y fuera de él⁸⁹.

l) *FALTA DE ASEO*. El grado extraordinario de falta de aseo y de observancia de las más elementales reglas de higiene⁹⁰, y el descuido y desaliño extremos a pesar de la posición desahogada de la familia, han sido considerados también injuriosos⁹¹. Lo mismo, la tenencia por la mujer en el departamento habitado por el matrimonio de gran cantidad de gatos, que ocasionaba desaseo y malos olores, y motivó la intervención municipal para su retiro⁹².

m) *IMPUTACIONES*. Son injurias graves la imputación no probada de adulterio⁹³, y cualquier otra imputación maliciosa y no probada de hechos graves o deshonrosos, o simplemente innecesarias y destinadas a difamar al cónyuge, como la atribución de un defecto físico repugnante⁹⁴, la de antecedentes hereditarios⁹⁵, de aberraciones

⁸⁵ CNCiv, Sala E, 30/9/58, *RepLL*, XX-480, n° 51.

⁸⁶ CNCiv, Sala E, 9/3/59, *RepLL*, XX-481, n° 72.

⁸⁷ CNCiv, Sala B, 16/2/84, *LL*, 184-C-70; *id.*, Sala C, 9/4/85, *LL*, 1985-D-57; *id.*, Sala D, 22/3/79, *LL*, 1979-C-417, y *JA*, 1979-III-156; *id.*, Sala E, 20/9/68, *LL*, 134-192; *id.*, Sala K, 22/2/99, *LL*, 2000-B-243.

⁸⁸ CNCiv, Sala D, 30/8/74, *LL*, 156-865, 31.962-S.

⁸⁹ CCivCom Rosario, Sala III, 15/6/45, *JA*, 1945-III-342.

⁹⁰ CCiv2ªCap, 15/6/25, *JA*, 16-177.

⁹¹ CNCiv, Sala B, 7/11/60, *JA*, 1961-II-71.

⁹² CNCiv, Sala F, 2/10/73, *LL*, 153-301.

⁹³ CNCiv, Sala B, 23/12/60, *LL*, 102-540; *id.*, Sala D, 9/6/58, *RepLL*, XX-483, n° 99; *id.*, Sala E, 16/3/59, *RepLL*, XX-483, n° 112 *bis*.

⁹⁴ CCiv2ªCap, 8/5/33, *JA*, 42-208.

⁹⁵ CCiv1ªCap, 21/6/40, *LL*, 19-156, y *JA*, 71-291.

sexuales⁹⁶, de realización de abortos⁹⁷, de impotencia⁹⁸, de delitos, de haber sido la mujer mucama y haberse casado para mejorar su estado⁹⁹, etcétera.

n) *INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DERIVADOS DEL MATRIMONIO*. En general, el incumplimiento de deberes derivados del matrimonio, si no configura otra de las causales previstas en el art. 202 y reviste gravedad suficiente para hacer intolerable la vida en común, constituye injuria grave. Por ejemplo, la holganza del marido o su falta de disposición para el trabajo, con sus consecuencias económicas¹⁰⁰, la desatención de las tareas del hogar por la mujer¹⁰¹ o su realización de gastos personales por encima de las posibilidades económicas del marido¹⁰².

ñ) *INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ASISTENCIA*. La falta de cumplimiento de las obligaciones materiales derivadas del deber de asistencia configura injuria grave¹⁰³. La constituye la falta de contribución al sostenimiento económico del hogar por parte del marido a pesar de tener medios para hacerlo¹⁰⁴, la omisión de obtenerlos por su holgazanería, falta de apego al trabajo o desprecio de las oportunidades que se le presentan de obtener ocupación¹⁰⁵, o bien el aporte escaso y desproporcionado con su situación económica¹⁰⁶.

⁹⁶ CCivCom y Minas Mercedes (San Luis), 28/4/67, *RepLL*, XXVIII-1077, n° 72.

⁹⁷ CNCiv, Sala B, 28/6/68, *LL*, 134-45.

⁹⁸ CCivCom Rosario, Sala III, 25/4/47, *RepLL*, XX-394, n° 13.

⁹⁹ CNCiv, Sala F, 10/3/70, *LL*, 141-294.

¹⁰⁰ CNCiv, Sala B, 28/9/55, *LL*, 82-40; íd., Sala D, 19/10/71, *ED*, 42-534; íd., Sala E, 25/4/74, *LL*, 156-113.

¹⁰¹ CNCiv, Sala A, 17/2/75, *LL*, 1975-B-17; íd., Sala B, 23/7/67, *LL*, 136-1020; íd., Sala D, 2/12/66, *JA*, 1967-I-187; íd., Sala E, 25/9/68, *LL*, 134-91; íd., Sala F, 18/11/76, *ED*, 75-668, n° 4.

¹⁰² CNCiv, Sala D, 2/9/66, *JA*, 1967-I-187.

¹⁰³ CNCiv, Sala D, 20/12/79, *LL*, 1980-C-18, y *ED*, 88-626; íd., Sala F, 1/11/90, *LL*, 1991-A-240, y *ED*, 140-313.

¹⁰⁴ CCiv2°Cap, 28/5/43, *JA*, 53-745; CNCiv, Sala A, 25/9/97, *LL*, 1998-D-737; *JA*, 1998-III-366, y *ED*, 177-437; íd., Sala H, 16/7/97, *LL*, 1998-D-19; íd., Sala G, 7/7/81, *ED*, 96-653; CCivCom Rosario, Sala I, 17/6/58, *JA*, 1959-IV-453.

¹⁰⁵ CNCiv, Sala D, 27/12/82, *ED*, 104-111; íd., Sala E, 21/12/60, *LL*, 102-851.

¹⁰⁶ CNCiv, Sala D, 12/8/60, *LL*, 101-789.

Mas no sólo es injuria grave el incumplimiento del deber de asistencia material; también lo es el del deber de asistencia moral¹⁰⁷, como cuando el marido paga los gastos de asistencia de la mujer enferma en un sanatorio pero omite asistirle espiritualmente¹⁰⁸, cuando la mujer omite atender al marido enfermo¹⁰⁹, cuando uno u otro se abstiene de visitar al cónyuge internado¹¹⁰, o bien cuando media un total distanciamiento imputable a un cónyuge, que priva al otro del cumplimiento de su deber espiritual de comunicación de sentimientos y afectos.

o) *INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD.* Se consideran injurias graves todas las infidelidades de uno u otro de los cónyuges que no alcancen a demostrar el adulterio, como de parte del marido la exhibición pública con mujeres extrañas¹¹¹, y la relación sentimental con otra mujer —aunque sea correcta—¹¹²; de parte de la mujer, la exhibición pública con otros hombres¹¹³, la concurrencia a fiestas y reuniones acompañada de un extraño¹¹⁴, la entrada en una *garçonnière*¹¹⁵, la asistencia con otro hombre a restaurantes, *dancings* y *boîtes*¹¹⁶. En fin, de uno u otro cónyuge, las relaciones equívocas o sospechosas con una persona del otro sexo¹¹⁷. In-

¹⁰⁷ CNCiv, Sala B, 10/11/80, JA, 1981-II-394, y ED, 92-330; íd., Sala C, 1/8/74, ED, 61-214; íd., Sala E, 24/2/70, LL, 140-561.

¹⁰⁸ CCivI^oCap, 14/9/37, LL, 8-86.

¹⁰⁹ CNCiv, Sala A, 8/10/74, ED, 61-217; íd., Sala C, 2/12/59, LL, 98-709; íd., Sala D, 27/10/77, LL, 1978-B-29; CCivCom Morón, Sala I, 19/5/83, ED, 106-93.

¹¹⁰ CNCiv, Sala A, 11/7/69, LL, 136-672; íd., Sala F, 15/3/73, ED, 50-475.

¹¹¹ CNCiv, Sala A, 13/6/67, JA, 1967-IV-619; íd., Sala B, 30/5/84, LL, 1984-C-530; íd., Sala D, 25/10/79, LL, 1980-A-146; íd., Sala F, 20/2/68, ED, 26-25.

¹¹² CNCiv, Sala A, 27/8/57, JA, 1957-IV-616; íd., Sala F, 28/6/66, JA, 1966-IV-585.

¹¹³ CNCiv, Sala B, 29/7/74, LL, 156-386, y ED, 61-214; íd., Sala D, 28/8/79, ED, 86-295.

¹¹⁴ CCivI^oCap, 3/8/27, JA, 25-901.

¹¹⁵ CCivI^oCap, 5/12/38, JA, 64-751.

¹¹⁶ CCivI^oCap, 10/4/42, RepLL, IV-465, n° 30, y GF, 159-557.

¹¹⁷ CNCiv, Sala A, 11/8/99, LL, 2000-C-944, n° 15.039; íd., Sala B, 2/10/64, JA, 1964-VI-464; íd., Sala C, 5/5/81, ED, 93-738; íd., Sala D, 24/7/72, LL, 149-3; íd., Sala E, 22/12/61, JA, 1962-II-371; íd., Sala G, 15/12/80, JA, 1981-III-71; CCivCom Junín, 4/5/83, ED, 107-157.

cluso se ha admitido la facultad de un cónyuge de invocar sólo como injuria el adulterio del otro¹¹⁸.

p) *INJURIAS VERBALES, INSULTOS*. Son injurias graves todos los excesos verbales de uno de los cónyuges hacia el otro, en especial los insultos proferidos en condiciones en que pueden ser oídos por extraños, por los hijos, por parientes o por vecinos¹¹⁹, lo mismo que el trato desconsiderado, despectivo, o violento y agresivo¹²⁰.

q) *INJURIAS VERTIDAS POR ESCRITO*. Las injurias no necesariamente deben ser verbales; también pueden ser vertidas por escrito, y entonces su gravedad se acentúa, pues suponen mayor reflexión¹²¹. No excluye su carácter injurioso la circunstancia de haber sido dirigidas por carta al otro cónyuge, de modo que no debieran ser conocidas más que por éste¹²², pero es todavía más grave si suponen difamación, como cuando están contenidas en tarjetas o esquelas enviadas a terceros o en un folleto dado a publicidad¹²³.

r) *INJURIAS VERTIDAS EN JUICIO*. En los escritos presentados durante la tramitación del juicio de separación o divorcio pueden vertirse expresiones o imputaciones ofensivas para el otro cónyuge, hábiles para constituir injurias graves que den lugar al divorcio por culpa de la parte que las emite. Doctrina y jurisprudencia entendieron que su apreciación debía ser severa, pues de lo contrario se habría podido violar fácilmente la entonces vigente prohibición del divorcio por mutuo consentimiento, mediante el simple expediente de vertir en los escritos injurias que luego pudiesen invocarse en el mismo proceso¹²⁴. Según el criterio prevaleciente en la jurisprudencia, para que las injurias vertidas en juicio pudieran ser aceptadas como única causal que fundase la sentencia debían reunir los

¹¹⁸ CCiv1ºCap, 5/5/38, LL, 10-632; CCiv2ºCap, 10/11/22, JA, 9-741.

¹¹⁹ CNCiv, Sala D, 14/6/82, ED, 101-522; SCBA, 21/4/98, DJBA, 155-6535.

¹²⁰ CNCiv, Sala E, 21/12/60, LL, 102-851; íd., Sala F, 5/9/72, ED, 50-476.

¹²¹ CCivCom Rosario, Sala III, 12/4/40, LL, 18-484.

¹²² CCiv1ºCap, 20/12/41, LL, 25-485.

¹²³ CCiv1ºCap, 14/3/45, LL, 38-213; SCBA, 16/12/30, JA, 34-1418.

¹²⁴ CNCiv, Sala C, 24/4/62, LL, 108-75; íd., Sala D, 24/12/63, LL, 113-770; íd., Sala E, 20/7/73, LL, 154-460.

siguientes requisitos: haber sido emitidas con *animus injuriandi*, ser graves, innecesarias para la defensa en juicio y atribuibles a la parte, no a sus mandatarios judiciales¹²⁵. De concurrir otras causales, el criterio de apreciación podía ser menos estricto.

Aceptada la separación por mutuo consentimiento a partir de la ley 17.711, es lógico que los cónyuges que pueden solicitarla de común acuerdo no necesiten recurrir a subterfugios tales como las injurias simuladas para obtenerla; a pesar de ello, algunos fallos continuaron aplicando el criterio anterior a la reforma de 1968. En mi opinión, si actualmente se producen injurias en los escritos judiciales, no es preciso extremar el rigor en su juzgamiento, ya que no hay motivo para presumir que no sean reales. Sólo cabría continuar aplicando las pautas anteriormente señaladas a fin de determinar si en realidad configuran o no injurias.

s) *OPINIONES Y CREENCIAS*. El hecho de que uno de los cónyuges sustente determinadas opiniones y creencias, particularmente desde el punto de vista político o religioso, no constituye causal de separación mientras no se traduzca en incumplimiento de sus deberes conyugales. Pero se consideró que había injurias graves en tratar de introducir o imponer al cónyuge y a los hijos la religión de los Testigos de Jehová¹²⁶, o en el espiritismo practicado por la mujer en compañía de las hijas menores y en contra de las reiteradas advertencias del marido¹²⁷, o por el marido si al tratar de inducir a la mujer a seguirlo violentaba sus convicciones religiosas y provocaba incidentes¹²⁸; también en la inclinación morbosa de la mujer a las ciencias ocultas y el contacto con adivinas, máxime si expresó por escrito sus deseos de enviudar y obtener el amor de otro hombre¹²⁹; y en la dedicación de la esposa a la magia negra, tratando de dañar psíquicamente al marido¹³⁰.

¹²⁵ CNCiv, Sala A, 4/7/00, *LL*, 2000-F-39; íd., Sala B, 30/5/84, *LL*, 1984-C-530; íd., Sala C, 2/2/94, *LL*, 1994-C-45; íd., Sala D, 22/4/69, *LL*, 136-471; íd., Sala F, 12/3/79, *JA*, 1979-III-232.

¹²⁶ CNCiv, Sala E, 26/5/86, *LL*, 1986-E-437.

¹²⁷ CCiv¹Cap, 6/3/40, *LL*, 18-16, y *JA*, 69-893.

¹²⁸ CNCiv, Sala A, 22/8/62, *LL*, 113-520, y *JA*, 1963-VI-558.

¹²⁹ CCiv¹Cap, 20/12/40, *LL*, 21-401.

¹³⁰ TribCol Santa Fe, 14/10/67, *RepLL*, XXVIII-1080, n° 124.

t) **RELACIONES CON PARIENTES.** Con respecto a las relaciones con los parientes del otro cónyuge, se ha entendido que da lugar a la existencia de injurias graves la actitud del esposo que lleva a la mujer a vivir a la casa de su familia, donde se le hace la vida insoportable o no se le da el lugar que le corresponde como esposa¹³¹, o que delega en su madre la dirección del hogar, la conducta desconsiderada o irrespetuosa de un cónyuge hacia los parientes del otro¹³², la negativa injustificada de permitir la visita de los padres o parientes próximos de la mujer¹³³, la exclusión del hogar de la hija de la esposa y el marido de aquélla mediante un interdicto de recobrar promovido contra la voluntad de la mujer¹³⁴, y la negativa de la esposa de alojar transitoriamente a la madre del marido –convaleciente de una intervención quirúrgica–, mientras permitía pernoctar en el hogar a personas ajenas a la familia¹³⁵.

u) **VEJACIONES.** Las vejaciones de cualquier índole han sido consideradas injurias graves. Así, la falta de constitución del hogar por el marido, que se limitaba a visitar a la mujer en la pensión donde vivía y ocultaba el matrimonio a parientes y amigos, colocándola en una situación social disminuida, como si fuese una amante¹³⁶; el hecho de dar posición preponderante en el hogar al ama de llaves, con menoscabo de la autoridad de la esposa¹³⁷; el estrecho control de las actividades de la mujer, que quedaba incomunicada con el exterior, con salidas limitadas y siempre en compañía del esposo, y con comunicaciones telefónicas fiscalizadas o impedidas¹³⁸; los celos inmotivados que provocaban disputas continuas¹³⁹; las amenazas de muerte¹⁴⁰.

¹³¹ CNCiv, Sala C, 9/4/85, *LL*, 1985-D-57; íd., Sala D, 6/12/76, *ED*, 75-667.

¹³² CNCiv, Sala F, 19/4/66, *LL*, 123-225.

¹³³ CNCiv, Sala F, 26/11/59, *LL*, 98-267.

¹³⁴ CNCiv, Sala F, 26/11/59, *LL*, 98-267.

¹³⁵ CNCiv, Sala E, 9/3/59, *RepLL*, XX-484, n° 131.

¹³⁶ CCiv2°Cap, 17/12/40, *LL*, 21-318, y *JA*, 73-43.

¹³⁷ CCiv1°Cap, 5/2/43, *JA*, 1943-I-518.

¹³⁸ CCiv1°Cap, 5/2/43, *JA*, 1943-I-518.

¹³⁹ CNCiv, Sala A, 28/3/58, *JA*, 1958-IV-382; íd., Sala B, 21/12/64, *JA*, 1965-IV-157; íd., Sala D, 9/4/65, *LL*, 118-627.

¹⁴⁰ CNCiv, Sala A, 20/10/66, *JA*, 1967-II-8.

v) *VIOLENCIAS*. Son injurias graves el hecho de abofetear uno de los esposos al otro en la calle¹⁴¹, de darle un puñetazo¹⁴², de darle una cachetada en el rostro con tal fuerza que deja marcados los cinco dedos de la mano¹⁴³, las agresiones y lesiones de uno de los esposos contra el otro; así como, en general, el trato violento y agresivo¹⁴⁴.

w) *VICIOS*. Se ha considerado injuria grave la embriaguez habitual o el uso frecuente o abusivo de bebidas alcohólicas por parte de uno de los cónyuges¹⁴⁵, la intoxicación habitual y voluntaria con estupefacientes¹⁴⁶, y la afición al juego, cuando va acompañada de desatención de los deberes conyugales o pone en peligro la estabilidad económica del hogar¹⁴⁷.

e) *ABANDONO*

§ 217. *CONCEPTO Y CARACTERES*. – La quinta y última causa de separación es el abandono voluntario y malicioso (art. 202, inc. 5). Se entiende por abandono la supresión de la vida en común –sea mediante el alejamiento de un cónyuge, la expulsión del otro del hogar, o el hecho de no permitirle la entrada¹⁴⁸– con sustracción a los deberes y cargas resultantes del matrimonio, en especial el deber de cohabitar.

El simple hecho material del alejamiento, ausencia o separación no basta para constituir abandono como causal de divorcio: se

¹⁴¹ CNCiv, Sala A, 16/5/84, *LL*, 1984-D-301; íd., Sala C, 19/10/54, *LL*, 77-567, y *JA*, 1955-I-319.

¹⁴² C2°CivCom La Plata, Sala II, 28/8/59, *RepLL*, XX-485, n° 135.

¹⁴³ C1°CivCom Mar del Plata, 30/11/67, *LL*, 130-731, n° 17.890-S.

¹⁴⁴ CNCiv, Sala B, 29/4/69, *LL*, 137-768, n° 22.878-S; CCivCom Junín, 27/2/97, *LLBA*, 1997-576.

¹⁴⁵ CNCiv, Sala A, 12/4/84, *LL*, 1985-A-346; íd., Sala C, 25/2/69, *LL*, 135-285; íd., Sala D, 12/9/58, *LL*, 92-253; íd., Sala F, 23/7/68, *LL*, 134-344; íd., Sala K, 22/2/99, *LL*, 2000-B-243.

¹⁴⁶ CCiv2°Cap, 31/12/42, *RepLL*, V-442, n° 46, y *GF*, 162-237.

¹⁴⁷ CNCiv, Sala C, 24/2/70, *LL*, 141-56; íd., Sala D, 4/3/60, *LL*, 99-758, 4674-S; íd., Sala E, 20/5/60, *LL*, 99-501, y *JA*, 1960-IV-79.

¹⁴⁸ CNCiv, Sala A, 6/4/95, *LL*, 1995-D-586; íd., Sala B, 4/5/56, *LL*, 82-604, y *JA*, 1956-III-426; íd., Sala D, 10/7/81, *JA*, 1982-II-61, y *ED*, 96-520; íd., Sala E, 16/9/69, *LL*, 138-321.

requiere además –como ocurre con todas las causales– el factor moral de la imputabilidad, que la ley califica en este caso de voluntariedad y malicia en la acción.

En primer lugar, la ley requiere que el abandono sea voluntario. En realidad, hay aquí una redundancia o repetición de conceptos, puesto que no es concebible el abandono involuntario; abandono supone en sí una acción voluntaria, pues de lo contrario no sería tal sino mera separación o dejación del hogar. La voluntariedad no es, pues, una calificación del abandono sino un requisito necesario para configurarlo. Ese requisito consiste en la falta de razón alguna que lo justifique; hay abandono voluntario, pues, cuando no ha sido determinado por causas atendibles y ajenas a la voluntad de quien lo comete¹⁴⁹. Por el contrario, no hay abandono voluntario cuando existe causal de separación atribuible al otro cónyuge¹⁵⁰, cuando lo realiza el cónyuge demente¹⁵¹, o cuando el alejamiento se debe a causas razonables, como motivos de trabajo, salud, persecución política, enrolamiento militar para defender a la patria¹⁵², etcétera.

El abandono es malicioso cuando se realiza con el deliberado propósito de sustraerse al cumplimiento de los deberes conyugales¹⁵³. Este requisito cubre al de voluntariedad, pues no se concibe malicia sin voluntariedad.

En algunos casos, en vigencia de la ley de matrimonio civil, se decretó el divorcio por abandono recíproco de los cónyuges¹⁵⁴. Coincido con la mayor parte de la doctrina nacional –quizá con la única disidencia de Morello– en que esa solución era inaceptable dentro del régimen legal de divorcio-sanción, pues implicaba incorporar de manera indirecta una causal expresamente vedada: el

¹⁴⁹ CNCiv. Sala C, 7/3/86, *LL*, 1986-C-216, y *ED*, 118-201.

¹⁵⁰ CNCiv. Sala A, 8/5/79, *LL*, 1979-C-394; íd., Sala B, 15/10/74, *LL*, 1975-A-393; íd., Sala D, 28/8/79, *ED*, 86-295; íd., Sala F, 29/12/77, *LL*, 1978-C-70.

¹⁵¹ CCivI^oCap, 13/9/41, *JA*, 76-241.

¹⁵² CNCiv, Sala D, 28/8/79, *ED*, 86-295; CI^oCivCom La Plata, 18/5/48, *LL*, 53-379, y *JA*, 1948-II-467.

¹⁵³ CNCiv, Sala A, 3/8/77, *ED*, 75-669; íd., Sala D, 10/7/81, *JA*, 1982-II-61, y *ED*, 96-520; íd., Sala E, 7/5/75, *JA*, 27-1975-329; TribCol n° 5 Rosario, 17/2/88, *LL*, 1990-D-390.

¹⁵⁴ CCivI^oCap, 23/7/23, *JA*, 11-110; ST Santa Fe, 9/4/48, *RepLL*, XII-357, n° 19.

mutuo consentimiento, que no otra cosa sería el abandono recíproco o mutuo, o la separación de hecho aun sin acuerdo pero por voluntad coincidente de las dos partes.

La solución es más dudosa después de ser aceptado el régimen de divorcio-remedio, pues no habría obstáculo insuperable para que la separación se decretase por abandono recíproco; sin embargo, es poco probable que la cuestión se plantee al poder solicitarse la separación personal en virtud de la separación de hecho. Aun así, existen otros argumentos para rechazar la posibilidad de abandono recíproco. Fundamentalmente, razones de orden lógico, ya que no parece concebible que cada uno de los esposos impute al otro la culpabilidad en la supresión de la comunidad de vida cuando se trata de un hecho único que sería tan imputable al que lo invoca como al imputado, de donde ninguno de ellos podría sentirse legítimamente agraviado por un acto a cuya configuración concurrió con su voluntad.

§ 218. **PRUEBA DE LOS CARACTERES DEL ABANDONO.** – La jurisprudencia antigua exigía de quien invocaba el abandono, no sólo la prueba del hecho material del alejamiento sino también de los caracteres de voluntario y malicioso. El criterio actual, en cambio, es el de que basta con probar aquél; el alejamiento se presume *iuris tantum* voluntario y malicioso, e incumbe al cónyuge que se aleja acreditar que tuvo causas legítimas y valederas para adoptar esa actitud¹⁵⁵. Esa solución se había adoptado primero sólo con relación a la mujer, pues se entendía que de su obligación de seguir al marido derivaba la presunción de voluntariedad y malicia de su abandono. El criterio actual restablece la igualdad jurídica de los cónyuges y se ajusta al carácter recíproco de la obligación de cohabitar, fuera de que se conforma a la realidad de las cosas, pues en la mayoría de los casos voluntariedad y malicia del

¹⁵⁵ CNCiv, Sala A, 25/9/97, LL, 1998-D-737, JA, 1998-III-366, y ED, 177-437; íd., íd., 13/7/00, LL, 2000-F-106; íd., Sala B, 10/5/89, LL, 1989-D-443, y ED, 87-752; íd., Sala D, 5/10/98, LL, 1999-C-133; íd., Sala E, 17/8/88, LL, 1989-B-392; íd., Sala G, 6/3/84, LL, 1984-D-210; íd., íd., 22/4/97, LL, 1998-B-129; íd., Sala J, 18/2/99, ED, 185-168; íd., Sala K, 7/8/98, LL, 1999-F-366; íd., Sala L, 29/11/93, LL, 1994-C-226, y ED, 157-571; TribCol nº 5 Rosario, 17/2/88, LL, 1990-D-390; Cam2°CivCom Santiago del Estero, 19/11/97, ED, 180-614.

alejamiento son cuestiones subjetivas imposibles de probar, pero que surgen de la inexistencia de razón para dejar al cónyuge.

f) *CAUSALES SUPRIMIDAS POR LA LEY 23.515*

§ 219. *LA SEVICIA.* – La ley 23.515 ha suprimido, de las causas de separación personal que preveía la ley de matrimonio civil, la sevicia (art. 67, inc. 4, ley mat. civ.), que se consideraba consistente en los actos vejatorios ejecutados con crueldad y con el propósito de hacer sufrir material o moralmente.

Esta causal –que solamente había recibido aplicación en dos casos publicados: el de un marido que incitaba a los hijos a dar puntapiés en las piernas de la esposa, sabiendo que ella padecía de vérices, procedimiento que le había provocado una fístula¹⁵⁶, y el de otro que le daba golpes, cachetadas y tirones del cabello¹⁵⁷– fue acertadamente eliminada por superflua, ya que los hechos capaces de configurarla caben perfectamente en las injurias graves.

§ 220. *LOS MALOS TRATAMIENTOS.* – También suprimió la misma ley la causal de malos tratamientos que traía el art. 67, inc. 6, de la ley de matrimonio civil.

Sobre su concepto se planteaban dos discrepancias: si correspondían a agresiones físicas o vías de hecho (Salvat, Borda, Spota, Zannoni) o podían ser también malos tratamientos morales (Lafaille); y si bastaba para configurarlos un solo hecho de suficiente gravedad (Salvat, Borda, Spota, Zannoni) o se requería una pluralidad de hechos, por aludir la ley a “tratamiento” en el sentido de conducta o modo de portarse (Acuña Anzorena).

Tampoco se la contempla como una causal separada, ya que los hechos que la pudieran configurar, más allá de las discrepancias acerca del sentido de la expresión, entran en el concepto amplio de injurias graves. Así ocurre en los supuestos en que se juzgó que habían tenido lugar, como las agresiones físicas, los castigos corporales frecuentes, las rencillas constantes provocadas por la intolerancia o el carácter violento de uno de los esposos, la priva-

¹⁵⁶ C2°CivCom La Plata, Sala II, 15/2/49, JA, 1949-I-674.

¹⁵⁷ CNCiv, Sala F, 12/8/65, LL, 120-644.

ción de alimentos y abrigo, la pasividad del marido que permitía que su madre sometiera a vejámenes y malos tratos de hecho y de palabra a su esposa, y la redujese a un estado de sometimiento incompatible con su condición, y el hecho de menoscabar de tal modo al otro cónyuge, en el hogar o ante terceros, que no pudiera desenvolverse con la consideración y el respeto a que tiene derecho como ser humano.

2) CAUSAS OBJETIVAS

§ 221. *CONCEPTO.* – Se denomina “causas objetivas de divorcio” a aquellas que no suponen, o, al menos, no suponen necesariamente culpa de uno de los esposos.

Incluidas como causas de separación personal en la ley 23.515, ello implica la indudable adscripción de los nuevos textos al régimen del divorcio-remedio. Son ellas, los trastornos de conducta motivados por las alteraciones mentales graves y permanentes, el alcoholismo o la drogadicción (art. 203), y la separación de hecho sin voluntad de unirse por más de dos años (art. 204).

§ 222. *TRASTORNOS DE CONDUCTA.* – El art. 203 del Cód. Civil dispone: “*Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afectaciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos*”.

No parece positiva la incorporación como causal de separación –que, por otra parte, después de tres años puede convertirse en divorcio vincular– a las enfermedades mentales. Ello parece inspirarse en un principio hedonista en virtud del cual se libera del deber de asistencia a uno de los cónyuges precisamente cuando el otro más lo necesita, en el estado de enfermedad. Ciertamente es que hay en el derecho extranjero una tendencia a admitirlas, quizá por la compasión que despierta la situación del unido de por vida a un deforme. Pero entonces se fijan condiciones más rigurosas para hacerlo. Así, por ejemplo, la reforma del Código Civil francés de 1975 requiere que la enfermedad mental dure seis años, que no subsista la comunidad de vida entre los esposos ni sea razonable-

mente previsible que pueda reconstituirse en el porvenir; y permite al juez rechazar la demanda si pueden acarrear consecuencias graves para la salud del enfermo, o si pueden resultar para él consecuencias materiales o morales de excepcional dureza (arts. 238 a 240).

En nuestro régimen, en cambio, sólo se exige que la enfermedad impida la vida en común o la del enfermo con los hijos, sin plazo predeterminado de duración, y sin posibilidad para el juez de rechazar la demanda si su progreso es capaz de causar consecuencias indeseadas para el enfermo.

En cuanto al alcoholismo o la drogadicción, si no sobrepasan la voluntad o el afectado se niega al tratamiento pudiendo someterse a él, constituyen injurias graves que pueden fundar la separación culpable, lo que hace innecesario –a más de inconveniente para el otro cónyuge– recurrir a la separación sin culpa. Cuando se tornan voluntariamente incontrolables, dejan de implicar culpa y se asimilan a la enfermedad mental. El resultado deben ser trastornos de conducta que impidan la convivencia conyugal o con los hijos, circunstancias que deberán ser demostradas por el actor.

§ 223. *SEPARACIÓN DE HECHO.* – El art. 204 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), establece: “*Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente*”.

Esta disposición permite a cualquiera de los esposos –incluso al abandonante– desligarse del matrimonio por el mero transcurso del tiempo y sin indagación de culpas mediante la obtención de la separación personal y su ulterior conversión en divorcio vincular. Por su parte, el demandado no puede oponerse si el plazo legal de separación de hecho está cumplido. Su única posibilidad, si es inocente, es la de alegar y probar esa inocencia que le confiere la segunda parte del artículo, caso en el cual la sentencia equivaldrá a la dictada por culpa del actor.

De todos modos, debe demostrar su inocencia, la cual –si no se pretende exigir la diabólica prueba de su conducta correcta durante todos los días de la vida matrimonial– deberá resultar de la culpa del demandante. Esa invocación de inocencia no requiere

que se deduzca reconvencción, ya que aun cuando la prueba que debería suministrarse para justificar la inocencia no difiere de la que fundaría la admisión de la contrademanda, ni los efectos de la salvedad de inocencia difieren de los del divorcio por culpa de la parte actora, la ley no lo requiere.

Con ese criterio, la Corte Suprema descalificó por exceso de ritualismo una sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había revocado la de primera instancia que, a su vez, había dejado a salvo la inocencia de la esposa. La Cámara fundó la revocación en no haberse conferido traslado al marido actor de lo sostenido en la contestación de la demanda, pero la Corte entendió que esa omisión no había impedido el ejercicio del derecho de defensa del demandante mediante la producción de la prueba necesaria y su alegación sobre ella¹⁵⁸.

Sin embargo, si de hecho se demanda por la causal objetiva de separación de hecho y se reconviene por una causal subjetiva, corresponde decretar la separación por culpa del demandante y no admitir demanda y reconvencción a la vez, ya que la causal objetiva obra como subsidiaria de aquélla en los casos en que no se puede o no se quiere plantear la culpa del otro cónyuge.

No deja el artículo de plantear algunas dudas interpretativas. La primera y más importante es la alusión a la falta de voluntad de unirse. ¿Cabe al demandado alegar que, pese a estar separados, él conserva la voluntad de unirse y el único que quiere mantener la separación es el actor? La respuesta afirmativa puede basarse en que la expresión “sin voluntad de unirse” algún significado debe tener, ya que no se halla en las legislaciones extranjeras que admiten esta causal: si no pudiera alegarse la voluntad de volver a unirse, no se entendería para qué se incluyó.

Por otra parte, bien podría ocurrir que el demandado hubiese solicitado la intimación a reanudar la convivencia a que alude el art. 199, párr. segundo; sería contradictorio que la intimación no acatada derivase en separación personal peticionada por el remiso¹⁵⁹. Pero también hay argumentos para la solución negativa, ya que si el mismo artículo confiere al demandado la facultad

¹⁵⁸ CSJN, 15/8/95, *Fallos*, 318:1587.

¹⁵⁹ CNCiv, Sala G, 3/7/00, *LL*, 2000-F-81.

de demostrar su inocencia, puede sostenerse que sus derechos se limitan a mantener su posición de inocente sin poder evitar la separación¹⁶⁰.

Lo que no puede admitirse es que el demandado se oponga invocando una objeción de conciencia porque sus sentimientos religiosos le harían rechazar la posibilidad de divorcio vincular, a pesar de haberse esbozado su admisión en el voto de uno de los jueces que integran la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹⁶¹.

Otra cuestión plantea el uso de la expresión “podrá decretarse”, al comienzo del artículo. Adviértase que mientras el art. 203 alude a que puede pedirse la separación personal, el 204 expresa que puede decretársela. En aquél no hay dudas, ya que es el cónyuge el que puede pedir o abstenerse de hacerlo. Pero en el segundo, el verbo alude a los jueces. Luego, ¿tendrán éstos la opción entre admitir o no admitir el pedido según las circunstancias del caso? Téngase en cuenta que otras legislaciones permiten el rechazo de la demanda a pesar de darse la circunstancia objetiva de la separación de hecho durante determinado lapso: así, el art. 240 del Código francés, que permite el rechazo si el demandado demuestra que el divorcio tiene para él, habida cuenta especialmente de su edad y de la duración del matrimonio, o para los hijos, consecuencias materiales o morales de excepcional dureza.

Finalmente, en un fallo de otra sala del tribunal antes citado, se ha puesto en tela de juicio el concepto mismo de separación de hecho, al afirmarse que puede haber separación de hecho pese a haber continuado la convivencia en la misma vivienda, si ha desaparecido la “comunidad de vida” entre los esposos¹⁶². Creo que la sentencia incurre en la confusión de creer que la “cohabitación” es la ocupación de un mismo lecho, y no la vivienda común. La única separación de hecho calificable como tal —al menos en nuestro régimen legal, aun cuando haya otros que especifiquen lo contrario— es la que se produce cuando uno de los esposos deja el hogar común o cada uno de ellos lo forma por separado.

¹⁶⁰ CNCiv, Sala K, 16/10/98, LL, 1999-D-567.

¹⁶¹ CNCiv, Sala G, 3/7/00, ED, 189-300, voto del doctor Greco.

¹⁶² CNCiv, Sala M, 14/4/00, ED, 189-34.

§ 224. **MUTUO CONSENTIMIENTO O PETICIÓN CONJUNTA.** – El art. 205 conserva la posibilidad de solicitar la separación de común acuerdo por los esposos, que había introducido la ley 17.711 en el art. 67 bis de la ley de matrimonio civil, en los siguientes términos: “*Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal conforme a lo dispuesto en el art. 236*”.

Estas normas han importado –sin la menor duda– consagrar en nuestro derecho la separación personal por mutuo consentimiento. No lo entienden así Lagomarsino y otros autores, quienes denominan a la nueva institución “separación por presentación conjunta”, estimando que el mutuo consentimiento implicaría la falta de alegación de otra causa que no fuese el común acuerdo de separarse.

Según ese criterio, la necesidad de que existan causas graves que hagan imposible la vida en común haría incorrecta la denominación impugnada, que correspondería a los regímenes jurídicos en los que es suficiente el mero acuerdo. Entiendo que tal denominación es inadmisibles, pues atiende a lo formal de la iniciación de la actuación ante los jueces, y no al fundamento de la separación convenida; con ese criterio, habría que llamar “separación por presentación unilateral” a la requerida por uno de los cónyuges sobre la base de la existencia de alguna de las causales del art. 202, y en ninguno de los dos casos se daría idea exacta del contenido de la institución.

En efecto, mientras que no es inconcebible la presentación conjunta de demanda y contestación en que se sostengan posiciones dispares –el art. 336 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación lo admite, aunque no para acciones derivadas del derecho de familia–, tampoco lo es que la adhesión de una de las partes a la presentación inicial unilateral de la otra conforme el consentimiento mutuo. Luego, aunque formalmente se exija en el artículo una presentación conjunta, con ello no se aclara la esencia del régimen admitido. Por otra parte, la circunstancia de que se exija una exposición ante el magistrado de los motivos de la actitud de los esposos no quita que en la base del pedido se halle el consentimiento de ambos sobre la existencia de esos motivos; ni la de que el juez pueda

admitir o rechazar el pedido es incompatible con el mutuo consentimiento.

En Italia, donde la separación consensual debe ser judicialmente homologada (art. 150, Cód. Civil), hasta la reforma de 1975 una parte de la doctrina aceptaba que los magistrados pudieran indagar los motivos que llevasen a los cónyuges a pedirla y rechazarla si no los consideraban suficientes, sin que nadie haya puesto en duda que se trata de separación personal por mutuo consentimiento.

En todo caso, cabría referirse a “petición conjunta” o separación pedida por ambos esposos conjuntamente, mas no a “presentación conjunta”.

En lo que respecta a las ventajas o desventajas del régimen adoptado, algunos autores –entre ellos Borda, Spota y Bidart Campos– lo aprobaron, al entender que evita la promoción de juicios de separación personal simulados, y que sólo se aplica a matrimonios ya desquiciados, tendiendo a regularizar situaciones de hecho preexistentes. El IV Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1969 –por cincuenta y uno votos contra treinta y siete, y cuatro abstenciones– recomendó establecer un régimen en el cual el mutuo consentimiento obligue al juez a decretar la separación. Por diversas razones lo rechazan, en cambio, Llambías, Molinario, Crespi, etcétera.

Por mi parte, he señalado desde un comienzo que la introducción del divorcio limitado por mutuo consentimiento fue una reforma verdaderamente inesperada, que no respondió a la satisfacción de ninguna necesidad apremiante y que nadie reclamaba. Añadí, entonces, frente a la reciente sanción de la reforma que, quizá la apreciación de la conveniencia o inconveniencia de admitir el mutuo consentimiento como causal de divorcio fuese un problema insoluble, porque quienes sostienen una y otra posición tienen razones indiscutibles. Los que se oponen, porque es incuestionable que el divorcio por mutuo consentimiento acerca el matrimonio a la unión libre y lleva ínsito el peligro de que se lo celebre con el pensamiento expresado u oculto de que en caso de desacuerdo, de la misma manera como la unión se contrajo, podrá disolverse. Y los que lo aprueban, porque no es menos indudable que cuando el mutuo acuerdo es real, resulta totalmente imposi-

ble evitar que se simule la existencia de otras causales legales, fuera de que de nada valdrá la prohibición si los cónyuges están verdaderamente decididos a separarse y lo harán con sentencia judicial o sin ella.

Frente al planteamiento formulado en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil expresé que la reforma había sido sorpresiva, porque —como había señalado agudamente uno de los asistentes— más se parecía a un derecho revelado que a uno sancionado, y sorprendente porque no tenía en su apoyo una importante corriente jurídica, ni había sido propiciada por los proyectos de reforma, ni había un movimiento social tendiente a establecer el divorcio por mutuo consentimiento.

En cuanto a sus inconvenientes, señalé que facilita las uniones irreflexivas, contraídas con el convencimiento de que si se presentan inconvenientes la separación o el divorcio se lograrán fácilmente, y que permite su negociación, ya que quizás el cónyuge inocente de la tragedia matrimonial, frente a las dificultades resultantes de tener que proporcionar al juez la prueba de los hechos ocurridos entre ellos, encuentre como mejor solución la de renunciar a sus derechos matrimoniales mediante la separación o el divorcio por mutuo consentimiento, que los riesgos del resultado de un juicio contencioso o el mantenimiento de la unión.

A pesar de las razones expuestas, más de tres décadas de vigencia de la institución han impuesto el divorcio consensual en las costumbres argentinas. A la vez, durante el curso de ese lapso se han producido mundialmente importantes transformaciones sociales que motivan que la ruptura matrimonial no sea vista con la gravedad con que antes se la consideraba y que la proporción de matrimonios disueltos por el divorcio haya crecido constantemente; y ha caído el más importante bastión del divorcio-sanción al reformarse el Código Civil francés admitiendo el divorcio-remedio, por mutuo consentimiento y otras razones, en 1975. La tendencia a estimular que se llegue al divorcio por el acuerdo de los esposos se va extendiendo paulatinamente en las legislaciones del mundo, preconizándose lo que ha dado en denominar la “desdramatización” del divorcio, esto es, el logro de que ante la desunión irremediable se eviten las situaciones litigiosas. Esta corriente se ha hecho prácticamente universal, de manera que sería absurdo pretender que en nuestro país se volviera al sistema anterior.

§ 225. **REQUISITOS.** – Según la norma legal antes transcrita, los requisitos para que la separación personal por mutuo consentimiento pueda ser decretada son los siguientes: *a*) que al momento de la presentación conjunta de los esposos hayan transcurrido dos años de la celebración del matrimonio (art. 205, parte primera), y *b*) que exista acuerdo de los cónyuges acerca de la existencia de causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común.

Sobre cuáles sean esas causas existe discrepancia doctrinal. Para Goyena Copello, ellas son únicamente las enumeradas en el art. 202. El resto de los autores que han tratado el punto entienden que podría invocarse cualquier otra causa que hiciese insoporrible la convivencia, como el “desquiciamiento del matrimonio”, sin necesidad de que pueda imputarse a alguna de las partes la situación producida. Creo que el segundo es el criterio correcto, como que es el que se conforma al régimen de divorcio-remedio por el cual se ha inclinado la ley; de todos modos, es una cuestión sujeta a la apreciación personal, secreta e inmotivada del juez que entiende en la causa.

El acuerdo debe persistir en las dos audiencias que señala el artículo; su retractación en ellas o antes de su celebración impediría que el juez acogiese la petición inicial. Se duda sobre si es posible la revocación unilateral del consentimiento en el intervalo que media entre la segunda audiencia y el dictado de la sentencia. Por la afirmativa, considerando que el consentimiento es la base de la sentencia y debe persistir hasta ella, se expidieron Llambías, Borda, Lagomarsino, Goyena Copello y Mancuso. Coincido en la posición negativa con Crespi y Zannoni, pues el retiro unilateral del consentimiento después de las audiencias puede envolver una maniobra tendiente a burlar la buena fe de la otra parte durante el desarrollo del proceso; además, formalmente, la última oportunidad de los cónyuges de actuar es la segunda audiencia.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que en su fallo plenario del 31 de marzo de 1980 se había pronunciado por la afirmativa, rectificó su decisión mediante el nuevo pronunciamiento en pleno del 30 de agosto de 1985, en el cual estableció por diecisiete votos contra dos la doctrina de que “uno de los esposos no puede desistir del juicio de divorcio tramitado de acuerdo con la norma del art. 67 *bis* de la ley 2393, luego de haberse celebrado

las dos audiencias que ella prescribe y antes de la sentencia". Los votos mayoritarios fueron los de los doctores Alterini, Bueres, Calatayud, Zannoni, de Mundo, Estévez Brasa, Vernengo Prack, Cifuentes, Durañona y Vedia, Mirás, Dupuis, Bossert, Conde, Nilve, Burnichón, Greco y Montes de Oca; la disidencia, de los doctores Escuti Pizarro y Ambrosioni¹⁶³.

El voto de la mayor parte de los integrantes de la mayoría –ya que hubo numerosas aclaraciones y fundamentos propios– partió de compartir la doctrina sentada por la Suprema Corte de Buenos Aires¹⁶⁴, en especial la opinión del doctor Althabe, quien consideró que el proceso del art. 67 *bis*, aun de características atípicas, participaba fundamentalmente de las notas definitorias de la jurisdicción contenciosa, motivo por el cual la sentencia se dicta frente a cada cónyuge, con lo que cada uno de ellos reviste la calidad de parte. Añadió que la presentación conjunta de los esposos no significa inexistencia de cuestión jurídica, pues la hay salvo en el acuerdo para solicitar la separación. Hizo hincapié en que dicha presentación constituye el ejercicio de una acción de estado de familia, y en que las normas de fondo encuentran su dinámica en las procesales, cuya aplicación no hay por qué excluir en este caso. Admitió el desistimiento unilateral hasta la segunda audiencia, pero consideró precluida la etapa constitutiva con esta última, con la cual concluye la actividad de las partes. Desarrolló luego argumentos procesales relativos a la naturaleza jurídica del desistimiento y a su necesario carácter bilateral una vez incorporado al proceso el demandado, para concluir en la lisa y llana aplicación del art. 304 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación.

Por su parte, Zannoni, sin participar del carácter contencioso del procedimiento, arribó a igual conclusión por juzgar que, al ser indivisible la petición de los esposos, se presenta una situación similar a la del litisconsorcio necesario, en el cual, por no poder ser escindido, el desistimiento debe provenir de ambos y carece de valor el unilateral.

La minoría, en cambio, juzgó que no se trata de un proceso contencioso sino de uno voluntario, lo que fundó su opinión en el

¹⁶³ CNCiv, en pleno, 30/8/85, LL, 1985-D-333.

¹⁶⁴ SCBA, 28/5/74, ED, 55-447.

sentido de la inaplicabilidad de la disposición de orden procesal invocada por la mayoría, y el argumento de que el acuerdo de los esposos en obtener el divorcio debe mantenerse hasta el momento mismo de la sentencia para que ésta pueda dictarse.

C) DIVORCIO VINCULAR

§ 226. **DIVORCIO POR CULPA.** – El art. 214 del Cód. Civil, texto según ley 23.515, establece: “*Son causas de divorcio vincular: 1) las establecidas en el art. 202 ...*”.

Por lo tanto, el divorcio vincular puede obtenerse por las mismas causales fundadas en la culpa de los cónyuges que la separación personal. Resulta aplicable, pues, todo lo expuesto con relación a esas causas (ver § 203 a 216).

§ 227. **SEPARACIÓN DE HECHO.** – De las causas objetivas, en cambio, sólo se prevé como causa de divorcio directa la separación de hecho, aunque en este caso se requiere que haya durado tres años, en lugar de dos como para la separación personal. Al respecto, dice el art. 214, inc. 2, que es causa de divorcio vincular “la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el art. 204”. Con excepción del plazo, también es aplicable lo dicho respecto de la separación de hecho como causa de separación personal (ver § 221).

En cambio, los trastornos de conducta no son causa directa de divorcio vincular, por más que éste puede ser obtenido por conversión de la separación personal.

§ 228. **MUTUO CONSENTIMIENTO.** – El divorcio vincular también puede obtenerse por mutuo consentimiento, pero para ello es necesario que hayan transcurrido tres años de matrimonio en lugar de dos, como se requiere para la separación personal. El art. 215 dice: “*Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en*

común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el art. 236”.

Luego, salvo la diferencia de plazo, también es aplicable lo dicho respecto del mutuo consentimiento como causa de separación personal (ver § 224 y 225).

§ 229. *CONVERSIÓN DE LA SEPARACIÓN PERSONAL EN DIVORCIO VINCULAR.* – El art. 216 del Cód. Civil, texto según ley 23.515, dispone: *“El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el art. 238”.*

A su vez, este último artículo prevé dos formas de conversión: a) a petición conjunta de ambos cónyuges, cuando la separación personal tuvo lugar por culpa, por separación de hecho o por mutuo consentimiento, pasado un año de la sentencia (*“Transcurrido un año de la sentencia firme de separación personal, ambos cónyuges podrán solicitar su conversión en divorcio vincular en los casos de los arts. 202, 204 y 205”*; art. 238, parte primera), y b) a petición de uno solo, en cualquiera de los casos, pasados tres años de la sentencia (*“Transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular en las hipótesis de los arts. 202, 203, 204 y 205”*; art. 238, parte segunda).

En cuanto a los divorcios no disolutivos del vínculo matrimonial decretados durante la vigencia de la ley de matrimonio civil, cualquiera de los esposos puede solicitar su conversión en divorcio vincular pasado un año de la sentencia: *“Transcurrido un año de la sentencia firme de divorcio obtenida con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular con los efectos de los arts. 217, 218 y 3574 del Código Civil”* (art. 8º, párr. primero, ley 23.515).

Fue cuestionada la constitucionalidad de esa disposición por sostenerse que alteraría los efectos de la cosa juzgada de manera retroactiva. Ello no es así, ya que la norma autoriza a cualquiera de los cónyuges separados a requerir la disolución del vínculo matrimonial para el futuro *ex nunc*, sin que la calidad de inocente reconocida en la sentencia anterior significase la adquisición

definitiva del derecho hereditario futuro, que es eventual. En tal sentido, el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió que la conversión en vincular un anterior divorcio decretado por culpa de uno de los cónyuges no afecta derechos adquiridos por el inocente del divorcio no vincular¹⁶⁵.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Acuña Anzorena, Arturo, *El divorcio en la ley 2393*, LL, 78-673.
- Barroetaveña, Diego L., *El divorcio en el derecho argentino*, Bs. As., La Ley, 1967.
- Goldstein, Mateo - Morduchowicz, Fernando M., *El divorcio en el derecho argentino*, Bs. As., Logos, 1955.
- Guastavino, Elías P., *Divorcio*, "Revista Forense", Santa Fe, n° 1, nov. 1967, p. 27.
- Fanzolato, Eduardo I., *El sida y el derecho de familia*, "Revista de la Facultad de Derecho de Córdoba", 1994, n° 1, p. 103.
- *Separación judicial o divorcio vincular por causa objetiva*, "Revista de la Facultad de Derecho de Córdoba", 1993, n° 1, p. 401.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Las causales del divorcio*, "Revista Jurídica de San Isidro", t. I-1967, p. 21.
- Lagomarsino, Carlos A. - Uriarte, Jorge A., *Divorcio y separación personal en la ley 23.515. Lineamientos generales*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 22.
- *Separación personal y divorcio*, Bs. As., Universidad, 1991.
- Lloveras de Resk, María E. - Lloveras, Nora, *Divorcio vincular: características generales de la nueva ley*, JA, 1987-III-621.
- Lloveras de Resk, María E. - Rubín de Tecco, Susana, *Divorcio y separación personal: las causas*, JA, 1987-III-857.
- Méndez Costa, María J., *Constitucionalidad del matrimonio disoluble ¿cabe proyectar un doble esquema matrimonial legal?*, LL, 1998-C-648.
- Mizrahi, Mauricio L., *La ley 23.515: un examen crítico y comparado del divorcio causado*, JA, 1988-IV-853.
- Solari Brumana, Juan A., *El divorcio vincular*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966.
- Varela de Motta, María I., *Comentarios sobre la ley n° 23.515 que introdujo el divorcio vincular en la República Argentina*, "Revista Uruguaya de Derecho de Familia", año 1, n° 1, oct. 1987, p. 74.
- Zannoni, Eduardo A., *El divorcio vincular en la Argentina. Sus bases programáticas*, Bs. As., Astrea, 1983.

¹⁶⁵ CNCiv, en pleno, 22/6/90, JA, 1990-III-546; LL, 1990-D-337, y ED, 139-452.

SOBRE ADULTERIO

- Aréchaga, Patricia, *¿El defensor oficial puede reconvenir por adulterio? Deber de fidelidad y separación de hecho*, LL, 1996-B-43.
- Chechile, Ana M., *Ininvocabilidad del adulterio cometido luego de la separación de hecho como causal para solicitar el divorcio*, JA, 2000-II-449.
- D'Antonio, Daniel H., *Las causales de divorcio. Adulterio*, Zeus, 9-D-109.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *Divorcio y matrimonio efectuados en el extranjero en fraude a la ley argentina*, JA, 76-876.
- Goldschmidt, Werner, *Divorcio vincular extranjero o matrimonio argentino durante la vigencia del divorcio vincular en la República*, LL, 97-825.
- *Repercusiones del matrimonio internacional fraudulento sobre el primer matrimonio argentino*, LL, 93-343.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *El adulterio*, "Lecciones y Ensayos", n° 10 y 11, p. 137.
- Maffía, Jorge O., *La violación del deber de fidelidad como causa de divorcio*, Jus, n° 3, p. 125.
- Margadant, Guillermo F., *Evolución y perspectivas de los aspectos jurídicos del adulterio*, en "El derecho de familia y los nuevos paradigmas", Santa Fe, 1999, t. II, p. 9.
- Uriarte, Jorge A., *Adulterio*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. I, p. 168.
- Xanthos, *El divorcio vincular. Remedio objetivo jaqueado y prolongado a seis años. Afirmación inconscia del deber de fidelidad. Prueba no mostrada del adulterio*, LL, 1998-A-229.
- Zannoni, Eduardo A. - Bísvaro, Beatriz R., *Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho*, JA, 1995-III-355.

SOBRE TENTATIVA CONTRA LA VIDA E INSTIGACIÓN AL DELITO

- D'Antonio, Daniel H., *Las causales de divorcio. Tentativa contra la vida, provocación al delito y sevicias*, Zeus, 10-D-41.

SOBRE INJURIAS GRAVES

- Álvarez, Osvaldo O., *Injurias graves vertidas en juicio*, ED, 185-165.
- Aréchaga, Patricia V., *Divorcio. Injurias graves y desquicio matrimonial*, LL, 1995-D-791.
- Bidart Campos, Germán J., *La negativa a procrear como causal de divorcio en el derecho argentino*, JA, 1959-III-22.
- D'Antonio, Daniel H., *Las causales de divorcio. Injurias graves. Malos tratamientos. Abandono voluntario y malicioso*, Zeus, 31-D-7.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *El divorcio por enfermedad venérea*, JA, 1945-III-341.
- *El homicidio como injuria grave a los efectos del divorcio*, JA, 33-1078.
- *La injuria verbal como causal de divorcio*, JA, 71-900.
- Di Lella, Pedro, *El matrimonio desquiciado y la culpa*, LL, 1994-B-8.
- *Injurias graves*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 540.

- Goldschmidt, Werner, *El divorcio internacional fraudulento como injuria grave*, LL, 87-263.
- Gregorini Clusellas, *Las injurias graves como causal de divorcio configuradas mediante un hecho único*, LL, 1997-E-425.
- Lezana, Julio I., *El alcance de la causal de injurias en caso de divorcio*, LL, 153-301.
- *La configuración de la causal de injurias*, JA, 3-1969-567.
- *Las injurias en juicio y la tenencia de los hijos menores*, LL, 154-460.
- Mazzinghi, Jorge A., *Valoración de la ebriedad de uno de los cónyuges como causal de divorcio y asignación de la tenencia del menor a la madre cuando el padre vive en concubinato*, LL, 1978-C-191.
- Orús, Manuel, *Las prácticas anticoncepcionales como causal de divorcio*, JA, doctrina 1974-35.
- Poliak, Mario, *Gritos y reconvencción*, DJ, 1998-3-659.

SOBRE ABANDONO

- Abandono del hogar conyugal. Alejamiento justificado por agravios recibidos del otro cónyuge*, LL, 116-415.
- D'Antonio, Daniel H., *Las causales de divorcio. Injurias graves. Malos tratamientos. Abandono voluntario y malicioso*, Zeus, 31-D-7.
- Goytía, Alejandro R., *El abandono del hogar conyugal. Distribución de la carga probatoria y aspectos vinculados a su configuración*, ED, 183-1546.
- Sussini (h.), Miguel, *El abandono de la mujer como causa de divorcio*, JA, 1943-III-62, secc. doctrina.
- Xanthos, *La "reconventio reconventionis". El abandono como causal subjetiva de divorcio*, LL, 1998-A-229.

SOBRE CAUSAS OBJETIVAS EN GENERAL

- Álvarez, Osvaldo O., *Una aproximación a la causal objetiva de separación personal y de divorcio vincular*, ED, 186-1265.
- Di Lella, Pedro, *Divorcio objetivo (culpabilidad y revisabilidad)*, JA, 1994-I-224.
- Estévez Brasa, Teresa M., *La erradicación de la culpa en el divorcio*, "Aequitas" (revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador), 2ª etapa, nº 1, p. 152.
- Makianich de Basset, Lidia N., *Causas de divorcio y de separación personal moralmente neutras*, LL, 1991-B-675.
- Mazzinghi, Jorge A., *Superposición de causales, alienación mental y separación por más de tres años*, ED, 141-502.
- Vidal Taquini, Carlos H., *Las causales objetivas de separación personal y divorcio*, en "Derecho de familia", Santa Fe, 1990, p. 149.
- Zannoni, Eduardo A., *Divorcio vincular decretado mediando separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges y enfermedad mental grave de carácter permanente del demandado*, LL, 1990-C-152.

SOBRE TRASTORNOS DE CONDUCTA

- Bendersky, Mario J., *Las alteraciones mentales, alcoholismo y drogadicción como causales de separación personal del matrimonio*, LL, 1987-D-1044.
- Borda, Alejandro, *El artículo 203 de la ley 23.515, sus consecuencias patrimoniales*, LL, 1988-D-928.
- *El artículo 203 de la ley 23.515, sus consecuencias personales*, LL, 1988-D-857.
- Borda, Guillermo A., *Reflexiones sobre el art. 203, Cód. Civil*, ED, 144-909.
- Bíscaro, Beatriz R., *Reflexiones sobre el artículo 203 del Código Civil*, en “Derecho de familia”, Santa Fe 1990, p. 171.
- Goyena Copello, Héctor R., *Separación y las causales de divorcio del artículo 203 del Código Civil*, LL, 1988-E-818.
- Gutiérrez, Delia M., *Separación personal por alteraciones mentales, alcoholismo o drogadicción y sus implicancias en materia de derecho sucesorio*, ED, 149-817.
- Medina, Graciela, *Derechos sucesorios y la separación personal por alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o drogadicción*, LL, 1992-C-863.
- Ugarte, Luis A., *Trastornos de conducta*, en “Enciclopedia de derecho de familia”, t. III, p. 767.

SOBRE SEPARACIÓN DE HECHO

- Alles Monasterio de Ceriani Cernadas, Ana, *La separación de hecho como causal objetiva de separación personal o divorcio vincular*, ED, 158-293.
- Álvarez, Osvaldo O., *Divorcio, inhabilitación y separación por más de tres años*, ED, 163-242.
- *Inapropiada valoración de las causales subjetivas en la separación personal y en el divorcio vincular*, ED, 165-329.
- *Simultaneidad de causales objetivas y subjetivas en la separación personal y en el divorcio vincular*, ED, 169-229.
- Capparelli, Julio C., *La separación de hecho sin voluntad de unirse como causal de divorcio y la reconventio reconventionis*, ED, 173-500.
- García de Ghigolino, Silvia S., *Algo más sobre la separación de hecho sin voluntad de unirse*, LL, 1993-A-80.
- Gómez, Julio L., *Pretensión de divorcio-remedio versus pretensión de divorcio-sancción*, ED, 142-958.
- Goytía, Alejandro R., *Interpretación de la separación de hecho como requisito de la causal prevista en el art. 214, inc. 2º, del Código Civil*, ED, 189-719.
- Grosman, Cecilia P., *¿Puede reconocer un cónyuge que el otro no dio causa a la separación en la causal objetiva prevista en el art. 204 y el 214 inc. 2º del Código Civil?*, ED, 158-447.
- Gutiérrez, Delia M., *Cuestiones suscitadas en torno a la separación de hecho entre cónyuges*, LL, 1992-E-1087.
- Kielmanovich, Jorge L., *La reconversión en el juicio de separación personal o de divorcio vincular por la causal objetiva*, JA, 1997-II-784.

- Lloveras de Resk, María E., *La separación de hecho prolongada como causal de divorcio*, JA, 1988-III-763.
- Mazzinghi, Jorge A., *Superposición de causa objetiva y subjetiva en caso de divorcio*, LL, 1996-B-10.
- Mizrahi, Mauricio L., *Alcance de la causal objetiva de divorcio, una inquietante sentencia contra legem*, LL, 1998-B-129.
- *Convergencia de las causales objetivas y subjetivas de divorcio y la "reconventio reconventionis"*, LL, 1993-C-224.
- *Divorcio por separación de hecho, la falta de voluntad de unión y la demanda contra el cónyuge enfermo*, JA, 1996-II-850.
- Perrot, Celina A., *La separación de hecho como causal autónoma en la nueva ley de matrimonio civil*, LL, 1987-D-1100.
- Portela, Jorge G., *Algunas consideraciones acerca del divorcio y la objeción de conciencia*, ED, 189-300.
- Salvatori Reviriego, Gustavo J., *La interrupción de la convivencia como causal de divorcio*, LL, 1995-D-128.
- Sambrizzi, Eduardo A., *La presentación conjunta de los cónyuges en el divorcio por separación de hecho, y la convivencia en el mismo domicilio*, ED, 189-34.
- Velazco, José R., *Evaluación de la separación de hecho como causal de divorcio y separación personal*, LL, 1992-E-1115.
- Xanthos, *Modo de contar el plazo en el divorcio por separación de hecho. Inconstitucionalidad y objeción de conciencia*, LL, 2000-F-82.
- Zannoni, Eduardo A., *El juicio de divorcio por causa de la separación de hecho anterior de los cónyuges*, LL, 1988-C-169.

SOBRE MUTUO CONSENTIMIENTO

- Ayarragaray, Carlos A., *El art. 67 bis*, "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1969, p. 457.
- Barroetaveña, Diego L., *Divorcio. Reforma civil y procesal*, Bs. As., La Ley, 1967.
- Belluscio, Augusto C., *El divorcio por mutuo consentimiento*, LL, 130-988.
- Benedetti, Julio C., *El divorcio por presentación conjunta o común acuerdo "instrumental"*, "Revista Internacional del Notariado", n° 74, p. 133.
- Bidart Campos, Germán J., *El nuevo divorcio por "mutuo consentimiento"*, LL, 132-122.
- Borda, Guillermo J., *Divorcio por presentación conjunta*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 1.
- Crespi, Jorge E., *Ley de matrimonio civil*, en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", t. 4, vol. 1, La Plata, Platense, 1973.
- *Separación personal de los cónyuges por presentación conjunta*, ED, 37-923.
- Dassen, Julio, *Necesidad de implantar el divorcio vincular por mutuo consentimiento*, LL, 79-840.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *La familia en la reforma de la ley 17.711*, "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", n° 21, p. 389.

- Divorcio por presentación conjunta*, LL, 143-725.
- Escribano, Carlos, *Divorcio consensual*, Bs. As., Gherzi, 1970.
- Ferrer, Francisco A. M., *Divorcio por presentación conjunta: art. 67 bis de la ley 2393*, en "Cuestiones de derecho civil", Santa Fe, 1979, p. 207.
- Goyena Copello, Héctor R., *Divorcio por mutuo consentimiento*, Bs. As., Patrium, 1969.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Divorcio por presentación conjunta*, Bs. As., Astrea, 1980.
- León Feit, Pedro, *La reforma del artículo 67 bis de la ley de matrimonio civil*, "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Universidad Nacional de Córdoba, año XXXIX, n° 4 y 5, ago.-dic. 1975, p. 207.
- Llambías, Jorge J., *Reflexiones sobre la anunciada reforma del régimen matrimonial: la rescisión en el matrimonio*, ED, 21-819.
- Makianich de Basset, Lidia N., *Algunas cuestiones que plantea el régimen del divorcio por presentación conjunta (art. 67 bis, ley 2393)*, ED, 114-971.
- Mancuso, Francisco, *El art. 67 bis de la ley de matrimonio civil*, en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", t. 4, vol. 1, La Plata, Platense, 1973.
- Mazzinghi, Jorge A., *Diez años del divorcio por presentación conjunta*. "Revista del Colegio de Abogados de Bs. As.", 1978, t. XXXVIII, n° 1, p. 57
- *El artículo 67 bis fuera de su cauce*, ED, 105-332.
- Méndez Costa, María J., *Dos importantes cuestiones sobre sociedad conyugal, separación de hecho y divorcio por presentación conjunta*. LL, 1980-D-234.
- Mizrahi, Mauricio L., *El régimen de alimentos para cónyuges divorciados y los acuerdos en el divorcio consensual*, LL, 1997-D-1163.
- Reimundín, Ricardo, *El art. 67 bis de la ley 2393 y el régimen de divorcio*, JA, doctrina 1972-735.
- Solari, Néstor E., *Naturaleza jurídica del convenio de alimentos en el divorcio consensual*, LL, 1996-B-993.
- Spota, Alberto G., *El divorcio consensual y la retractación unilateral*, LL, 156-475.
- Szmulewicz, Musia, *Un nuevo concepto en materia de divorcio*, LL, 142-868.
- Vidal Taquini, Carlos H., *El derecho a pensión de la mujer divorciada bajo el régimen del art. 67 bis de la ley 2393*, LL, 1979-D-877.
- *El régimen del divorcio y el art. 67 bis de la ley 2393 en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, LL, 136-1098.
- *Inadmisibles revisión de la culpa en la etapa de ejecución de sentencia aun mediando previa separación de hecho de los cónyuges*, LL, 1981-C-481.
- Zannoni, Eduardo A., *Contienda y divorcio*, "Derecho de Familia", n° 1, 1989, p. 9.
- *Divorcio. Separación consensual*, por Miguel A. Vilar, JA, 1971-16, reseñas.
- *El desistimiento en la conversión del divorcio contencioso en mutuo consentimiento*, ED, 72-743.
- *El divorcio en la reforma del Código Civil*, ED, 30-652.
- *La autonomía privada en la solución de conflictos familiares (2. Autonomía privada y divorcio por mutuo consentimiento; 3. Los acuerdos de divorcio*

- por presentación conjunta*), en “Derecho de familia”, Santa Fe, 1990, p. 187 y 189.
- *La separación de hecho como causal de divorcio*, en “Estudios en homenaje al Dr. Guillermo Borda”, Bs. As., 1985, p. 366.

CAPÍTULO XXIII

CUESTIONES PROCESALES

A) GENERALIDADES

§ 230. *COMPETENCIA.* – Dispone el art. 227 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), que “*las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado*”.

Su antecedente, el art. 104, parte primera, de la ley de matrimonio civil, establecía que la acción de divorcio debía intentarse en el domicilio de los cónyuges. Sobre esa base, se llegó a establecer que por “domicilio de los cónyuges” debía entenderse el último domicilio común, es decir, si había habido separación de hecho anterior, el que tenían al tiempo de producirse ésta. Más concretamente, en numerosos fallos la Corte Suprema había determinado que el último domicilio común era el último lugar de convivencia indiscutida de los cónyuges¹.

La fórmula del art. 227 es deficiente, pues “*último domicilio conyugal efectivo*” carece de significación técnico-jurídica. Para aclararla es menester recurrir al art. 162, párr. primero (texto según ley 23.515), que considera como “*domicilio efectivo*” al lugar donde los cónyuges “*viven de consuno*”. Mejor habría sido em-

¹ CSJN, 9/5/75, Fallos, 291:540; LL, 1975-D-329, y JA, 29-1975-99.

plear las fórmulas “último domicilio común” o “último lugar de convivencia indiscutida”, las cuales, sin embargo, deben servir para interpretar la norma vigente.

El art. 1º del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación prohíbe la prórroga de la competencia en los asuntos que no sean exclusivamente patrimoniales, lo que impide dicha prórroga en la acción de separación o de divorcio. La solución es evidentemente mala, pues la competencia territorial está establecida por razones de comodidad de los litigantes, de manera que aunque se trate de asuntos extrapatrimoniales no hay razón para obligarles a litigar en lugar distinto del que prefieren. Es absurdo imponer la competencia de los tribunales del lugar del último domicilio común cuando ya ninguno de los esposos reside en él, o permitir a quien es demandado en su domicilio invocar la competencia de los jueces de otro lugar cuando la promoción de la demanda allí lo beneficia (al permitirle defenderse más cómodamente) en lugar de perjudicarlo. Por lo tanto, era más justo el criterio jurisprudencial anterior (que continúa vigente en las provincias cuyos códigos procesales no contienen norma igual a la referida) consistente en admitir la prórroga expresa o tácita, y en rechazar la incompetencia aducida por el cónyuge demandado ante los tribunales de su propio domicilio.

El nuevo texto del art. 227 corrige en parte esas deficiencias, al permitir al menos la opción de la parte actora por los tribunales del domicilio del demandado.

Además, la disposición aplica igual criterio para determinar la competencia en las acciones que versan sobre los efectos del matrimonio. Por lo tanto, competen también a los tribunales del domicilio de los esposos o de su último domicilio común, las acciones de tenencia de hijos, fijación de régimen de visitas respecto de éstos, las cuestiones referentes a los bienes, incluso la de separación de bienes, y el pedido de intimación a reanudar la convivencia a que se refiere el art. 199, párr. segundo. En cuanto a los juicios de alimentos, si se trata de los requeridos después de la promoción del juicio de separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, competen al juez que haya entendido en dichos procesos (art. 228, inc. 1, texto según ley 23.515). De no haberse promovido, las posibilidades se amplían: *“a opción del actor el juez del domicilio conyugal, el del domicilio del demandado, el de la residencia habitual del acreedor alimentario, el del*

lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de celebración del convenio alimentario si lo hubiere y coincidiera con la residencia del demandado” (art. 228, inc. 2).

A su vez, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece la competencia del juez de la separación o divorcio para la demanda de separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal (art. 6º, inc. 2), así como para la exclusión del cónyuge (hay que entender que del hogar), tenencia de los hijos, alimentos y litisexpensas, mientras dure el juicio principal. Esta última limitación debe entenderse superada por los arts. 227 y 228, inc. 1, del Cód. Civil (textos según ley 23.515).

No resulta aplicable la opción del art. 227 del Cód. Civil si los cónyuges se encuentran separados personalmente con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y cualquiera de ellos promueve demanda de divorcio vincular. La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que es competente el mismo juez que ha conocido en la separación personal, puesto que su competencia no puede ser alterada por circunstancias sobrevinientes².

§ 231. **CAPACIDAD PARA ESTAR EN JUICIO.** – La capacidad para estar en juicio de separación personal o divorcio no difiere, en principio, de la capacidad procesal en general.

Los menores emancipados pueden actuar en tales juicios, ya que el art. 133 del Cód. Civil (texto según ley 23.515, que no modifica en este aspecto la redacción de la ley 17.711), los capacita para todos los actos de la vida civil, con las solas excepciones de los arts. 134 y 135.

Está discutida la posibilidad de que promueva demanda de separación o divorcio el curador del cónyuge insano. En mi opinión, cabría su deducción cuando fuese necesaria para obtener la imposición al culpable de las sanciones a que pueda dar lugar la sentencia que declare su culpabilidad, con tal de que se funde en hechos posteriores a la demencia. No podría fundársela en hechos anteriores, pues si durante su sanidad mental el cónyuge ofendido no promovió la separación o el divorcio, su voluntad tácitamente negativa no puede ser suplida por la de su representante legal.

² CSJN, 23/3/93, *Fallos*, 316:331, y *ED*, 153-472.

En cuanto a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, admitido como está su matrimonio si pueden expresar su consentimiento de otra manera, necesitarían la representación de su curador para promover la separación o el divorcio.

En cambio, no existe obstáculo para que la demanda de separación o divorcio sea deducida por el interdicto como consecuencia de condena penal, ni por el inhabilitado.

§ 232. *MANDATO*. – Según el criterio jurisprudencial actualmente prevaleciente, para promover el juicio de separación o divorcio (lo mismo que para contestar la demanda, reconvenir o tomar intervención en él) no se requiere mandato especial; basta el general para asuntos judiciales, puesto que el caso no está comprendido en el art. 1881 del Cód. Civil, cuya enumeración es de interpretación restrictiva³.

Por analógica aplicación del art. 427 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación (que prohíbe llamar como testigos a los parientes en línea recta), se ha resuelto que no es posible que el hijo de los cónyuges asuma como abogado o procurador la defensa o representación de uno de sus padres pues tal cosa lesionaría los deberes de lealtad, probidad y buena fe, rompiendo el principio de igualdad entre los litigantes, ya que significaría para uno de ellos la presencia permanente de un factor inhibitorio de su actuación en el pleito, que incide o puede incidir en la eficacia de su defensa⁴.

§ 233. *PARTES*. – Además de los cónyuges, es parte en el juicio de separación o divorcio el Ministerio Público Fiscal (arts. 25, inc. *e*; 37, inc. *b*, y 39, ley 24.946). La finalidad de su intervención era la de evitar la colusión entre los cónyuges violatoria de la prohibición del divorcio consensual del antiguo art. 66 de la ley de matrimonio civil. Admitidos la separación y el divorcio por mutuo consentimiento, su intervención carece ya de razón de ser y debería ser suprimida; sin embargo, la ha mantenido la recién citada ley 24.946, orgánica del Ministerio Público.

³ CNCiv, Sala A, 21/11/55, *LL*, 81-426; íd., Sala B, 2/9/77, *ED*, 83-292; íd., Sala D, 29/6/60, *LL*, 99-779.

⁴ CNCiv, Sala D, 22/8/60, *LL*, 99-534, y *JA*, 1960-V-266.

El defensor público de menores e incapaces es parte cuando del matrimonio hay hijos menores de edad y se discute su tenencia u otra cuestión que pueda afectar su persona o sus bienes (art. 54, inc. a, ley 24.946).

En la jurisprudencia de la Capital Federal ha motivado decisiones contradictorias la legitimación del defensor oficial del demandado ausente para reconvenir; mientras que algunas salas la admiten⁵, otras la rechazan⁶.

§ 234. *PROCEDIMIENTO.* – La fijación del trámite que debe seguir el juicio de separación o divorcio corresponde a las leyes procesales que es facultad de las provincias dictar (art. 75, inc. 12, Const. nacional). En general, el procedimiento es el del proceso de conocimiento ordinario, por no estar establecido otro especial (art. 319, Cód. Proc. Civil y Comercial). En Jujuy y La Rioja se tramita por el procedimiento ordinario escrito (art. 288, Cód. Proc. de Jujuy, y art. 360, Cód. Proc. de La Rioja), en tanto que en Santa Fe, por el procedimiento oral ante los tribunales colegiados de instancia única (art. 571, Cód. de Santa Fe). En Buenos Aires y en la 1ª Circunscripción Judicial de Córdoba, actualmente también el procedimiento es oral y de única instancia.

§ 235. *ACUMULACIÓN DE PROCESOS.* – En caso de que cada uno de los cónyuges haya iniciado por separado un proceso de separación o divorcio, corresponde la acumulación de ambos para que se dicte una sola sentencia. Esta acumulación debe hacerse sobre el promovido con anterioridad, salvo que en el segundo se haya notificado la demanda antes (art. 189, Cód. Proc. Civil y Comercial).

§ 236. *NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA.* – No existe disposición alguna que establezca recaudos especiales para la notificación de la demanda. Sin embargo, en caso de que los cónyuges ocupen aún la misma vivienda debe exigirse que la diligencia se cumpla con

⁵ CNCiv, Sala G, 4/3/97, LL, 1998-B-51; íd., Sala K, 22/4/96, LL, 1998-D-881, 40.664-S.

⁶ CNCiv, Sala B, 30/3/95, LL, 1996-C-114; íd., Sala M, 24/10/97, LL, 1998-C-730.

la intervención personal del demandado, pues de otra manera podría ocultársele la notificación e impedírsele su defensa⁷.

§ 237. *EFFECTOS DE LA FALTA DE CONTESTACIÓN.* – Bajo el régimen anterior a la ley 17.711 se entendía que la falta de contestación de la demanda de divorcio no implicaba confesión ficta, en razón de que de otro modo podría violarse la prohibición de divorcio consensual, pero podía ser considerada como un indicio de la existencia de las causales invocadas por el actor si esa conducta no podía ser sospechada de ser el resultado de connivencia entre los cónyuges, máxime cuando implicaba no defenderse de cargos graves⁸. Actualmente no habría obstáculo insuperable para admitir la confesión ficta, pues si la separación y el divorcio pueden acordarse, el reconocimiento de la propia culpa no viola principio alguno. La jurisprudencia la ha admitido si está avalada por otros medios de prueba⁹.

Pero la falta de contestación no impide al demandado ofrecer prueba, la que sólo puede versar sobre los hechos alegados por la parte actora.

Por otra parte, debe tenerse en consideración que el art. 232 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), admite los plenos efectos de la prueba confesional y del reconocimiento de los hechos en los juicios de separación personal o divorcio fundados en la separación de hecho de los esposos. Por tanto, en tales casos no parecería haber tampoco inconveniente insalvable para aceptar la confesión ficta derivada de la falta de contestación de la demanda.

§ 238. *RECONVENCIÓN.* – El demandado por separación puede reconvenir por divorcio vincular, y el demandado por divorcio vincular puede reconvenir por separación. En el primer caso, debe decretarse el divorcio si prospera la reconvencción, y en el segundo si se admite la demanda. Así resulta del art. 237 del Cód. Civil (tex-

⁷ CNCiv, Sala B, 16/9/60, JA, 1961-I-103; id., Sala D, 25/9/73, LL, 154-655, n° 19.

⁸ CCiv2ªCap, 24/6/41, JA, 75-312; CNCiv, Sala A, 20/11/56, LL, 85-591; SCBA, 5/12/61, JA, 1962-III-462.

⁹ CNCiv, Sala G, 7/5/97, LL, 1997-E-206.

to según ley 23.515), que dispone: “*Cuando uno de los cónyuges demandare por separación personal podrá ser reconvenido por divorcio vincular, y si demandare por divorcio vincular podrá ser reconvenido por separación personal. Aunque resulten probados los hechos que fundaron la demanda o reconvenición de separación personal, se declarará el divorcio vincular si también resultaron probados los hechos en que se fundó su petición*”. No habrá problemas, en cambio, si el demandado por separación reconviene por separación, o si el demandado por divorcio lo hace también por divorcio.

Si el demandado no reconviene, no puede decretarse ni la separación ni el divorcio por culpa del cónyuge actor (aun cuando esa culpa resulte de la prueba), pues ello implicaría juzgar fuera de lo peticionado, admitiendo una acción no deducida¹⁰.

Según los criterios jurisprudencialmente establecidos antes de la ley 23.515, el demandado por separación o divorcio podría también entablar por vía de reconvenición cualquiera de las acciones acumulables con aquella (nulidad de matrimonio, separación de bienes, tenencia de hijos), pero no otras, como la impugnación de paternidad de un hijo¹¹.

Asimismo, si la acción de separación o divorcio se entabla por vía de reconvenición a otra con la cual es acumulable (como la de nulidad del matrimonio), el actor puede a su vez reconvenir por separación o divorcio¹².

La falta de reconvenición impide accionar en lo sucesivo por causales existentes en esa oportunidad, pero se ha admitido la promoción de una segunda demanda y su acumulación con la primera si la producción de las causales imputables al actor o su conocimiento por el demandado son posteriores a la oportunidad legal para reconvenir¹³.

¹⁰ CNCiv, Sala A, 7/8/53, LL, 71-705; íd., íd., 15/10/54, LL, 78-424, y JA, 1956-II-182; íd., Sala F, 3/2/76, LL, 1976-D-642, 33.779-S; íd., Sala L, 30/5/97, LL, 1997-E-34.

¹¹ CNCiv, Sala B, 6/8/53, LL, 72-574.

¹² CNCiv, Sala B, 18/3/66, LL, 122-513; íd., Sala C, 4/4/67, LL, 127-1127, 15.587-S.

¹³ CNCiv, Sala A, 28/9/65, JA, 1996-I-119; íd., íd., 23/10/70, ED, 35-327; íd., Sala B, 12/11/64, LL, 118-893, 11.983-S; íd., Sala F, 17/3/64, ED, 7-702.

B) MEDIDAS CAUTELARES

§ 239. *MEDIDAS QUE COMPETEN AL TRIBUNAL DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO.* – Como consecuencia de la extensión de la competencia del tribunal que entiende en la separación o el divorcio, a él compete adoptar todas las medidas cautelares y provisionales que sean necesarias sobre las personas de los cónyuges y de los hijos menores, su residencia, y sus relaciones patrimoniales. Todas ellas tienen carácter provisional y transitorio, y pueden ser ampliadas, modificadas, reducidas o sustituidas durante el curso del proceso, además de quedar subordinadas a lo que se resuelva en la sentencia o después de ella.

Dicho criterio ha quedado consagrado en el art. 6º, inc. 3, del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, disposición según la cual es juez competente “*en la exclusión del cónyuge, tenencia de hijos, régimen de visitas, alimentos y litisexpensas, el del juicio de divorcio o nulidad de matrimonio, mientras durare la tramitación de estos últimos*”. Esta última limitación, que no parecía razonable, ha de entenderse superada con el nuevo texto del art. 227 del Cód. Civil, dado que se trata de cuestiones sobre efectos del matrimonio que competen a los mismos jueces.

§ 240. *ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA COMÚN.* – El texto originario del art. 68 de la ley de matrimonio civil disponía: “Puesta la acción de divorcio, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez a instancia de la parte, decretar la separación personal de los casados y el depósito de la mujer en casa honesta, dentro de los límites de su jurisdicción”. En los primeros tiempos de su vigencia, la norma se adaptaba perfectamente a las costumbres de la época, pues por una parte la mujer raramente dejaba el hogar común sin previa autorización judicial, y, por la otra, no había mayor problema en obtener vivienda para la esposa o alojarla con algún pariente o amigo en las espaciosas casas de entonces; de ahí que no se discutiese la preferencia de uno u otro de los cónyuges en la ocupación de la vivienda, admitiéndose que en ella debía permanecer el marido, aun cuando el inmueble fuese propiedad de la mujer.

Las costumbres y la situación económica han cambiado fundamentalmente. En primer lugar, en la mayoría de los casos los juicios de separación o divorcio se promueven cuando ya los esposos se han separado de hecho, y entonces cabría autorizar o legalizar la separación provisional, no decretarla. El verdadero problema que se presenta y debe ser resuelto es la atribución de la vivienda común, sea porque los dos cónyuges continúen habitándola y las alternativas del juicio o el estado de las relaciones conyugales hagan necesaria la separación, o bien porque uno de ellos se haya retirado y pretenda su reingreso y la exclusión del otro. Por otra parte, continuar hablando de “depósito” de la mujer resultaría ridículo y hasta afrentoso, pues implicaría considerarla, si no como una cosa, como un incapaz de hecho a quien se debe proteger.

La jurisprudencia fue apartándose del criterio primitivo y admitió que el “depósito” de la mujer se hiciese en el propio hogar conyugal por diversas razones, como la de ser de su propiedad o de su familia, ser accesorio de una relación de trabajo, o aun con el fin de mantener en la vivienda común al núcleo familiar integrado por ella y los hijos, habida cuenta de la mayor facilidad que para el hombre solo representa la obtención de otro alojamiento.

La ley 17.711 modificó la disposición antes transcrita, sustituyendo la antigua institución del depósito de la mujer por la exclusión de uno de los cónyuges del hogar; y la 23.515 la perfeccionó, incluyendo la posibilidad de reintegro de uno de los cónyuges. El texto del art. 231 del Cód. Civil, conforme a la segunda de esas leyes, dice así: “*Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él*”.

La jurisprudencia ha establecido como criterio fundamental el de que debe otorgarse la tenencia de la vivienda al cónyuge a cuyo cargo quedan los hijos menores, en defensa de los intereses de éstos y para conferir protección al núcleo familiar subsistente¹⁴. Se ha tenido en consideración también la circunstancia de estar insta-

¹⁴ CNCiv, Sala A, 10/4/69, ED, 28-465; íd., Sala B, 26/12/69, JA, 7-1970-914, nº 59; íd., Sala C, 27/5/80, ED, 88-636; íd., íd., 26/9/96, LL, 1998-B-908, nº 40.339-S; íd., Sala E, 4/3/71, ED, 38-564.

lada en el bien propio de uno de los esposos¹⁵ o en el ganancial adquirido con el producto de su trabajo personal¹⁶, y aun la enfermedad o disminución física de uno de los cónyuges¹⁷. A falta de otra pauta aplicable, se ha preferido a la mujer teniendo en cuenta la mayor facilidad que para el hombre existe de solucionar el problema de la vivienda consiguiendo nuevo alojamiento¹⁸.

En cuanto al procedimiento a seguir para obtener la exclusión de uno de los cónyuges del hogar, prevalece en la jurisprudencia el criterio de que no cabe seguir ningún trámite especial sujeto a reglas fijas, sino que basta con que se oiga al cónyuge afectado¹⁹. No obstante, en algunos casos se ha admitido también su dictado *inaudita parte* por su carácter de medida cautelar²⁰.

Por otra parte, a partir de la sanción de la ley 24.417 de protección contra la violencia familiar, este último criterio ha quedado consagrado en el ámbito de la Capital Federal en los casos en que se aleguen “lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar” (art. 1º), pues en tales casos basta con que el juez tome conocimiento de los hechos (es decir, sin necesidad de oír a la parte imputada) para que pueda ordenar como medidas cautelares: la exclusión del autor de la vivienda; la prohibición de acceso del autor al domicilio del damnificado, así como a los lugares de trabajo o estudio; el reintegro al domicilio de quien ha debido retirarse por razones de seguridad personal, excluyendo al autor; y lo relativo a alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos (art. 4º).

También en la provincia de Buenos Aires la ley 12.569, aplicable a “toda acción, omisión, abuso, que afecte la integridad física, psíquica, moral, sexual y/o la libertad de una persona en el

¹⁵ CNCiv, Sala B, 14/9/65, *LL*, 121-682, 13.102-S; *id.*, Sala F, 22/8/72, *ED*, 47-174.

¹⁶ CNCiv, Sala A, 8/8/68, *LL*, 135-129, y *ED*, 26-32.

¹⁷ CNCiv, Sala C, 26/12/58, *RepLL*, XX-430, n° 229.

¹⁸ CNCiv, Sala A, 23/10/73, *JA*, 22-1974-252, y *ED*, 52-313; *id.*, Sala B, 28/12/79, *ED*, 88-478; *id.*, Sala C, 27/5/80, *ED*, 88-636; *id.*, Sala F, 10/2/76, *ED*, 68-487.

¹⁹ CNCiv, Sala A, 12/12/78, *RepED*, 13-347, n° 67; *id.*, Sala C, 19/2/70, *LL*, 139-794, 24.265-S.

²⁰ CNCiv, Sala C, 7/5/56, *LL*, 83-278; *id.*, Sala E, 8/11/63, *LL*, 117-822; *id.*, Sala F, 2/5/77, *LL*, 1978-A-34, y *ED*, 74-153.

ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito” (art. 1º), autoriza a los jueces a tomar “medidas conexas al hecho denunciado”, que son: la exclusión del agresor del hogar, el reintegro de los agredidos, la prohibición al agresor de acceder al domicilio o a los lugares de trabajo de la víctima, la fijación de un determinado perímetro de exclusión, la restitución de efectos personales del agredido, la asistencia psicológica, legal y médica a las partes, la guarda de los menores, y una cuota provisoria de alimentos (art. 7º).

§ 241. *ALIMENTOS PROVISIONALES.* – La parte segunda del art. 68 de la ley de matrimonio civil disponía que el juez podía determinar “los alimentos que han de prestarse a la mujer y a los hijos que no quedasen en poder del padre”. El texto reformado por la ley 17.711 y llevado por la ley 23.515 al art. 231, párr. primero, parte última, del Cód. Civil expresa: “*fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien correspondiere recibirlos y a los hijos*”, comprendiendo así la posibilidad de que los alimentos sean otorgados también al marido.

La doctrina difiere acerca de la naturaleza jurídica de los alimentos pagados por un cónyuge al otro durante la sustanciación del juicio de divorcio. Se han sostenido las siguientes tesis:

a) La de que son un anticipo de la porción de los gananciales que corresponderían al alimentado en la división de la sociedad conyugal. Sería su consecuencia que debiesen prestarse aun cuando aquél tuviese medios propios suficientes, y que la pensión no se graduase según sus necesidades sino según el monto de los gananciales.

b) La de que no son anticipo de gananciales sino una verdadera pensión alimentaria, aun cuando el alimentante la afronte con los bienes gananciales. Consecuencias de esta tesis son la de que no corresponde el pago de alimentos si el solicitante tiene medios propios de subsistencia, y que, una vez disuelta la sociedad conyugal, los alimentos entregados durante la tramitación del proceso deben ser imputados a las rentas de los bienes gananciales, y, si no las hay, debe soportarlos el alimentante, sin que corresponda imputarlos al capital ganancial.

c) Una posición ecléctica, la de Acuña Anzorena, según la cual no debe aceptarse ninguna de las opiniones extremas: si al liquidarse los gananciales el alimentado recibe una cantidad igual o

mayor, serían anticipo de gananciales; si no recibe nada o le corresponde una suma menor, serían alimentos. El efecto práctico de esta opinión sería el de que el alimentante tendría derecho a retener de la parte de gananciales que corresponde al alimentado lo adelantado a título de alimentos, pero si no hubiese gananciales suficientes no podría repetirlos.

En la jurisprudencia, después de algunas vacilaciones, terminó por triunfar la segunda teoría, es decir, la de que deben ser considerados anticipo de las rentas de los gananciales, y, si no las hay, cargar con ellos el alimentante²¹. Pero la ley 17.711 introdujo una solución diferente, la que corresponde a la primera tesis, en el nuevo art. 1306, párr. segundo, del Cód. Civil, literalmente reproducido por la ley 23.515, que expresa: “*Los alimentos que pasó uno de los cónyuges al otro durante el trámite del juicio se imputarán en la separación de bienes a la parte que corresponda al alimentado, a menos que el juez fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiese hacerlos pesar sobre el alimentante*”. A pesar de ello, es dudoso que se apliquen las antes indicadas consecuencias de esa posición, pues (con buenos fundamentos) ha sostenido Zannoni que, sin perjuicio de la imputación, los alimentos no pierden su carácter asistencial. De todos modos, se trata de una modificación a todas luces inconsulta, no sólo innecesaria frente a una jurisprudencia que se había uniformado y que no acarrea inconvenientes, sino que incurre en el error de someter cuestiones estrictamente patrimoniales al juego de la equidad.

En cuanto a los criterios de equidad con que deben manejarse los tribunales para aplicar la excepción legal, esto es, para que los alimentos pagados pesen definitivamente sobre el alimentante y no sobre la parte del alimentado en los gananciales, se ha justificado la excepción en la circunstancia de que el alimentado reciba escasos bienes, que resulten total o casi totalmente absorbidos por los alimentos recibidos²², en la culpabilidad del marido alimentante²³,

²¹ CNCiv, Sala B, 22/6/66, ED, 16-112; íd., Sala C, 1/8/63, LL, 114-832; íd., Sala D, 11/5/66, ED, 14-729; íd., Sala E, 27/11/62, ED, 3-739; SCBA, 27/12/60, LL, 103-105.

²² CNCiv, Sala B, 18/6/69, ED, 31-612; íd., Sala C, 10/7/74, ED, 56-534.

²³ CNCiv, Sala A, 25/2/75, LL, 1975-C-444, y ED, 61-252; íd., Sala C, 10/7/74, ED, 56-534; íd., Sala F, 19/8/76, ED, 71-221.

en la notoria desigualdad económica en que quedan los cónyuges tras la disolución de la sociedad conyugal²⁴, y en el hecho de tener el alimentante título profesional, oficio técnico, o industria o comercio instalados, que le faciliten la obtención de recursos²⁵.

La falta de pago de los alimentos adeudados autoriza al beneficiario a solicitar la paralización del juicio de divorcio hasta que se regularicen los pagos, salvo que el incumplimiento se deba a la falta de recursos y a la imposibilidad del obligado de obtenerlos mediante su trabajo, es decir, que su omisión no sea maliciosa²⁶. La falta de pago de los debidos a los hijos puede fundar la suspensión del derecho de visita (ver § 244). Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal establecida en la ley 13.944.

El fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil decidió que los alimentos provisionales fijados durante la tramitación del juicio de divorcio cesaban al solo pedido del marido si se decretaba el divorcio por culpa de la mujer o de ambos, pues en tal caso la esposa culpable sólo tenía derecho a alimentos si se encontraba en las condiciones previstas por el art. 80 de la ley de matrimonio civil, lo que debía probar. Inclusive caducaban las cuotas devengadas y no percibidas²⁷. En cambio, no cesaban por la sentencia que rechazase el divorcio, si la separación de hecho se mantenía, ni por la que lo decretase por culpa del marido, que los convertía en definitivos.

Con las normas actualmente vigentes ha de entenderse que los *alimentos provisionales cesan si se decreta la separación o el divorcio por culpa del alimentado o de ambos*, ya que el culpable sólo tiene derecho a alimentos si no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, y el otro cónyuge tiene medios (art. 209, Cód. Civil, texto según ley 23.515). *En cambio, no cesan si la sentencia rechaza la separación o el divorcio, cuando la separación de hecho se mantiene, ni por la que lo decreta por culpa exclusiva del alimentante, que los convierte en definitivos.*

²⁴ CCivCom Bahía Blanca, 20/8/71, LL, 145-385.

²⁵ CNCiv, Sala B, 18/6/69, ED, 31-612.

²⁶ CNCiv, Sala A, 5/12/68, ED, 27-238; íd., Sala C, 15/2/70, ED, 37-207.

²⁷ CNCiv, en pleno, 1/12/67, LL, 128-844; JA, 1967-VI-365, y ED, 21-9.

Conforme al art. 231, párr. segundo, Cód. Civil (ley 23.515), “en el ejercicio de la acción por alimentos provisionales entre los esposos, no es procedente la previa discusión de la validez legal del título o vínculo que se invoca”. Queda así suprimida la excepción que a esa regla admitía la segunda parte del art. 68 bis de la ley de matrimonio civil, introducida por la ley 17.711, según la cual esa discusión era admisible en los casos de matrimonios celebrados en el extranjero, cuando los cónyuges hubieran estado domiciliados en el país al tiempo de celebrarlo y hubiese mediado impedimento de ligamen en la República. Se vuelve, pues, al criterio del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que la rechazaba aun cuando se tratase del segundo matrimonio contraído por quien, ligado por un primero contraído en el país, hubiese mantenido su domicilio en éste²⁸.

§ 242. *LITISEXPENSAS*. – El art. 68 de la ley de matrimonio civil facultaba al juez a determinar las litisexpensas necesarias a la mujer para el juicio de divorcio, posibilidad que la ley 17.711 amplió al marido. Conforme al texto actual del art. 231, párr. primero, parte última, el juez puede determinar “las expensas necesarias para el juicio” en favor del cónyuge al cual le corresponden alimentos.

Se entiende que las litisexpensas comprenden los gastos menores del juicio, mas no los honorarios de la representación y el patrocinio del cónyuge, los que deben ser pagados una vez regulados²⁹. La asignación se fija en una cuota única, pero siempre tiene carácter provisional y puede ser ampliada en caso necesario, es decir, si la primera cuota es consumida y es necesario realizar mayores gastos³⁰.

La falta de pago de las litisexpensas puede dar lugar a la paralización del juicio de divorcio a petición de su beneficiario, siempre que la suma respectiva haya sido fijada y medie mora del deudor³¹.

²⁸ CNCiv, en pleno, 23/9/65, LL, 120-196; JA, 1965-VI-434, y ED, 12-339.

²⁹ CNCiv, Sala D, 11/7/66, LL, 124-1140, 14-424-S; íd., Sala E, 29/8/77, LL, 1978-B-421.

³⁰ CNCiv, Sala D, 11/7/60, LL, 101-990, 6082-S; íd., Sala E, 13/11/59, LL, 100-728, 5390-S.

³¹ CNCiv, Sala B, 9/7/55, LL, 81-239; íd., Sala D, 10/8/56, LL, 84-569; íd., Sala E, 5/5/61, LL, 105-955.

§ 243. **TENENCIA PROVISIONAL DE LOS HIJOS MENORES.** – Según el art. 231, párr. primero, parte segunda, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), también puede el juez “*determinar a quién corresponde la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código*”.

Al no fijarse otra regla para el otorgamiento de la tenencia provisional de los hijos menores sino su determinación con arreglo a las disposiciones del Código, corresponde aplicar subsidiariamente el art. 206, párr. segundo, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), referente a la tenencia definitiva. Por lo tanto, corresponderá entregar los menores de cinco años a la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor; y los mayores de esa edad a quien el juez considere más idóneo.

En principio, deben respetarse los convenios entre los padres sobre esta materia, pero nada obsta a que sean revisados judicialmente si resultan contrarios al interés de los menores³². A falta de acuerdo, resulta aconsejable el mantenimiento del *statu quo* existente al tiempo de la promoción de la demanda, especialmente si de hecho uno de los cónyuges viene ejerciendo la tenencia por un tiempo prolongado, y salvo que esa situación haya sido creada por el engaño o la violencia de uno de los esposos³³. Cuando los menores son varios, es conveniente ponerlos a todos al cuidado de la misma persona, a fin de mantener la unidad de educación³⁴. Sólo por razones excepcionales cabe entregarlos a un tercero, dejando por lado a ambos padres; en tal caso, se debe preferir a los abuelos o parientes cercanos. La internación en un establecimiento educacional sólo se justifica en casos extremos en que no haya otra solución para evitar la creación de un peligro físico o moral a los hijos o una grave perturbación de su desarrollo espiritual³⁵.

Durante mucho tiempo, la doctrina y la jurisprudencia consideraron inconveniente la tenencia alternada por juzgar que la educación y la formación del carácter, para tener éxito, requieren unidad de criterio en la dirección, y que ello se desvirtúa cuando los

³² CNCiv, Sala B, 19/2/70, LL, 141-569, 25.412-S.

³³ CNCiv, Sala A, 15/3/65, LL, 118-429; íd., Sala C, 30/11/65, LL, 122-917; íd., Sala F, 27/3/69, LL, 137-821, 23.221-S.

³⁴ CNCiv, Sala B, 27/12/77, RepED, 13-639, n° 19.

³⁵ CNCiv, Sala A, 15/3/65, LL, 118-429; íd., Sala D, 2/11/56, LL, 85-313.

niños pasan continuamente de mano en mano, cambiando de hábitos de vida, de relaciones, y hasta variando las ideas que puedan inculcárseles. Por eso se entendía que, en caso de separación, debía ser otorgada a uno solo de los progenitores³⁶, y sólo excepcionalmente se admitió la alternancia, como en un caso en que la madre la ejercía mientras permanecía en su domicilio y el padre la sustituía cuando debía ausentarse por razones de trabajo³⁷.

Sin embargo, en los últimos tiempos se ha abierto camino la posibilidad de la denominada “tenencia compartida”, expresión que, en rigor, viene a ser una nueva denominación para la tenencia alternada o dividida, ya que no resulta posible compartirla permanentemente si no conviven los padres. Así, se ha dicho que la tenencia es compartida si se reparte exactamente por mitades el tiempo de permanencia con uno y otro progenitor³⁸. Sin embargo, un fallo la ha definido diciendo que consiste en reconocer a ambos padres el derecho de tomar decisiones y distribuir sus responsabilidades y deberes equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales³⁹; lo que en realidad no es compartir la tenencia sino el ejercicio de la patria potestad. De lo que se trata es de que los hijos convivan parte del tiempo con la madre y otra parte con el padre, lo que no deja de ser una situación excepcional, pues significa someter a los menores a dos regímenes de vida distintos y en forma alternativa, con posibles incidencias en su educación y futura formación⁴⁰. Pero no cabe duda de que debe ser admitida si así la acuerdan los padres⁴¹.

§ 244. **DERECHO DE VISITA.** – El otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro (ni a ambos, en el segundo caso) del derecho de mantener

³⁶ CCiv1^oCap, 5/3/43, LL, 30-834; CCiv2^oCap, 12/3/37, LL, 5-751; id., 6/5/41, LL, 22-957; CNCiv, Sala C, 10/11/58, LL, 94-157, opinión del asesor de menores de cámara; id., id., 3/12/64, ED, 11-677.

³⁷ CCiv1^oCap, 5/3/43, LL, 30-834; id., 5/8/46, LL, 43-752; CNCiv, Sala B, 20/8/76, RepED, 11-694, n^o 22.

³⁸ CNCiv, Sala B, 22/11/89, LL, 1990-E-173.

³⁹ CNCiv, Sala H, 11/2/98, ED, 179-292; id., Sala J, 24/11/98, LL, 1999-D-479.

⁴⁰ CNCiv, Sala E, 6/4/88, LL, 1989-B-606, 38.092-S.

⁴¹ CNCiv, Sala J, 24/11/98, LL, 1999-D-479.

comunicación con aquéllos, el cual se manifiesta especialmente en el derecho de visita, sin perjuicio de otros aspectos, como el intercambio de correspondencia, la vigilancia de la educación, etcétera. Sólo por causas muy graves que hagan que el ejercicio de este derecho pueda poner en peligro la seguridad o la salud física o moral de los menores puede privarse de él a los padres⁴²; por ejemplo, cuando pueden derivar alteraciones psíquicas para los menores⁴³.

Sobre este tema, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “*los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño*” (art. 9º.1); y agrega que “*respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*” (art. 9º.3).

En principio, las visitas deben realizarse en el hogar del cónyuge en cuyo favor se establecen (si lo tiene honesto) o en el lugar que él indique. No deben llevarse a cabo en el domicilio del otro, pues ello supondría someter al cónyuge a violencias inadmisibles y quitar a las visitas el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos⁴⁴; su realización en establecimientos públicos sólo procede en casos graves en que no hay otra posibilidad de efectuarlas, pues tal forma impide generalmente la comunicación espiritual entre padres e hijos⁴⁵. También debe permitírsele salir de paseo con el hijo, salvo que sea de muy corta edad o por razones de salud⁴⁶.

El régimen de visitas puede ser suspendido a título de sanción contra el padre que no da cumplimiento a su obligación alimentaria (salvo que se deba a circunstancias ajenas a su voluntad, como

⁴² CNCiv, Sala A, 27/12/79, ED, 88-329; íd., Sala B, 27/11/67, LL, 130-697, 17.007-S; íd., Sala D, 31/12/58, LL, 94-81; íd., Sala F, 25/6/79, LL, 1979-D-274, y ED, 84-546.

⁴³ CNCiv, Sala A, 18/3/54, JA, 1954-III-31.

⁴⁴ CNCiv, Sala E, 26/9/79, ED, 86-180, nº 491.

⁴⁵ CNCiv, Sala A, 9/5/60, LL, 100-773.

⁴⁶ CCiv1ºCap, 11/12/33, JA, 44-558; CCiv2ºCap, 14/12/25, JA, 18-1019.

su falta material de recursos unida a la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo), pues se trata de una obligación primordial sin cuyo cumplimiento no puede pretenderse ejercer los derechos correlativos ni alegar un cariño cuya inexistencia se demuestra acabadamente⁴⁷.

La ley 24.270 estableció sanción penal para quien impida u obstruya el contacto de menores de edad con los padres con los que no conviven. Expresa su art. 1º: “Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión”. El art. 2º fija las mismas penas establece para “el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial. Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo”. Y el art. 3º dispone: “El tribunal deberá: 1) Disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres. 2) Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido. En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil”. Este delito, de acción dependiente de instancia privada (art. 72, inc. 3, Cód. Penal), supone que los padres no conviven, por lo que se aplica en caso de separación de hecho, provisional o definitiva de ellos, o divorcio vincular. En tal caso, la guarda de los hijos que ejerce uno de los padres se corresponde con el derecho del otro a mantener una adecuada comunicación con aquéllos. Procura disuadir a los padres del propósito de dificultar el derecho de visitas del otro.

§ 245. *MEDIDAS PRECAUTORIAS RESPECTO DE LOS BIENES.* – La promoción del juicio de separación o de divorcio autoriza la adopción de determinadas medidas precautorias tendientes a proteger a uno de los cónyuges contra el peligro de que el otro pueda dilapi-

⁴⁷ CNCiv, Sala A, 31/7/56, LL, 84-258.

dar sus bienes. A ellas se refiere el art. 233 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), que expresa: “*Durante el juicio de separación personal o de divorcio vincular, y aun antes de su iniciación en caso de urgencia, el juez dispondrá, a pedido de parte, medidas de seguridad idóneas para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro. Podrá, asimismo, ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de que fueren titulares los cónyuges*”. Además, como la sentencia de separación personal lleva aparejada necesariamente la consecuencia de la separación de bienes, es aplicable el art. 1295, parte primera, del Cód. Civil, según el cual “*entablada la acción de separación de bienes, y aun antes de ella, si hubiere peligro en la demora, la mujer puede pedir embargo de sus bienes muebles que estén en poder del marido, y la no enajenación de los bienes de éste, o de la sociedad*”.

a) **INVENTARIO.** El antiguo art. 74 de la ley de matrimonio civil sólo preveía expresamente el inventario previo a la entrega de la administración de los gananciales al administrador designado en caso de remoción del marido como administrador. A pesar de ello, se admitió siempre su realización como medida precautoria independiente, ya que no resulta gravosa y es esencialmente útil para determinar la composición del haber ganancial. Actualmente, tiene clara base legal en el art. 233, parte segunda. Cuando el demandado es propietario de un fondo de comercio o empresa comercial, el inventario puede ser completado o sustituido por la designación de un contador que practique un balance o compulsas de libros.

En cambio, no procede la tasación de los bienes, que no cumpliría finalidad alguna como medida precautoria.

b) **EMBARGO.** El art. 1295 del Cód. Civil (cuya aplicación se entiende ampliada a la mujer desde la ley 11.357) prevé el embargo de los bienes muebles de la mujer en poder del marido, medida que tenía sentido cuando pasaban a poder de éste dichos bienes pero que no lo tiene actualmente. El artículo también contempla la no enajenación de los bienes del cónyuge, lo que puede llevarse a la práctica mediante la inhibición general del demandado o bien el embargo de cada uno de los bienes individualmente. Por con-

siguiente, pueden embargarse todos los bienes en poder del demandado, sean propios o gananciales. La medida cabe ahora, también, en el art. 233, parte primera.

En general, el embargo puede trabarse sobre la totalidad de los bienes de capital, sea cual fuere su naturaleza. En cambio, se limita al 50% cuando se traba sobre depósitos bancarios, valores mobiliarios o fondos en general, salvo circunstancias excepcionales que motiven su ampliación a la totalidad, como en caso de enajenaciones fraudulentas u ocultación de bienes, para compensar los valores enajenados u ocultados⁴⁸. Igualmente se limita al 50% de los frutos de bienes gananciales⁴⁹.

c) *INHIBICIÓN GENERAL*. La inhibición general sustituye al embargo cuando los bienes del demandado no se conocen con precisión o existe la posibilidad de que sea propietario de otros, a más de los conocidos.

En principio, debe mantenerse hasta la liquidación de la sociedad conyugal, salvo que se demuestre que su mantenimiento es injustificado y que los derechos del cónyuge inhibiente no han de sufrir menoscabo⁵⁰.

d) *VEEDOR*. La designación de veedor en los negocios del demandado para informar sobre sus operaciones o determinar el estado de la explotación de un negocio, sin facultades de administración ni de retención de dinero sino sólo de informar al juzgado sobre lo que fuere útil, ha sido admitida en algunos casos⁵¹.

e) *INTERVENTOR JUDICIAL*. También se ha admitido la designación de un interventor judicial, sin llegar a la privación de la ad-

⁴⁸ CNCiv, Sala A, 29/3/62, JA, 1962-III-107; íd., íd., 30/6/67, LL, 127-1156, 15.827-S; íd., Sala B, 11/2/54, LL, 74-271, y JA, 1954-III-479; íd., Sala E, 27/2/63, LL, 116-781, 10.806-S; íd., Sala F, 5/11/75, ED, 64-390.

⁴⁹ CNCiv, Sala A, 29/3/62, JA, 1962-III-107; íd., íd., 7/12/67, LL, 130-695, 16.990-S; íd., Sala B, 1/12/71, ED, 41-726; íd., Sala C, 7/6/60, JA, 1960-III-565; íd., íd., 12/8/76, ED, 69-249; íd., Sala D, 5/10/51, LL, 64-551; íd., Sala E, 1/12/59, LL, 100-726, 5375-S.

⁵⁰ CNCiv, Sala A, 28/5/68, ED, 23-579; SCBA, 18/7/50, LL, 60-222, y JA, 1951-I-116.

⁵¹ CNCiv, Sala C, 3/8/61, LL, 105-54; C1ºCivCom La Plata, Sala III, 23/6/60, RepLL, XXI-1180, n° 57.

ministración del demandado, a fin de vigilar el desenvolvimiento de las operaciones de éste y, en su caso, retener el porcentaje de las utilidades sobre el cual se trabó embargo⁵². El objeto de la medida es impedir la desviación de las operaciones hacia otras empresas o la ocultación de utilidades. Si el interventor comprueba actos dolosos tendientes a perjudicar el derecho del demandante o tornarlo ilusorio, la función de control encomendada puede ser transformada en sustitución completa en la administración del fondo de comercio.

f) *REMOCIÓN DEL ADMINISTRADOR DE LOS GANANCIALES*. El art. 74 de la ley de matrimonio civil autorizaba la remoción del marido de la administración de la sociedad conyugal y la consiguiente designación de administrador provisional si se suministraba la prueba, aunque fuese sumaria, de que la conducta del marido hacía temer enajenaciones fraudulentas o disipación de los bienes de la sociedad conyugal. Dada su particular gravedad, se entendió que la medida sólo podía ser aceptada en caso de conducta malévola, no sólo imprudente, y fundársela en la prueba de hechos graves que la justificasen.

La ley 17.711 modificó el régimen de administración de la sociedad conyugal, quitando al marido el carácter de administrador para dar a cada uno de los esposos la gestión de los bienes adquiridos por él. Sólo se reconoce preferencia al marido para administrar aquellos bienes cuyo origen no se pueda determinar o a cuyo respecto la prueba fuese dudosa (nuevo art. 1276, párr. segundo, Cód. Civil).

Por lo tanto, se entendió que el art. 74 de la ley de matrimonio civil permitía obtener como medida precautoria (en los casos a que alude) la remoción del cónyuge de la administración de los gananciales que le corresponde.

Actualmente, no hay disposición legal que autorice expresamente esta medida, pero si se dan las circunstancias antes mencionadas, es una de las que pueden ser dispuestas, ya que se trata de una “medida de seguridad idónea” para evitar el perjuicio al otro cónyuge.

⁵² CNCiv, Sala A, 29/3/62, JA, 1962-III-107; íd., Sala D, 15/5/57, LL, 88-367; íd., Sala E, 27/12/63, LL, 116-871, 10.806-S; íd., Sala F, 3/10/72, ED, 45-144.

g) **PROHIBICIÓN DE INNOVAR.** La prohibición de innovar (medida destinada a impedir que durante el juicio se altere la situación de hecho de los bienes en litigio para evitar que la sentencia se haga inocua o de cumplimiento imposible) también es admisible. Puede ser útil para evitar actos materiales que pudieran disminuir el patrimonio ganancial, como la demolición de construcciones valiosas.

También cabe la prohibición de contratar, para impedir la celebración de actos jurídicos relativos a los bienes gananciales que afecten o dificulten la concreción de los derechos del otro cónyuge en la división de la sociedad conyugal. Puede tener por objeto, por ejemplo, impedir al demandado que alquile un inmueble ganancial⁵³.

En general, el alcance de las medidas debe ser limitado si los intereses del cónyuge actor están suficientemente resguardados, pues no pueden ejercerse en desmedro de los intereses del demandado o de la sociedad conyugal. Su extensión está condicionada por la finalidad perseguida (garantizar la integridad del patrimonio de uno de los cónyuges frente a las facultades de administración del otro) y su límite se encuentra donde se produzcan perjuicios a los derechos de éste o a los intereses comunes sin beneficio para aquél. En ningún caso pueden convertirse en un medio de persecución ni implicar una extorsión o imposibilitar el desenvolvimiento de los negocios del demandado⁵⁴.

En algunos casos, las medidas precautorias pueden ser solicitadas con relación a sociedades integradas por el cónyuge y terceros. El problema es delicado, pues por una parte no pueden afectarse los derechos de éstos, y, por otra, tales sociedades pueden dar lugar a maniobras destinadas a burlar los derechos del otro cónyuge. Se ha admitido la intervención limitada a la fiscalización del movimiento comercial y financiero de la sociedad, o aun la retención de la parte de beneficios correspondiente al cónyuge⁵⁵.

⁵³ CNCiv, Sala E, 20/7/60, LL, 99-797.

⁵⁴ CNCiv, Sala A, 19/8/75, ED, 63-377; íd., Sala C, 13/6/75, ED, 65-313; íd., Sala D, 26/2/70, ED, 33-259; íd., Sala F, 4/12/74, JA, 26-1975-254; íd., Sala M, 29/11/99, JA, 2000-II-458.

⁵⁵ CNCiv, Sala A, 27/2/95, LL, 1996-E-674; íd., Sala C, 3/6/57, LL, 90-228; íd., Sala M, 29/11/99, JA, 2000-II-458.

Las funciones del interventor pueden ser más amplias si se establece que la sociedad es ficticia o que la mayor parte de su patrimonio pertenece al esposo; puede llegarse entonces hasta la administración de la sociedad, si es que se intenta realizar actos que importen burlar las medidas dispuestas⁵⁶.

C) PRUEBA

§ 246. *QUÉ DEBE PROBARSE.* – Dada la peculiar naturaleza del juicio de separación o de divorcio, la ley, la jurisprudencia y la doctrina han establecido reglas particulares en cuanto a la prueba que debe producirse, los medios admisibles y los puntos sobre los cuales debe versar.

La prueba fundamental en el juicio contencioso es la de que el cónyuge ha incurrido en alguna de las causales legales. La prueba de hechos concretos encuadrados en la enumeración legal no resulta enervada por la del concepto de que el imputado goza en las relaciones sociales o en el desempeño de su trabajo o de cargos públicos, pues es común que en la vida de relación tanto el hombre como la mujer actúen en forma distinta de la que caracteriza su desempeño en la intimidad del hogar⁵⁷.

§ 247. *MEDIOS ADMISIBLES.* – En principio, todo medio de prueba es admisible en el juicio de separación o de divorcio. Entendió la jurisprudencia que los tribunales gozan de amplias facultades para declarar ineficaces todos los medios probatorios que puedan significar un acuerdo o entendimiento de las partes para obtener el divorcio⁵⁸; pero ese criterio pierde base con la admisión legal del divorcio consensual, pues no es razonable pensar en la colusión para conseguir por vía aparentemente contenciosa lo que puede lograrse de común acuerdo.

⁵⁶ CNCiv, Sala A, 23/8/68, LL, 135-1132, 21.053-S; id., Sala C, 31/3/75, LL, 1975-C-109; id., Sala E, 16/11/79, LL, 1980-B-474.

⁵⁷ CNCiv, Sala A, 25/2/75, LL, 1975-B-394; id., Sala E, 22/10/68, ED, 28-493; id., Sala F, 12/11/76, ED, 72-208.

⁵⁸ SCBA, 2/6/59, JA, 1959-VI-359.

No son admisibles las pruebas que requieran coerción sobre la persona de los cónyuges para su producción (como la comparecencia personal a una audiencia para ser sometido al reconocimiento por testigos⁵⁹, o el peritaje médico)⁶⁰, sin perjuicio de las inferencias que puedan extraerse de la negativa.

§ 248. *APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.* – En general, los hechos que dan lugar al divorcio ocurren en la intimidad del hogar, lo que dificulta su prueba. Por lo tanto, el criterio con que se aprecie la prueba producida debe ser amplio, y ella debe ser considerada en conjunto, a fin de tratar de obtener una idea exacta de la situación real del matrimonio y determinar, dentro de la relatividad de las cosas humanas, la culpabilidad de cada cónyuge en el fracaso del matrimonio⁶¹.

§ 249. *PRUEBA DE CONFESIÓN.* – De los medios de prueba admisibles, el art. 70, parte segunda, de la ley de matrimonio civil excluía la confesión o juramento de los cónyuges. El fundamento de esta disposición se hallaba en la prohibición del divorcio por mutuo consentimiento, que habría podido ser eludida si dichos medios probatorios hubieran tenido, en el juicio de divorcio, el alcance absoluto que tienen en otras materias.

Suprimida esa prohibición y aceptados la separación y el divorcio consensuales, la disposición quedaba privada de sentido y resultaba contradictoria con el régimen adoptado.

Consecuentemente, la ley 23.515 suprimió la prohibición, limitándose a establecer su insuficiencia para demostrar los hechos por sí sola. Dice el art. 232, texto según dicha ley: “*En los juicios de separación personal o divorcio vincular no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos, a excepción de lo dispuesto en los arts. 204 y 214, inc. 2*”. Por lo tanto,

⁵⁹ CNCiv, Sala E, 30/11/61, LL, 107-973.

⁶⁰ CNCiv, Sala B, 26/3/68, LL, 132-1098, 18.872-S; íd., Sala C, 25/9/62, ED, 4-763; íd., Sala D, 9/12/59, LL, 99-805.

⁶¹ CNCiv, Sala A, 10/4/79, LL, 1979-C-5; íd., Sala B, 22/5/79, JA, 1980-III-685; íd., Sala D, 6/4/79, ED, 85-344; íd., Sala E, 16/11/79, JA, 1980-II-292; íd., Sala F, 16/9/80, ED, 90-380; íd., íd., 11/5/99, LL, 2000-E-945, n° 15.052; íd., Sala M, 26/12/96, LL, 1997-E-1036, 39.884-S.

en el régimen actual, la prueba de confesión (o el reconocimiento de los hechos, que equivale a la confesión expresa) son admisibles pero no suficientes para tenerlos por demostrados si no están corroborados por otros elementos probatorios; salvo en los juicios fundados en la previa separación de hecho, en los cuales hacen plena prueba.

Cabría también continuar aplicando el criterio jurisprudencial anterior, según el cual la confesión puede ser tenida en cuenta si es evidente la ausencia de connivencia, como en la confesión calificada, en que se admite una imputación pero se procura atenuar sus efectos con otros hechos⁶². Lo mismo ocurre en el caso de confesión extrajudicial⁶³.

En cuanto al juramento, su exclusión se consideraba absoluta; actualmente, es un medio probatorio que ha sido suprimido en los códigos procesales modernos.

§ 250. **PRUEBA DOCUMENTAL.** – En principio, la prueba documental es admisible, con sujeción a las reglas procesales que gobiernan su agregación en juicio.

Pueden ser invocados como prueba otros expedientes judiciales o administrativos. Las actas levantadas por la policía como consecuencia de exposiciones hechas por los cónyuges también pueden ser tenidas en cuenta, con la limitación de que por tratarse de manifestaciones unilaterales sólo podrían valer en contra, pero no en favor de quien las hace⁶⁴; especial valor asumen si de ellas resulta la exclusión de la causal de separación o de divorcio invocada.

Los instrumentos públicos y privados en general, así como también los documentos literales que no revisten el carácter de verdaderos instrumentos (en especial las cartas misivas), pueden también ser propuestos como prueba⁶⁵. Cuando no son instrumentos públicos cabe la citación a reconocerlos, sea en su firma o bien en su letra si no están firmados, lo mismo que la autenticación por

⁶² CNCiv, Sala A, 17/3/58, *JA*, 1958-III-293.

⁶³ CNCiv, Sala B, 18/7/68, *ED*, 28-457.

⁶⁴ CCiv¹Cap, 16/5/41, *RepLL*, III-878, n° 168, y *GF*, 152-173.

⁶⁵ CNCiv, Sala E, 6/9/79, *RepED*, 13-349, n° 93,

otros medios probatorios, como el cotejo o la prueba testifical; su fuerza probatoria debe ser apreciada en la sentencia⁶⁶.

Con relación a las cartas misivas, pueden presentarse las dirigidas entre los esposos, las enviadas por uno de ellos a un tercero (sin que rija la prohibición del art. 1036, Cód. Civil, sólo aplicable a cuestiones patrimoniales)⁶⁷ y las de un tercero a uno de los cónyuges; pero no valdrían como prueba las dirigidas por el cónyuge que las invoca a un tercero, pues ello implicaría hacer mérito de una prueba creada por el mismo interesado⁶⁸.

Se plantea el problema de si existe entre los esposos el derecho de interceptarse la correspondencia a fin de obtener y presentar como prueba las cartas dirigidas por un tercero al otro cónyuge. Borda y Escribano lo admiten, por lo menos cuando hay motivos para dudar de la lealtad del cónyuge; no así Spota, que entiende que quien las presenta debe haberlas obtenido por medios lícitos, y no mediante la violación de la correspondencia, que es un delito. A mi juicio, el buen criterio es este último, pues nada autoriza a los esposos a delinquir entre sí para obtener las pruebas del juicio de divorcio; pero con la atenuación de que no es quien las presenta el que debe probar que las obtuvo lícitamente, sino que el otro esposo es quien debe demostrar que fueron logradas por medios ilícitos, ya que no necesariamente la posesión de las cartas implica haber violado la correspondencia del destinatario, pues también pueden haber sido abandonadas o extraviadas por éste.

También pueden presentarse documentos con firma irregular o no firmados, trátase de cartas, anónimos, notas, diarios íntimos, etcétera. En tales casos no son aplicables las prescripciones de los arts. 1012 y 1014 del Cód. Civil, referentes a la firma, pues ellas se refieren a los instrumentos (documentos literales destinados a servir como prueba de los actos jurídicos), y no a los documentos en general.

§ 251. **PRUEBA FOTOGRÁFICA.** – Las fotografías son también documentos materiales que pueden servir como prueba y ser some-

⁶⁶ C2°CivCom La Plata, Sala II, 9/11/65, LL, 122-198.

⁶⁷ CNCiv, Sala C, 26/5/53, LL, 66-658; íd., Sala D, 25/6/69, ED, 27-237.

⁶⁸ CCiv2°Cap, 16/8/39, RepLL, III-881, n° 204, y GF, 144-212.

tidos al reconocimiento de la parte contra la cual se presentan o corroboradas por testigos⁶⁹. Pero su valor probatorio debe ser analizado teniendo en cuenta la posibilidad de la presentación de fotografías fraguadas por uno de los cónyuges para intentar perjudicar al otro.

§ 252. **PRUEBA FONOGRAFICA.** – Para la prueba de grabaciones fonográficas rigen parecidos principios que para las cartas misivas. Se ha resuelto que no viola secretos el esposo que registra las conversaciones telefónicas de su cónyuge para obtener la prueba de su inconducta, si tiene razonables sospechas acerca de ello⁷⁰. Antes de la ley 23.515, se rechazó para su autenticación el reconocimiento por el interesado de que la voz grabada era la propia y de que la conversación se había sostenido con un interlocutor determinado o indeterminado, por considerarse que tal reconocimiento sólo cabía requerirlo por vía de confesión, la que estaba prohibida⁷¹; actualmente, con la admisión de la confesión (ver § 249), el fundamento del rechazo ha desaparecido. En cambio, se ha admitido la identificación pericial basada en la registración mecánica de las curvas de vibración, amplitud e intensidad de ondas⁷².

§ 253. **PRUEBA PERICIAL.** – La prueba pericial de cualquier especie es admisible en el juicio de divorcio. Así, por ejemplo, el peritaje caligráfico para demostrar la autenticidad de documentos literales atribuidos al otro cónyuge o a un tercero.

Algunas dificultades ha acarreado el peritaje médico para cuya realización se requiere la *inspectio corporis* del otro cónyuge. Díaz de Guijarro (sobre la base de su opinión de que la prohibición de la confesión implicaba la de todo medio probatorio que se integrase con la voluntad de la parte contraria, esto es, con su aquiescencia, su sometimiento o su reconocimiento) la rechazaba. Pero esa

⁶⁹ CNCiv, Sala C, 24/9/51, LL, 64-456, y JA, 1952-I-131; íd., Sala F, 19/8/69, LL, 138-918, 23.515-S; íd., Sala K, 22/2/99, LL, 2000-B-243.

⁷⁰ CCiv2ªCap, 29/3/49, LL, 54-479, y JA, 1949-II-69. Otros casos en que se admitió: CNCiv, Sala A, 24/8/54, JA, 1955-II-264; íd., Sala C, 5/7/68, ED, 23-670.

⁷¹ CNCiv, Sala A, 1/3/56, LL, 82-410; íd., íd., 25/6/58, LL, 91-270, y JA, 1959-I-449.

⁷² CNCiv, Sala A, 24/8/54, LL, 77-679; íd., Sala E, 22/3/61, LL, 104-766.

interpretación (que pierde base con el nuevo art. 232) no había prosperado, pues permitir la inspección corporal no implica reconocer nada, sino aceptar que los peritos comprueben por sí mismos, con el auxilio de su ciencia, la verdad material del hecho que se intenta comprobar. La negativa a someterse al examen pericial no autoriza el reconocimiento de viva fuerza, pero puede constituir un elemento de apreciación al dictarse sentencia, según las circunstancias y los demás elementos de juicio acumulados⁷³.

§ 254. **PRUEBA DE TESTIGOS.** – En materia de separación o divorcio asume particular relevancia la prueba de testigos, como que por lo general los juicios de esta índole se resuelven sobre la base de lo que resulta de sus dichos. Se ha considerado que en el juicio de divorcio, cuando se trata de probar hechos ocurridos en la intimidad del hogar, revisten particular importancia las declaraciones de los allegados, sean éstos parientes, amigos íntimos o sirvientes, por lo que no pueden ser considerados testigos objetables en tanto sus declaraciones revelen objetividad y no sean parciales⁷⁴, aunque también se reconoce su natural proclividad a beneficiar a la parte con la que están más relacionados⁷⁵.

El art. 427 del Cód. Proc. Civil y Com., y disposiciones análogas de algunos códigos provinciales, prohíbe ofrecer como testigos a los consanguíneos o afines en línea recta de las partes, prohibición que debe ser aplicada también en los juicios de separación o divorcio.

Cabe hacer notar que algunos códigos provinciales no establecen la mencionada prohibición. Así, en Mendoza (art. 224) rige como principio, pero con exclusión de los casos de filiación o discusión sobre el estado de familia, y en Santa Fe (art. 217) se exceptúan las cuestiones de nacimiento, matrimonio, divorcio o defunción de los parientes. Los códigos de Jujuy (art. 341) y de La Rioja (art. 322) sólo permiten al tribunal dispensar de declarar a los testigos que tuvieren alguna vinculación con las partes que

⁷³ CNCiv, Sala C, 25/9/62, ED, 4-763; íd., Sala D, 9/12/59, LL, 99-805.

⁷⁴ CNCiv, Sala A, 13/9/79, LL, 1979-D-505, y ED, 86-338; íd., íd., 13/7/00, LL, 2000-F-106; íd., Sala B, 9/11/78, JA, 1980-I-59; íd., Sala F, 14/4/97, LL, 1998-E-63; íd., Sala J, 18/2/99, ED, 185-168; íd., Sala L, 30/5/97, LL, 1997-E-34.

⁷⁵ CNCiv, Sala C, 11/7/63, ED, 6-961; íd., Sala D, 12/9/72, ED, 47-199.

les impida expedirse con imparcialidad, y además el primero (art. 344) permite al testigo negarse a declarar si su respuesta puede exponer a parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad a sufrir daño económico, deshonra o proceso penal.

Se ha discutido también la fuerza probatoria de las declaraciones de investigadores privados, sean dueños de las agencias que se dedican a tal actividad o empleados de ellas, cuando los servicios de tales instituciones han sido contratados por uno de los cónyuges para obtener la prueba de la inconducta del otro. El criterio predominante es que no tienen valor por sí solas, pero lo tienen si están corroboradas por otros elementos de juicio⁷⁶; la solución se extiende a los casos en que las agencias emiten informes sobre los mismos puntos⁷⁷.

D) HECHOS A CONSIDERAR EN LA SENTENCIA

§ 255. *HECHOS NO ALEGADOS EN LA DEMANDA PERO QUE SURGEN DE LA PRUEBA.* – Una cuestión que ha motivado controversia es la determinación de si es o no es posible decretar la separación o el divorcio sobre la base de hechos que no fueron invocados en la demanda ni alegados en la oportunidad procesal correspondiente como hechos nuevos, pero que surgen de la prueba producida.

Una importante corriente jurisprudencial y doctrinal sostuvo que en estos juicios (por la naturaleza de las cuestiones que se debaten y por ser su materia de orden público) no es posible aplicar estrictamente las normas procesales ni rigen en toda su amplitud los principios de la litiscontestación; como consecuencia de ello, cabría decretar el divorcio por hechos no alegados en la demanda, o en la reconvencción en su caso, ni como hechos nuevos, pero que resultan de la prueba. Participaban de esta opinión Busso, Acuña Anzorena (quien entendía que la cosa demandada es la separación o el divorcio, mientras que las causales son hechos relativos al derecho de la parte pero que no constituyen el objeto de la ac-

⁷⁶ CNCiv, Sala C, 15/10/76, ED, 72-237; íd., Sala D, 9/6/70, ED, 36-117; íd., Sala F, 12/11/76, ED, 72-208.

⁷⁷ CNCiv, Sala C, 19/5/65, LL, 119-641; íd., Sala D, 7/7/62, ED, 46-783.

ción) y Spota, quien pensaba que no se afecta la garantía de la defensa en juicio, la que está dada por lo contradictorio de las pruebas y por las sanciones penales del falso testimonio. Esta tesis fue aceptada por algunos fallos de la Capital Federal anteriores a 1953, así como por otros de la Suprema Corte y algunas cámaras de apelaciones de la provincia de Buenos Aires, de algunos tribunales superiores provinciales y de otras cámaras de apelaciones.

Otra tesis entiende que el hecho de que la materia sea de orden público no justifica la alteración del régimen procesal en el juicio de separación o divorcio, régimen que también es de orden público, puesto que fue instituido para garantizar la defensa en juicio. Así lo entendieron Rébora, Díaz de Guijarro y Borda. Es la que terminó por triunfar en la jurisprudencia, pues fue adoptada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, cuya doctrina expresa que “no es posible decretar el divorcio sobre la base de hechos que en ninguna forma fueron aludidos en los escritos de demanda y reconvenición ni invocados como hechos nuevos”⁷⁸, y luego por la Suprema Corte de Buenos Aires⁷⁹, el Superior Tribunal de Santa Fe⁸⁰ y otros tribunales provinciales⁸¹. Es la tesis correcta, pues el hecho de que el interés público esté afectado en los juicios de separación o divorcio no puede implicar que se dejen de lado principios procesales destinados a hacer efectiva la garantía constitucional de la defensa en juicio y cuya aplicación es imprescindible para satisfacerla; la producción de prueba sobre un hecho sin dar ocasión a la contraparte de presentar a su vez la prueba de descargo (la cual, en muchos casos, puede destruir a aquélla) no sólo viola los deberes procesales de lealtad, probidad y buena fe, consagrados legalmente, sino que elimina la igualdad de los litigantes, pues si el hecho no es invocado oportunamente, el acusado no puede prever la necesidad de ofrecer la contraprueba.

Pero esa solución no implica que sea indispensable especificar en la demanda todos y cada uno de los hechos comprendidos

⁷⁸ CNCiv, en pleno, 28/12/53, LL, 74-271; JA, 1955-I-410, y ED, 4-770.

⁷⁹ SCBA, 18/11/58, AS, 1958-V-407.

⁸⁰ ST Santa Fe, 20/4/60, *Juris*, 18-35.

⁸¹ C2ªCivCom La Plata, Sala I, 31/8/54, JA, 1955-II-157; *id.*, Sala II, 21/7/50, JA, 1950-IV-788; CCivCom Mar del Plata, 25/8/64, LL, 117-841, 11.652-S; CCivCom Mercedes, 13/8/54, LL, 76-839; CCivCom Rosario, Sala II, 18/5/67, LL, 127-113.

en la causal que se invoca, llegando a la minucia en su narración; basta que se citen algunos como ejemplo y guía de la conducta imputada, pero no pueden omitirse los de cierta gravedad o fisonomía especial, sobre todo si pueden configurar una causal independiente⁸².

§ 256. **HECHOS NUEVOS Y CAUSALES NUEVAS.** – También se ha discutido la posibilidad de invocar en el juicio de separación o divorcio hechos nuevos, esto es, los ocurridos después de promovida la demanda o la reconvención y que pueden constituir causales de divorcio. Díaz de Guijarro entendía que la sentencia debe juzgar el incumplimiento de los deberes conyugales imputado en la demanda, mas no los posteriores, pues es el estado de hecho existente al promoverla el que determina la responsabilidad en el quebrantamiento del vínculo conyugal. La tesis contraria admite la alegación de hechos nuevos, aun cuando configuren causales distintas de las invocadas al promover la acción, sobre la base de considerar que los deberes matrimoniales subsisten en su integridad hasta que se dicte la sentencia, de manera que sus violaciones durante la sustanciación del proceso también deben ser tenidas en cuenta al sentenciar; es el criterio de Borda y Spota, aceptado por la jurisprudencia⁸³.

También se admite que se decrete la separación o el divorcio por una causal distinta de la invocada en la demanda si lo es por el hecho expuesto en ella, ya que el juzgador es quien debe calificar los hechos articulados, y en virtud del principio *iura curia novit* está habilitado para encuadrarlos en una causal diferente si la parte los calificó de manera equivocada⁸⁴.

§ 257. **AMPLIACIÓN DE CAUSALES EN SEGUNDA INSTANCIA.** – Se ha discutido si la parte que ha vencido en primera instancia pero a la cual sólo se le ha admitido alguna o algunas de las causales invoca-

⁸² CNCiv, Sala A, 8/3/79, LL, 1979-C-394; íd., Sala C, 15/4/69, LL, 136-297, y ED, 35-300; íd., Sala F, 3/9/70, ED, 35-321.

⁸³ CNCiv, Sala A, 7/7/67, LL, 127-1161, 15.873-S; íd., Sala B, 27/6/68, LL, 134-54; íd., Sala E, 10/3/66, LL, 123-52.

⁸⁴ CNCiv, Sala B, 2/11/76, ED, 72-250; íd., Sala F, 29/6/66, LL, 125-118, y ED, 17-894; SCBA, 27/11/62, JA, 1963-II-389.

das, tiene derecho de recurrir en apelación para que la sentencia se amplíe incluyendo las demás causales que había invocado. En un fallo se ha expresado tangencialmente que ese derecho no existe pues cada una de la causales invocadas no constituye una pretensión autónoma sino que todas ellas fundamentan una única pretensión: la de que se decrete la separación o el divorcio por culpa de la otra parte. Ello motivó la declaración de que, al haberse dado por probada en primera instancia una de las causales y no la otra, la demanda había sido admitida total y no parcialmente⁸⁵.

E) PECULIARIDADES PROCESALES DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO CONSENSUALES

§ 258. *CAPACIDAD PARA ESTAR EN JUICIO.* – La petición conjunta de separación o divorcio puede ser promovida por los menores emancipados, así como por los interdictos por condena penal. En cambio, no podrían hacerlo los dementes, ni por sí en razón de su incapacidad, ni por medio de su curador, cuyas facultades no alcanzarían para convenir el divorcio.

Una situación peculiar es la del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, pero pudo casarse expresando su consentimiento de otra manera. Aceptado su matrimonio, considero que debe admitirse que los sordomudos acuerden la separación con la asistencia de su curador, y de un curador especial si la curatela general es desempeñada por su cónyuge. Coinciden Lagomarsino, Zannoni, Crespi y Borda, pero disienten Llambías, Escribano y Mancuso, en especial por su falta de aptitud para actuar por sí solo en el proceso y en las audiencias.

§ 259. *PETICIÓN CONJUNTA.* – La petición bilateral de separación o divorcio debe efectuarse en presentación conjunta (arts. 205 y 215, Cód. Civil –texto según ley 23.515–); mas no parece haber inconveniente insuperable en admitir que se presenten dos escritos con igual finalidad (uno de cada cónyuge) si la presentación de ambos es conjunta.

⁸⁵ CNCiv, Sala G, 27/8/91, LL, 1994-B-152.

La presentación puede ser hecha en forma personal o por apoderado, pues la actuación personal sólo es esencial en la primera audiencia.

El patrocinio letrado es obligatorio (art. 56, Cód. Proc. Civil y Comercial). En un principio mediaron discrepancias acerca de si existe la posibilidad de que las dos partes actúen con un único patrocinio letrado. Lo admitieron (en tanto no surjiera controversia entre los esposos) Borda, Lafiandra, Lagomarsino, Mancuso y Zannoni. Lo negaron Escribano, Reimundín, Crespi, Brodsky, Sosa, el VI Congreso Nacional de Derecho Procesal y el Colegio de Abogados de Buenos Aires. Estimo que esta última es la solución acertada no sólo porque al acuerdo inicial puede seguir la controversia, sino también porque cada uno de los cónyuges debe ser aconsejado independientemente sobre la conveniencia de acudir al divorcio consensual o al contencioso, lo que no puede hacer un único abogado. Parecería que actualmente existe consenso en este sentido⁸⁶.

A mayores dificultades ha dado lugar la intervención de los letrados en las audiencias, por la pretensión de algunos magistrados de excluirlos para conversar con los esposos sin su presencia, y según un fallo los jueces pueden disponer la comparecencia individual o conjunta de las partes, sin la presencia de sus letrados, si así lo consideran conveniente para averiguar la verdad de los hechos invocados⁸⁷. Tal exclusión (no admitida por otros tribunales provinciales⁸⁸) fue justamente criticada como lesiva de la dignidad del patrocinio letrado por los colegios de abogados de Buenos Aires y de La Plata.

§ 260. *PARTES.* – En la separación o el divorcio consensual sólo son partes, en principio, los esposos.

La mayor parte de la doctrina admite que la intervención del fiscal es innecesaria, pues no puede constituirse en un fiscalizador del modo como el juez cumple sus funciones, ya que la ley libra a su apreciación la gravedad de los motivos aducidos por las partes.

⁸⁶ CNCiv, Sala A, 3/11/70, *ED*, 34-249; *íd.*, Sala B, 14/12/73, *LL*, 154-655, n° 20; *íd.*, Sala C, 30/8/74, *ED*, 57-692.

⁸⁷ CNCiv, Sala A, 12/8/69, *LL*, 137-153, y *ED*, 29-647.

⁸⁸ ST Entre Ríos, 6/8/69, *LL*, 135-897, y *ED*, 29-451.

Antes de la reforma de 1968, se interpretó que la misión del Ministerio Público Fiscal tenía por objeto evitar la colusión entre los cónyuges violatoria del art. 66 de la ley de matrimonio civil. Aceptados la separación y el divorcio por mutuo consentimiento, su intervención es inútil, puesto que si la petición se funda en el acuerdo de los cónyuges sobre la existencia de causas graves que hacen imposible la continuación de la vida en común, no tendría sentido el control tendiente a evitar una posible colusión.

Sin embargo, en la jurisprudencia de la Capital Federal y de la provincia de Buenos Aires ha prevalecido el criterio contrario. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil decidió que es necesaria la intervención del Ministerio Público Fiscal en los juicios de divorcio tramitados por el régimen del art. 67 *bis* de la ley de matrimonio civil, precedente de los arts. 205 y 215, actuales, del Cód. Civil⁸⁹. Según la mayoría (integrada por los doctores Igarzábal, Vocos, Escuti Pizarro, Alterini, Quiroga Olmos, Coghlan, Gnecco, Padilla, Yáñez y Durañona y Vedia), la ley no limitó la intervención fiscal en los juicios de divorcio a la misión de impedir el acuerdo de partes, ya que interviene en todos los asuntos que afecten el orden público; sus atribuciones consistirían en comprobar la existencia de los requisitos que legitimen la presentación de los cónyuges, la validez de la partida respectiva, la asistencia personal de los cónyuges a las audiencias y su celebración ante el juez, el transcurso de un plazo no menor de sesenta días entre los dos comparendos, y que el contenido de la sentencia se ajusta al régimen legal impuesto en la materia por la ley de matrimonio civil, a más de asegurar el cumplimiento estricto de los alcances de la sentencia en tanto el fallo plenario del 18 de mayo de 1977 resolvió que no era posible decretar el divorcio por culpa exclusiva de uno de los cónyuges.

En cambio, la minoría (formada por los doctores Collazo, Cifuentes, Cichero, Fliess, Carnevale y el autor de esta obra) mantuvo el criterio de que la única misión del Ministerio Fiscal en los divorcios consistía en evitar la confabulación de los esposos para lograrlo por mutuo consentimiento, lo que hacía innecesaria su intervención en los procesos tramitados con arreglo al art. 67 *bis*;

⁸⁹ CNCiv, en pleno, 15/7/77, LL, 1977-D-352; JA, 1967-III-468, y ED, 74-263.

desechó el criterio de que debiera mantenerse para controlar el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en la ley, considerándola a tal efecto superflua por tratarse de circunstancias que no pueden escapar al examen del magistrado o que dependen de la actividad de éste. Juzgó inadmisibles convertir a los integrantes del Ministerio Fiscal en encargados de vigilar la debida actuación de los magistrados de primera instancia, función que no les compete y que iría en desmedro de la autoridad y dignidad de éstos, que quedarían sujetos al control de su desempeño por parte de funcionarios de menor jerarquía. Finalmente, estimó que si se entendiera necesaria su intervención, la jurisprudencia plenaria no podría limitar su actuación, y el juez de la causa no tendría razones para impedir que también se presentara a escuchar las audiencias, alterando el sistema legal que asegura el carácter reservado de éstas.

Igual decisión adoptó la Suprema Corte de Buenos Aires en un fallo, en el cual juzgó subsistentes las normas que establecen la intervención de los agentes fiscales en los juicios de divorcio⁹⁰. Su misión no sería ya la de evitar la colusión sino la de custodiar el cumplimiento de la ley, o el proceso legal debido.

La actual ley orgánica del Ministerio Público mantiene la intervención de los fiscales, sin discriminar entre los juicios de separación o divorcio contenciosos y los consensuales.

En cuanto a los defensores de menores, no se discrepa en el sentido de que son parte cuando deban resolverse cuestiones sobre tenencia, visitas y alimentos de los hijos. Por cierto que ello no implica su intervención en las audiencias, sino solamente antes de que se adopten decisiones relativas a los menores.

§ 261. **AUDIENCIAS.** – El art. 236, párrs. tercero, partes segunda a cuarta, y cuarto, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), reglamenta el procedimiento de la separación o el divorcio consensuales de la siguiente manera: “*Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyu-*

⁹⁰ SCBA, 23/11/76, JA, 1977-II-573, y ED, 72-614.

ges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno...

Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación. Si el resultado fuere negativo el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren”.

Dos audiencias prevé el procedimiento. En la primera, el juez debe oír a las partes, procurar conciliarlas, y en caso de no obtener éxito, instarlas al avenimiento. Su objeto es, pues, que se expongan al magistrado los motivos que llevan a los esposos a requerir la separación o el divorcio, y que aquél intente la conciliación. Por cierto que esos fines no podrán cumplirse sin la asistencia personal de los cónyuges; por lo tanto, la ley exige dicha comparecencia y establece que si no concurren el pedido no tendrá efecto alguno, esto es, que se presume el desistimiento.

La segunda audiencia debe realizarse en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, aunque nada obsta para que, si las partes están de acuerdo, se postergue su realización con el fin de agotar las posibilidades de reconciliación. El objeto de esta segunda audiencia es que el juez se cerciore de que la reconciliación no se ha producido. Superando las discrepancias que planteaba el art. 67 *bis* de la ley de matrimonio civil, el nuevo texto permite la concurrencia personal o por apoderado con mandato especial, lo que excluye la posibilidad de que en ella el juez insista en tratar de lograr la reconciliación.

§ 262. **SENTENCIA Y RECURSOS.** – La sentencia de separación o divorcio por mutuo consentimiento (fuera de los recaudos formales) sólo debe expresar que los motivos aducidos por las partes son lo suficientemente graves para hacer imposible la continuación de la vida en común (art. 236, párr. cuarto *in fine*).

En las circunscripciones judiciales donde existe doble instancia se plantea la discusión acerca de si es recurrible la sentencia

de primera instancia denegatoria de la petición. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió que dicha decisión no es apelable⁹¹. Este criterio (compartido por Zannoni, Bidart Campos, Crespi, Escribano, Goyena Copello, Palacio, Sosa y Yáñez Álvarez) se basa esencialmente en que, por no figurar en las actas los motivos aducidos por los esposos ni en la sentencia las razones de la negativa, no habría forma de expresar agravios ante el tribunal de alzada. Por mi parte, concuerdo con Brodsky, Borda, Lagomarsino, Mancuso y el VI Congreso Nacional de Derecho Procesal en el sentido de que el recurso de apelación debe ser admitido, y que el tribunal de alzada debe convocar a los cónyuges a una nueva audiencia a fin de oírlos y procurar la conciliación. Se trata de una sentencia definitiva que ninguna disposición legal declara inapelable, de modo que no hay razón para negar el recurso, sin que la falta de reglamentación de su trámite impida sustanciarlo en la forma indicada.

Tampoco es obstáculo la falta de fundamentación de la sentencia de primera instancia, pues si bien los cónyuges no podrán refutarla, sí podrán reproducir sus razones ante la cámara de apelaciones; el riesgo de que no lo hagan fielmente es despreciable, pues si en lugar de reiniciar el proceso ante otro juez más benévolo (lo que nada les impide hacer) tienen la lealtad de someterse al criterio que ha de presumirse más acertado de un tribunal superior, es evidente que no han de tratar de engañar a éste.

§ 263. *DESISTIMIENTO*. – Parece claro que si la separación o el divorcio consensuales se fundan en la concurrencia de la voluntad de los dos cónyuges, la desaparición de esa voluntad impide su admisión. En otros términos, el desistimiento de las partes pone fin al proceso. En algunos casos, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil admitió inclusive que se desistiera después de la sentencia, si ella no estaba firme por no haber sido notificada a las partes y al fiscal o por no haber vencido el plazo para recurrir⁹².

Ahora bien, el desistimiento puede ser unilateral. También en ese caso desaparece la voluntad común, por lo que el proceso no puede continuar. Queda por determinar hasta qué momento ese desistimiento puede tener lugar, si hasta la segunda audiencia

⁹¹ CNCiv, en pleno, 20/7/72, LL, 147-392; JA, 15-1972-280, y ED, 43-492.

⁹² CNCiv, Sala A, 3/8/98, ED, 179-613; íd., Sala L, 6/12/99, ED, 186-320.

o hasta el momento mismo de dictarse sentencia. En mi opinión, no sería admisible el desistimiento unilateral posterior a la segunda audiencia ya que con ella concluye la actividad procesal de las partes y sólo resta que el tribunal dicte sentencia, lo que puede hacer aun en el mismo acto.

§ 264. *CONVERSIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO EN CONSENSUAL.* Es posible que, durante la tramitación del proceso contencioso, las partes acuerden transformarlo en consensual. Por cierto, no cabe duda en la admisión de esa posibilidad, pero lo que ha dado lugar a dificultades es el caso en que, después de la conversión, uno de los cónyuges abandone el trámite o desista de él.

Nada obsta a que el desistimiento sea condicional, esto es, sujeto a que se lleve adelante hasta su conclusión el proceso consensual. En tal caso, fracasado éste, podría invocarse el cumplimiento de la condición resolutoria a que el desistimiento estaba sujeto y la consiguiente prosecución del trámite contencioso. Ahora bien, si se ha guardado silencio sobre el punto, debe partirse de que se trata de un desistimiento del proceso, no del derecho, pues este último estaría vedado por el art. 230 del Cód. Civil. Luego, el único problema radica en determinar si puede continuarse el proceso desistido o es necesario iniciar uno nuevo. Un elemental criterio de razonabilidad impone admitir la continuación; de lo contrario, la actitud de mala fe del demandado que acuerda el trámite consensual y posteriormente lo hace fracasar con su apartamiento redundaría en perjuicio para quien se viese obligado a repetir inútilmente procedimientos válidos⁹³.

F) PECULIARIDADES PROCESALES DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

§ 265. *DEMANDA CONJUNTA.* – La posibilidad de que la separación o el divorcio fundados en la separación de hecho sean peticionados conjuntamente por los dos cónyuges también da lugar a

⁹³ En contra, CNCiv, Sala D, 21/9/72, ED, 47-311; id., Sala F, 28/12/77, LL, 1978-D-807, 34.775-S. En el sentido de que es necesaria la reserva del derecho a continuarlo o acuerdo de proseguirlo, CNCiv, Sala E, 16/11/79, LL, 1980-B-437.

dificultades. En contra de esa posibilidad podría aducirse que ella permite a los esposos disfrazar el mutuo acuerdo cuando no se ha cumplido aún el plazo mínimo de duración del matrimonio que la ley exige para que acudan al trámite consensual, como también que, en caso de admitírsela, nada impediría que se formulara aunque el lapso de separación prescripto no se hubiese cumplido. Además, en el ordenamiento procesal vigente en la Capital Federal y en las provincias que lo tienen similar, las acciones fundadas en el derecho de familia estaban excluidas de la disposición que autoriza la demanda y la contestación conjuntas (art. 336, último párrafo –texto originario–, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, y similares de las provincias).

Sin embargo, si el Código admite la eficacia del reconocimiento de los hechos en los juicios de separación o divorcio por separación de hecho (art. 232, texto según ley 17.711), no admitir la petición conjunta sólo implicaría un absurdo ritualismo, ya que al mismo resultado se llegaría con el reconocimiento de los hechos en la contestación, la cual puede presentarse sin necesidad de que la demanda sea notificada, es decir, inmediatamente después del ingreso de ésta. Con el mismo criterio, diversos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil han admitido la demanda y contestación conjuntas por separación de hecho, al estimar que la aplicación del art. 336 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación supone la existencia de una controversia, de manera que es inaplicable en este caso, en el cual no la hay⁹⁴.

§ 266. “**RECONVENTIO RECONVENTIONIS**”. – Si se demanda por el transcurso del plazo legal de separación de hecho y se reconviene por causal subjetiva, cabe la duda acerca de si la parte actora reconvenida puede, a su vez, deducir reconvenición por causa imputable a la parte demandada, esto es, si es admisible lo que se ha dado en denominar con el latinismo *reconventio reconventionis*. El tema reconoce un antecedente en la jurisprudencia que admitió

⁹⁴ CNCiv, Sala B, 19/2/90, LL, 1990-E-119, y ED, 139-447; Sala C, 6/3/97, inédito; íd., Sala D, 14/8/90, ED, 140-57; íd., Sala F, 10/4/90, JA, 1990-III-342; íd., Sala H, 29/3/90, inédito; íd., Sala I, 8/7/99, JA, 2000-II-456. En el ámbito de la Capital Federal, el problema ha desaparecido con la sanción de la ley 25.488 que modifica el art. 336 suprimiendo la prohibición, la cual subsiste en los que lo tomaron como modelo, en tanto no sean a su vez modificados.

que si se demandaba por nulidad del matrimonio y se reconvenía por divorcio, el actor pudiese a su vez reconvenir por divorcio (ver § 247)⁹⁵.

A mi juicio, la duda no está justificada. No necesariamente la parte actora haya invocado la separación de hecho por no tener causa subjetiva para justificar su demanda. También puede haberlo hecho para no ingresar en un pleito enojoso, para evitar el estrépito forense que provoca el divorcio contencioso, o porque creyese difícil demostrar los hechos imputables a la parte demandada. En ese caso, vedar la segunda reconvenición afectaría seriamente su derecho de defensa pues la colocaría en desigualdad frente a su contraria, ya que el resultado podría ser el de condenarla a una sentencia fundada en su culpa sin haber podido invocar y demostrar la culpa de aquélla. Su noble actitud de no discutir culpas recibiría un castigo inmerecido e injusto.

El fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió, con similar criterio, que “el actor reconvenido en un juicio de divorcio o separación personal iniciado por la causal objetiva que contemplan los arts. 204 y 214, inc. 2º, del Cód. Civil, t.o. ley 23.515, puede, a su vez, deducir una reconvenición, sin que, a tal efecto, resulte indispensable que se haya formulado reserva acerca de no haber dado causa a la separación”⁹⁶.

§ 267. **RECONOCIMIENTO DE LA INOCENCIA.** – La interpretación del art. 232 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) plantea otra dificultad, la de determinar si el reconocimiento de los hechos que autoriza se refiere sólo al cumplimiento del plazo de separación de hecho necesario para peticionar la separación o el divorcio, o alcanza también a la inocencia de la parte demandada. Sobre el punto, existen opiniones discrepantes.

En mi opinión, la amplia redacción del artículo permite entender que la parte actora puede reconocer la inocencia alegada por la parte demandada. Esa actitud no sería más que una muestra de hidalguía y no viola ningún principio superior. Por el contrario, si ese reconocimiento no se admitiera, se obligaría a una incondu-

⁹⁵ CNCiv, Sala B, 18/3/66, LL, 122-513; íd., Sala C, 4/4/67, ED, 17-941.

⁹⁶ CNCiv, en pleno, 11/8/98, LL, 1999-F-764; JA, 1998-IV-369, y ED, 179-412.

cente pérdida de tiempo y esfuerzos para demostrar la culpa de la parte actora. Advértase, asimismo, que el propósito del régimen legal vigente es el de evitar el conflicto en la medida de lo posible; por tanto, es contrario a dicho propósito obligar a llevarlo adelante cuando las partes (únicas interesadas en el problema) quieren evitarlo.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

Acuña Anzorena, Arturo, *El divorcio en la ley 2393*, LL, 78-673.

Barroetaña, Diego L., *El divorcio en el derecho argentino*, Bs. As., La Ley, 1967.

Lagomarsino, Carlos A. R., *Juicio de divorcio*, Bs. As., Hammurabi, 1983.

SOBRE CUESTIONES PROCESALES

Arazi, Roland, *Disposiciones procesales de la ley 23.515*, LL, 1987-E-1144.

Aréchaga, Patricia, *¿El defensor oficial puede reconvenir por adulterio? Deber de fidelidad y separación de hecho*, LL, 1995-D-791.

Belluscio, Augusto C., *Intervención en el juicio de divorcio del curador del cónyuge insano*, JA, 1968-VI-175.

Capparelli, Julio C., *La separación de hecho sin voluntad de unirse como causal de divorcio y la reconventio reconventionis*, ED, 173-500.

Crespi, Jorge E., *Divorcio vs. traslado*, DJ, 1988-1-897.

Díaz de Guijarro, Enrique, *Determinación del juez competente para entender en las acciones de divorcio*, JA, 25-1414.

— *La capacidad de la mujer casada menor de edad para estar en juicio*, JA, 1944-II-190.

— *Un problema procesal en materia de divorcio vincular, en sentencia plenaria de cámara*, JA, 1988-III-474.

El Búho, *Lógica y equidad*, ED, 186-320.

Escribano, Carlos, *Demanda, reconversión y hechos nuevos en juicio de divorcio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970.

Fenochietto, Carlos E., *Procedimiento de conversión de la sentencia de separación personal en sentencia de divorcio vincular*, LL, 1987-D-1058.

Guastavino, Elías P., *Jurisdicción internacional en litigios matrimoniales*, JA, 12-1971-713.

Kielmanovich, Jorge L., *La reconventio reconventionis*, JA, 1998-IV-381.

Lloveras, Nora, *Aspectos procesales del divorcio vincular*, JA, 1988-I-814.

Maffía, Jorge O., *El juicio de divorcio*, JA, 1962-I-43, secc. doctrina.

Mastracusa, Graciela - Medina, Graciela, *Conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular por petición unilateral*, JA, 1989-III-801.

- Mizrahi, Mauricio L., *Convergencia de las causales objetivas y subjetivas de divorcio y la "reconventio reconventionis"*, LL, 1993-C-224.
- Novellino, Norberto J., *¿El defensor oficial puede reconvenir?*, LL, 1996-C-113.
- Peralta Mariscal, Leopoldo L., *De lege ferenda, la demanda y contestación conjuntas como un medio idóneo para la obtención de una inmediata sentencia de divorcio por separación de hecho*, JA, 1998-I-757.
- Sambrizzi, Eduardo A., *La presentación conjunta de los cónyuges en el divorcio por separación de hecho, y la convivencia en el mismo domicilio*, ED, 1989-34.
- Sirkin, H. Eduardo, *Los principios procesales vs. la teoría "reconventio reconventionis"*, DJ, 1998-1-902.
- Solari, Néstor E., *Defensor oficial. Imposibilidad de reconvenir en juicio de divorcio*, LL, 1995-E-24.
- Velazco, José R., *Necesidad de notificar al cónyuge no peticionario*, LL, 1988-D-965.
- Xanthos, *El divorcio y las facultades del defensor oficial. La necesidad de uniformar la jurisprudencia*, LL, 1998-B-51.
- *La "reconventio reconventionis". El abandono como causal subjetiva de divorcio*, LL, 1998-A-32.
- Zapata de Barry, Ana M., *El defensor oficial, la verdad objetiva y su capacidad procesal*, LL, 1996-E-1072.

SOBRE MEDIDAS CAUTELARES

- Acuña Anzorena, Arturo, *Las medidas de seguridad acordadas a la esposa como consecuencia de la demanda de separación de bienes*, JA, 65-782.
- *Naturaleza jurídica de los alimentos acordados a la esposa durante el juicio de divorcio y hasta la disolución de la sociedad conyugal*, LL, 17-388.
- Andorno, Luis O., *Publicidad registral del uso de vivienda acordado en juicio de divorcio*, DJ, 1997-2-637.
- Borda, Guillermo A., *En torno a un candente problema, divorcio y vivienda*, LL, 83-1094.
- Chiappini, Julio, *La demanda de exclusión del hogar*, JA, 1992-IV-717.
- Cornejo, Raúl J., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1961.
- *Depósito de la mujer en el propio domicilio conyugal*, LL, 62-770.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *El depósito de la mujer en el juicio de divorcio*, JA, 26-75.
- *El derecho de los padres de visitar a sus hijos*, JA, 24-910.
- *El derecho de visita a los hijos ante las subsiguientes nupcias inválidas contraídas en el extranjero*, JA, 1949-IV-571.
- *El retiro del marido del domicilio conyugal como medida subsiguiente a la demanda de divorcio*, JA, 1947-I-114.
- *La ley de derechos civiles de la mujer y el depósito de la esposa durante el juicio de divorcio*, JA, 28-363.
- *La imputación de los alimentos provisionales en la liquidación de la sociedad conyugal*, JA, 1950-III-49.

- *La inhibición del marido como natural consecuencia de la demanda sobre separación de bienes*, JA, 59-113.
 - *La ley 11.357 y la responsabilidad de la sociedad conyugal por los gastos casuísticos de la mujer en los juicios de divorcio, alimentos, nulidad de matrimonio y separación de bienes*, JA, 46-237.
 - *La prestación de alimentos durante el juicio de divorcio cuando la esposa cuenta con medios propios de subsistencia*, JA, 34-846.
 - *La renovación del concepto de "depósito de la mujer en casa honesta" durante el juicio de divorcio*, JA, 1950-II-454.
 - *Observaciones sobre la naturaleza jurídica de los alimentos que se prestan a la mujer durante el juicio de divorcio*, JA, 68-922.
 - *Suspensión del derecho de visitar a los hijos ante la falta de cumplimiento de la prestación alimentaria*, JA, 28-360.
- Di Lella, Pedro y Di Lella, Pedro (h.), *La ley de protección contra la violencia familiar de la provincia de Buenos Aires*, JA, 2001-II-1258.
- Dutto, Ricardo, *Demanda de exclusión del hogar*, Rosario, Zeus, 1993.
- Escribano, Carlos, *Imputación de los alimentos pasados durante el juicio de divorcio*, LL, 154-1006.
- *Medidas precautorias en juicio de divorcio y separación de bienes*, 2ª ed., Bs., As., Abeledo-Perrot, 1969.
- Fassi, Santiago C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1978.
- Fassi, Santiago C. - Bossert, Gustavo A., *Sociedad conyugal*, Bs. As., Astrea, 1978.
- Garbino, Guillermo R., *Exclusión del hogar conyugal*, ED, 39-1157, y en "Enciclopedia de derecho de familia", t. II, p. 137.
- Grosman, Cecilia P., *Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. I, p. 438.
- Gowland, Alberto J. - Bauchwitz, María de los Á., *El peligro en la demora en las medidas precautorias previas al juicio de divorcio o separación personal*, LL, 1992-E-162.
- Guaglianone, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Bs. As., Depalma, 1965.
- Guastavino, Elías P., *Residencia de la esposa desde la separación judicial provisoria*, JA, 1963-II-281.
- Kielmanovich, Jorge L., *Medidas cautelares en el proceso de familia*, LL, 1996-A-1199.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Cuestiones procesales sobre el pedido de atribución del hogar conyugal*, LL, 1986-B-805.
- Lagomarsino, Carlos A. R. - Uriarte, Jorge A., *Medidas precautorias en los juicios de separación y divorcio*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. III, p. 31.
- Martino, Gloria L., *Un fallo valioso sobre tenencia*, LL, 1998-F-569.
- Masnatta, Héctor, *Suspensión judicial del régimen de visitas por incumplimiento de la obligación alimentaria del progenitor*, JA, 1950-III-672.

- Podetti, Juan R., *Tratado de las medidas cautelares*, actualizado por Víctor A. Guerrero Leconte, Bs. As., Ediar, 1969.
- Raffo Benegas, Patricio - Sassot, Rafael A., *Imputación de los alimentos percibidos durante el juicio de divorcio*, JA, 1971-816, doctrina.
- Rosenbusch, Erwin O., *Litixpensas*, JA, 1943-I-142.
- Sánchez de Bustamante, Miguel, *La patria potestad durante el juicio de divorcio y una vez decretado el mismo*, LL, 88-950.
- Spota, Alberto C., *La separación judicial provisoria de los cónyuges y su residencia*, JA, 1955-III-256.
- Varela de Motta, María I., *Exclusión de un cónyuge del hogar común como consecuencia del juicio de divorcio o de separación de cuerpos*. "Revista Uruguaya de Derecho de Familia", año 1, n° 1, oct. 1987-36.
- Yungano, Arturo R., *La sociedad conyugal y el juicio de divorcio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970.

- Zannoni, Eduardo A., *Caducidad de las medidas precautorias en el juicio de divorcio*, ED, 84-408.
- *Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1977.
- *La exclusión de uno de los cónyuges del hogar durante el juicio de divorcio o separación personal es medida cautelar*, LL, 1988-D-348.
- *La exclusión o el retiro del hogar conyugal durante el juicio de divorcio*, JA, 1976-III-690.

SOBRE PRUEBA

- A.M.S., *Prueba fonográfica en divorcios*, LL, 82-140.
- Bossert, Gustavo A., *Deben otorgarse plenos efectos al allanamiento y a la confesión en el juicio de divorcio*, JA, 1989-III-883.
- Catón, *La prueba fonográfica en juicio de divorcio*, LL, 91-270.
- Colombo, Leonardo A., *La prueba fonográfica y el art. 35 de la ley 14.237, reformatoria del Código de Procedimiento Civil de la Capital Federal*, LL, 77-679.
- Dassen, Julio, *Testimonio de los parientes en línea recta en los juicios de divorcio*, "Revista Jurídica de Córdoba", año 2, n° 7, jul.-sep. 1948-489.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *La improcedencia de la "inspectio corporis" como medio de prueba en el juicio de divorcio*, JA, 1956-II-463.
- *La unidad integral de la prueba en los juicios de divorcio, tanto de la emergente de la litis principal como de sus incidentes y anexos*, JA, 1985-I-784.
- *Los parientes en línea recta como testigos en los juicios de divorcio*, JA, 23-813.
- *Valor probatorio en los juicios de divorcio, de las declaraciones de pesquisantes particulares*, JA, 1948-II-322.
- Escribano, Carlos, *La confesión en juicio de divorcio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1961.
- García de Ghigliano, Silvia S., *Demanda y contestación conjuntas en el juicio de divorcio por separación de hecho*, LL, 1992-C-395.
- Goytía, Ezequiel E., *Demanda conjunta de divorcio por separación de hecho*, JA, 1990-I-777.

- Grosman, Cecilia P., *¿Puede reconocer un cónyuge que el otro no dio causa a la separación en la causal objetiva prevista en el art. 204 y el 214 inc. 2° del Código Civil?*, ED, 158-447.
- Kielmanovich, Jorge L., *Los parientes como testigos en el juicio de divorcio*, LL, 1986-B-824.
- León Feit, Pedro, *Prueba en juicio de divorcio*, LL, 122-809.
- Moreno Dubois, Eduardo E., *Valor probatorio de la correspondencia epistolar en los juicios de divorcio*, LL, 122-132.
- Poviña, Horacio L., *La prueba de confesión y la de las cartas misivas en el juicio de divorcio*, JA, 1957-III-216.
- Quiroga Olmos, Noé, *Las cartas misivas como medio probatorio en la doctrina y en la jurisprudencia*, JA, 1958-I-72, secc. doctrina.
- Sampay, Arturo E., *El hijo testigo en el divorcio de los padres*, JA, doctrina 1970-383.
- Spota, Alberto C., *La prueba mediante cartas misivas en el juicio de divorcio*, JA, 1956-III-140.
- Vidal Taquini, Carlos H., *Aceptada confesión de la culpa en el divorcio*, LL, 1996-C-361.
- Wagmaister, Adriana M., *La inquietante "enmienda" judicial de un proceso de separación de hecho*, LL, 1990-E-119.

SOBRE HECHOS A CONSIDERAR EN LA SENTENCIA

- Alles Monasterio de Ceriani Cernadas, Ana M., *El objeto de la pretensión en los juicios de divorcio controvertido (¿Es inconducente la ampliación de causales en la alzada para el cónyuge ganancioso en primera instancia?)*, LL, 1994-B-152.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *El hecho nuevo y la prueba en el juicio de divorcio*, JA, 1954-I-310.
- *La alegación genérica de la causal de injurias graves en los juicios de divorcio*, JA, 67-866.
- *La prueba en juicio de divorcio sobre causales y hechos no articulados*, JA, 1949-IV-3, secc. doctrina.
- Granillo, Arturo, *Causales de divorcio. Necesidad de que el juez se pronuncie sobre todas las invocadas*, LL, 1979-C-415.
- Hechos anteriores a la demanda de divorcio no articulados en la litis y probados durante el juicio*, ED, 6-385.
- Moreno Dubois, Eduardo E., *Particularidades que presenta la determinación de los hechos litigiosos sobre los que debe recaer sentencia en materia de divorcio*, LL, 127-168.
- Spota, Alberto G., *Causa de divorcio probada en apelación y como hecho nuevo*, JA, 1956-II-182.

SOBRE DIVORCIO CONSENSUAL

- Anastasi de Walger, María L., *El patrocinio en el divorcio por mutuo consentimiento*, "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1969, n° 2-161.

- Ayarragaray, Carlos A., *El artículo 67 bis*, "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1969, n° 4-457.
- Barroetaveña, Diego L., *Divorcio. Reforma civil y procesal*, Bs. As., La Ley, 1969.
- Belluscio, Augusto C., *El divorcio por mutuo consentimiento*, LL, 130-988.
- *Recurso de apelación contra la sentencia que deniega el divorcio por mutuo consentimiento*, LL, 138-255.
- Bendersky, Mario J., *Nuevo régimen consensual de separación personal y divorcio vincular por presentación conjunta de los cónyuges, en el derecho argentino*, LL, 1987-E-734.
- Benedetti, Julio C., *El divorcio por presentación conjunta o común acuerdo instrumental*, "Revista Internacional del Notariado", n° 74-133.
- Bidart Campos, Germán J., *El nuevo divorcio por mutuo consentimiento*, LL, 132-122.
- Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., *El desistimiento en la conversión del divorcio contencioso en mutuo consentimiento*, ED, 72-743.
- Brodsky, David, *La materia procesal en el art. 67 bis de la ley de matrimonio civil*, LL, 135-897.
- Carrillo, Hernán G., *Cara o ceca (¿comparecencia personal a la segunda audiencia del art. 67 bis L.M.C.?)*, Zeus, 34-J-125.
- Cecchini, Francisco C., *Efectos de la incomparecencia a la segunda audiencia prevista en el artículo 238 del C.C. (t.o. ley 23.515)*, JA, 1989-IV-309.
- Cipriano, Néstor A., *El silencio en la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento y el recurso de apelación*, LL, 145-725.
- *La jerarquía del abogado y las audiencias del art. 67 bis de la ley de matrimonio civil*, LL, 136-1516.
- Crespi, Jorge E., *Ley de matrimonio civil*, en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", 4, vol. 1, La Plata, Platense, 1973.
- *Separación personal de los cónyuges por presentación conjunta*, ED, 37-923.
- Escribano, Carlos, *Divorcio consensual*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970.
- Fassi, Santiago C., *Intervención del ministerio fiscal en los procesos de divorcio por presentación conjunta*, LL, 1976-C-291.
- Goldschmidt, Werner, *Jurisdicciones y competencias con respecto a divorcios*, ED, 111-399.
- Goyena Copello, Héctor R., *Divorcio por mutuo consentimiento*, Bs. As., Patrium, 1969.
- *¿Es apelable la sentencia dictada en un juicio de divorcio por mutuo consentimiento?*, LL, 136-1339.
- Hermida, Mario L., *Desistimiento en el divorcio por presentación conjunta (derecho de los cónyuges y facultad del tribunal)*, ED, 98-789.
- *Los letrados y su intervención en los juicios de divorcio del art. 67 bis*, ley 2393, ED, 30-839.
- Lafiandra (h.), Félix, *Divorcio por mutuo consentimiento, la ética profesional y el Colegio de Abogados*, ED, 27-943.
- Lagomarsino, Carlos A. R., *Divorcio por presentación conjunta*, Bs. As., Astrea, 1980.

- Lami, Carlos R., *Trascendencia de la misión del órgano jurisdiccional frente al divorcio por presentación conjunta. Referencia a una presunta reforma legislativa del art. 67 bis de la ley 2393, LL, 1979-A-663.*
- Makianich de Basset, Lidia N., *Algunas cuestiones que plantea el régimen del divorcio por presentación conjunta (art. 67 bis, ley 2393), ED, 114-971.*
- Mancuso, Francisco, *El art. 67 bis de la ley de matrimonio civil*, en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", 4, vol. I, La Plata, Platense, 1973.
- Morello, Augusto M., *Carácter contencioso del proceso de separación personal por mutuo consentimiento, JA, 1968-V-387.*
- Millán, Gustavo M., *El divorcio del art. 67 bis de la ley 2393 y los poderes del juez, JA, 1979-IV-668.*
- Palacio, Lino E., *Acerca de la apelabilidad de la sentencia denegatoria del pedido conjunto de separación personal*, "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1971, n° 3-367.
- Pérez Cortés, Osvaldo J., *El art. 67 bis de la ley de matrimonio civil, la intervención del ministerio público fiscal y el avance divorcista en la legislación argentina, JA, 1976-III-778.*
- Piatigorsky, Santiago, *El problema de la competencia en el juicio de divorcio normado por el art. 67 bis de la ley de matrimonio civil*, "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1972, n° 1-23.
- *La sentencia dictada en el juicio de divorcio por mutuo consentimiento es apelable, LL, 139-937.*
- Reimundín, Ricardo, *El art. 67 bis de la ley 2393 y el régimen del divorcio, JA, doctrina 1972-735.*
- Saggese, Enrique L. - Pérez Cortés, Osvaldo, J., *La intervención del asesor de menores en el juicio de divorcio por causa reservada, JA, 1968-V-771.*
- *La intervención del señor agente fiscal en el juicio de divorcio por causa reservada, JA, 1968-IV-654.*
- Sirkin, H. Eduardo, *Inapelabilidad de la sentencia denegatoria en el proceso voluntario de separación personal, ED, 43-492.*
- *Patrocinio único e intervención del abogado en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento*, "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1970, n° 1-66.
- Sosa, Gualberto L., *El art. 67 bis de la ley de matrimonio civil desde el punto de vista procesal*, "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1970, n° 2-215.
- Spota, Alberto C., *El divorcio consensual y la retractación unilateral, LL, 156-475.*
- Vera Tapia, Mario A., *Procedimiento en segunda instancia de la apelación de la sentencia en juicio de divorcio reglado por el art. 67 bis, LL, 140-915.*
- Yáñez Álvarez, César D., *Divorcio por mutuo consentimiento, inapelabilidad de la sentencia que lo desestima, JA, doctrina 1969-575.*

CAPÍTULO XXIV

EFECTOS DE LA SEPARACIÓN PERSONAL Y DEL DIVORCIO

A) EFECTOS DE LA SEPARACIÓN PERSONAL

1) RESPECTO DE LAS PERSONAS DE LOS CÓNYUGES

§ 268. *SEPARACIÓN PERSONAL.* – Conforme a lo que dispone el art. 201 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), “*la separación personal no disuelve el vínculo matrimonial*”. Su efecto primordial es, pues, la cesación del deber de cohabitación. En cuanto a los otros deberes derivados del matrimonio, cesa también la asistencia en el aspecto espiritual, pero subsiste en parte en el aspecto material, pues –en ciertas condiciones– persiste la obligación alimentaria (ver § 272). En cuanto al deber de fidelidad, la cuestión de su subsistencia requiere examen aparte (ver § 269).

Si los cónyuges se hubieran separado de hecho con anterioridad, o estuviesen separados provisionalmente como consecuencia de la decisión judicial de excluir a uno de ellos del hogar, la separación queda definitivamente legalizada con la sentencia. En caso de que aún permaneciesen viviendo ambos en el hogar, el inocente puede pedir la exclusión del culpable, pues tal exclusión no puede reclamarse sólo por la vía prevista en el art. 231 durante la tramitación del juicio, sino con mayor razón después de la sentencia definitiva que, al decretar el divorcio, impone la separación. Si la

separación es sin culpa, la exclusión debe resolverse según las particularidades del caso.

“Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad” (art. 206, párr. primero, Cód. Civil, texto según ley 23.515).

La ley 23.515 en el art. 236 del Cód. Civil ha introducido también una disposición referente al contenido de la sentencia: *“En los juicios contenciosos de separación personal y de divorcio vincular la sentencia contendrá la causal en que se funda. El juez declarará la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges, excepto en los casos previstos en los arts. 203, 204, párr. primero, y en el inc. 2 del art. 214”*. En rigor, no se trata de que la sentencia “contenga” la causa en que se funda, sino que, como toda sentencia, debe contener fundamentos y expresar por qué causa dispone la separación personal o el divorcio. En cuanto a la declaración de culpabilidad, corresponde cuando la sentencia se funda en la culpa de uno solo de los esposos o de los dos, y cuando, en la fundada en la separación de hecho, se dejan a salvo los derechos del inocente, pero no cuando no media culpa.

§ 269. **DEBER DE FIDELIDAD.** – Hasta la reforma de 1968 no existió uniformidad doctrinal acerca de si subsistía o no el deber de fidelidad después del divorcio.

Según una primera tesis –sostenida, entre otros, por Busso, Borda y Acuña Anzorena–, puesto que continuaban en vigencia todos los derechos y deberes derivados del matrimonio que no atañen a la cohabitación, subsistía también el deber de fidelidad, de modo que cometía adulterio el divorciado que mantuviera relaciones sexuales con un tercero.

Otra teoría, enunciada especialmente por Díaz de Guijarro y Terán Lomas, afirmaba que el deber de fidelidad no subsistía, pues el divorcio de nuestra ley importaba la extinción de todos los derechos y deberes resultantes del matrimonio cuya persistencia no estuviese expresamente establecida; la única distinción con el divorcio absoluto habría estado dada, pues, por la prohibición de contraer nuevo matrimonio. Se hacía mérito también de la idea

de que el deber de fidelidad ulterior al divorcio niega la realidad humana y biológica, al imponer la castidad dando categoría jurídica a normas morales y religiosas; y de un argumento de orden legal –la derogación por la ley de matrimonio civil del art. 208 del Cód. Civil, que establecía que “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”–, derogación que habría implicado la supresión del deber de fidelidad.

La jurisprudencia era unánime en el sentido de la subsistencia, pero discrepó sobre las consecuencias de la infidelidad. En algunos casos se entendió que procedía la sustanciación de un nuevo juicio de divorcio fundado en el adulterio, a fin de poner al inocente en la categoría de culpable, o aun para habilitar al ejercicio de la acción penal. Sin embargo, prevaleció la idea de que no era posible tal segundo juicio de divorcio: la Cámara Nacional en lo Civil decidió que no era admisible la acción tendiente a alterar la calificación de inocencia de uno de los cónyuges con respecto al divorcio ya decretado, en razón de hechos sobrevinientes o no contemplados en el pronunciamiento, sin perjuicio de la alegación de tales hechos a los efectos de privar al cónyuge inocente del divorcio de los derechos que todavía pudieren corresponderle¹. Admitióse así la invocación de la infidelidad posterior al divorcio para habilitar al culpable a solicitar la separación de bienes, para pedir la cesación de los alimentos, o para requerir la prohibición del uso del apellido marital por parte de la mujer. En cuanto a la acción para obtener la privación del derecho hereditario, se entendió que era improcedente, y que la cuestión debía plantearse después de la muerte.

La cuestión quedó zanjada por el art. 71 *bis* de la ley de matrimonio civil, que al establecer que después del divorcio por culpa de uno de los esposos podía el culpable pedir la declaración de *culpabilidad del otro si éste incurría en adulterio, infidelidad o actos de grave inconducta moral*, consagraba la permanencia del deber de fidelidad después del divorcio. Cabe señalar, sin embargo, que para un autor –Zannoni–, al estar desvinculado del derecho a

¹ CNCiv, en pleno, 29/4/65, JA, 1965-IV-163; LL, 118-312, y ED, 10-693.

la prestación del débito conyugal, no se trataría precisamente de un deber de fidelidad sino de continencia sexual.

La reforma de 1968 innovó así con relación a la jurisprudencia anterior, al permitir la invocación genérica de la culpa posterior del inocente para privar a éste de todos los derechos derivados del matrimonio subsistentes después del divorcio, y no para la supresión de cada uno de esos derechos en particular. La diferencia práctica fundamental radicaba en que la acción que la ley autorizaba tenía por consecuencia la privación del eventual derecho hereditario del inocente, lo cual –según la jurisprudencia anterior– no era posible.

Frente a los nuevos textos de la ley 23.515, cabe preguntarse si persiste el deber de fidelidad tras la separación personal. La cuestión puede plantearse en los mismos términos que antes de la ley 17.711. Sin embargo, ha surgido una nueva e importante corriente doctrinal que sostiene que la separación personal –e inclusive la separación de hecho– hace desaparecer el deber de fidelidad. En términos generales, se sostiene que el deber de fidelidad, al estar desvinculado del débito conyugal, se transformaría en un deber de castidad incompatible con la naturaleza humana.

Sin embargo, es de la esencia de la institución de la separación de cuerpos o separación judicial –a la que la ley argentina denomina “separación personal”– que su única consecuencia sea la de suspender el deber de cohabitación y los que están tan estrechamente relacionados con él que no es posible desvincularlos, como el débito conyugal; no así los demás deberes derivados del matrimonio. Por otra parte, a mi juicio existe un nuevo fundamento para la respuesta afirmativa: entre las causas de divorcio está, obviamente, la infidelidad, pues el art. 214, inc. 1, remite al art. 202; y no existe ningún obstáculo legal para que entre cónyuges separados, en lugar de solicitarse la conversión de la separación personal en divorcio, se promueva directamente éste por cualquiera de las causas del art. 202. Por tanto, cabe concluir en que el deber de fidelidad no desaparece por la mera separación personal.

§ 270. *USO POR LA MUJER DEL APELLIDO MARITAL.* – Aun admitido que fuese un deber de la mujer casada llevar el apellido de su esposo (§ 182 y 183), diferían las opiniones acerca de si ese deber subsistía después del divorcio. Borda daba la solución ne-

gativa, fundado en que el deber derivaba de la costumbre, y en que mientras era costumbre generalizada la agregación del apellido marital por las mujeres casadas, no lo era su mantenimiento por las divorciadas. El resto de los autores que sostenían que se trataba de un deber afirmaba que persistía después del divorcio mientras no se expidiese orden judicial de suprimirlo basada en justas causas, en especial cuando razones de orden moral hiciesen considerar deshonrado el apellido del marido por su uso por la esposa divorciada. La jurisprudencia se inclinó en este sentido con el plenario de la Cámara Nacional en lo Civil, que estableció que no bastaba la conformidad del marido para la supresión, de lo que se infería que eran necesarias justas causas².

La ley 18.248 modificó esa solución, consagrando el criterio de Borda, que es conservado por la redacción dada en la ley 23.515 en los siguientes términos:

“Decretada la separación personal, será optativo para la mujer llevar el apellido del marido.

Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer separada el uso del apellido marital”.

Actualmente, no se modifica para nada la situación anterior a la separación, pues tanto antes como después de ésta el agregado del apellido marital es meramente optativo para la mujer (ley 18.248, arts. 8° y 9°, textos según ley 23.515). La única diferencia estriba, pues, en la posibilidad de prohibición de su uso, que se puede imponer a la separada pero no a la casada.

2) PATRIMONIALES

§ 271. *SEPARACIÓN DE BIENES.* – El antiguo art. 1306 del Cód. Civil disponía que, en caso de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho a pedir la separación de bienes, y –concordemente– el art. 74, cláusula segunda, de la ley de matrimonio civil, que “dada la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden pedir la separación de los bienes del matrimonio, con arreglo a lo dispuesto en el título de la sociedad conyugal”. Doctrina y jurisprudencia entendían

² CNCiv, en pleno, 23/12/66, JA, 1967-II-259; LL, 125-156, y ED, 17-107.

uniformemente que en caso de culpa de ambos, cualquiera de los dos podía solicitarla.

Esta solución fue criticada –especialmente por Bibiloni y por Borda–; se sostuvo que el divorcio debía acarrear en todo caso –como ocurre en la mayor parte de las legislaciones– la disolución de la sociedad conyugal, pues no habría sido digno que el cónyuge inocente continuase usufructuando los bienes del culpable al negarse a entregarle su parte en los gananciales. Cabría añadir que, como también el inocente habría podido pedir la disolución en cualquier momento después del divorcio, la ley le permitía aguardar el momento más favorable para hacerlo, beneficiándose con la ulterior actividad económica del culpable, en la cual no habría tenido intervención alguna.

Esa crítica motivó la reforma del art. 1306 del Cód. Civil, por la ley 17.711 –conservada por la ley 23.515–, según la cual la sentencia de separación personal o de divorcio vincular disuelve la sociedad conyugal con retroactividad al día de la notificación de la demanda, retroactividad que tiene pleno efecto entre cónyuges pero no puede perjudicar a terceros de buena fe, es decir, a los que no conociesen la existencia del proceso de divorcio: *“La sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe”*.

A pesar de estar previstas en una misma disposición no son exactamente las mismas; sin embargo, las consecuencias de la separación personal que las del divorcio: la primera somete a los esposos al régimen de separación de bienes (arts. 1299 a 1301, Cód. Civil), en tanto que el segundo extingue todo régimen matrimonial.

La ley 23.515 introduce una disposición tendiente a excluir de la partición a la vivienda ganancial atribuida al cónyuge inocente o enfermo u ocupada de hecho por éste después de la separación, así como a evitar su liquidación, lo que implica hacerlo inalienable: *“Dictada la sentencia de separación personal el cónyuge a quien se atribuyó la vivienda durante el juicio, o que continuó ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, podrá solicitar que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le*

causa perjuicio, y no dio causa a la separación personal, o si ésta se declara en los casos del art. 203 y el inmueble estuviere ocupado por el cónyuge enfermo” (art. 211, párr. primero).

En los casos en que la atribución u ocupación es de un inmueble propio del otro cónyuge, el párr. segundo establece la posibilidad de continuarla mediante el pago de un canon, derecho que es erróneamente calificado de “locación”: *“En iguales circunstancias, si el inmueble fuese propio del otro cónyuge, el juez podrá establecer en favor de éste una renta por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar, fijando el plazo de duración de la locación”*.

Uno y otro derecho cesan por concubinato del beneficiario, injurias graves contra el otro cónyuge, o por desaparición de las circunstancias que los fundaron: *“El derecho acordado cesará en los casos del art. 210. También podrá declararse la cesación anticipada de la locación o de la indivisión si desaparecen las circunstancias que le dieron lugar”* (art. 211, párr. segundo, partes segunda y tercera).

§ 272. **ALIMENTOS.** – La obligación alimentaria subsiste en cierta medida después de la separación personal, pero gobernada por reglas peculiares.

Para los casos de divorcio por culpa de uno de los cónyuges, establece el art. 207 del Cód. Civil, texto según ley 23.515, lo siguiente: *“El cónyuge que hubiera dado causa a la separación personal en los casos del art. 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos. Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta: 1) la edad y estado de salud de los cónyuges; 2) la dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos; 3) la capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado; 4) la eventual pérdida de un derecho de pensión; 5) el patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal. En la sentencia el juez fijará las bases para actualizar el monto alimentario”*.

Para la fijación de los alimentos del art. 207 no es necesario, pues, que el cónyuge inocente carezca de recursos, sino que es su-

ficiente con que los que tenga no le alcancen para mantener el nivel de vida que el matrimonio llevaba antes de la separación.

En los casos de separación motivada por trastornos de conducta, se coloca al cónyuge enfermo en la situación del inocente. El art. 208, párr. primero, establece que *“cuando la separación se decreta por alguna de las causas previstas en el art. 203 regirá, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo anterior en favor del cónyuge enfermo, a quien, además, deberán procurársele los medios necesarios para su tratamiento y recuperación, teniendo en cuenta las necesidades y recursos de ambos cónyuges”*.

El párr. segundo del mismo artículo hace persistir esa obligación tras la muerte del obligado, en los siguientes términos: *“Fallecido el cónyuge obligado, aunque se hubiere disuelto el vínculo matrimonial por divorcio vincular con anterioridad, la prestación será carga en su sucesión debiendo los herederos prever, antes de la partición, el modo de continuar cumpliéndola”*. La disposición es desconcertante, ya que no se ve claro cómo puede ser carga de la sucesión una obligación transmitida del causante a sus sucesores. Lo cierto es que si no se apartan bienes o se arbitran medios para garantizar su cumplimiento, existe un obstáculo para la partición. Además, su carácter de carga —que es propio de las obligaciones nacidas después de la muerte del causante con motivo de la transmisión hereditaria, y no de las originadas anteriormente— implica que no pese sólo sobre los herederos sino también sobre los legatarios, de haberlos.

En los demás casos, y asimismo para el cónyuge culpable, rige la norma del art. 209, que establece: *“Cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación personal, si no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el otro, si tuviera medios, le provea lo necesario para su subsistencia. Para determinar la necesidad y el monto de los alimentos se tendrán en cuenta las pautas de los incs. 1, 2 y 3 del art. 207”*.

Según el art. 210, *“todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que los percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge”*. El concubinato debe ponerle fin, porque de lo contrario podría constituir una vía indirecta para evitar que el nuevo matrimonio —ahora autorizado por la ley, previa conversión de la separación personal en divorcio vincular— extinga

el derecho alimentario. En cuanto a las injurias graves, su apreciación queda librada al criterio judicial.

§ 273. **DERECHO HEREDITARIO.** – Según dispone el art. 3574 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), “*estando separados los cónyuges por sentencia de juez competente fundada en los casos del art. 202, el que hubiere dado causa a la separación no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores. Si la separación se hubiese decretado en los casos del art. 203, el cónyuge enfermo conservará su vocación hereditaria. En los casos de los arts. 204, párr. primero, y 205, ninguno de los cónyuges mantendrá derechos hereditarios en la sucesión del otro. En caso de decretarse la separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro*” (párr. primero y segundo).

El párr. tercero del mismo artículo establece las causas de pérdida del derecho sucesorio, que son similares a las del alimentario: “*En todos los casos en que uno de los esposos conserva vocación hereditaria luego de la separación personal, la perderá si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge*”. Esta disposición clarifica el texto de la ley 17.711, que al referirse al adulterio o a los actos de grave inconducta moral, planteaba serias dudas acerca de este último concepto. No se puede dudar acerca de que estos hechos pueden ser invocados a los fines de la exclusión hereditaria sólo después de abierta la sucesión y que la privación del derecho hereditario puede ser solicitada por cualquier interesado.

§ 274. **REVOCACIÓN DE DONACIONES.** – El art. 212 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), dispone que “*el esposo que no dio causa a la separación personal, y que no demandó ésta en los supuestos que prevén los arts. 203 y 204, podrá revocar las donaciones hechas a la mujer en convención matrimonial*”.

El precepto alude a las liberalidades efectuadas en las convenciones prenupciales, previstas en el art. 1217, inc. 3, del Cód. Civil, que autoriza las donaciones del esposo a la esposa de efecto inmediato, ya que la ley 17.711 derogó el inc. 4 que prevenía las donaciones *mortis causa*. A diferencia de lo que ocurre en otras legisla-

ciones, en las que la revocación se produce automáticamente como consecuencia de la separación o del divorcio, se requiere un acto expreso del cónyuge. Por otra parte, es un derecho conferido al no culpable, de modo que la revocación no es posible en el divorcio por culpa de los dos esposos.

§ 275. **PENSIONES.** – La ley 17.562 –completada por la 23.263– niega derecho a pensión al cónyuge que, por su culpa o por culpa de ambos, estuviere divorciado al momento de la muerte del causante, excepto cuando el divorcio se hubiese decretado según el art. 67 *bis* y uno de los cónyuges hubiera dejado a salvo el derecho de pedir alimentos (art. 1º, inc. *a*).

La disposición alude al divorcio limitado de la ley de matrimonio civil. Aplicada a la separación personal de la ley 23.515, perdería el derecho alimentario el culpable en el divorcio por causas subjetivas, lo mismo que el solicitante en la separación por trastornos de conducta; en la fundada en la separación de hecho, ambos, siempre que se hubiese dejado a salvo la inocencia de uno de ellos; y en la fundada en el mutuo consentimiento, aquel que no haya conservado el derecho a alimentos.

§ 276. **DAÑOS Y PERJUICIOS.** – Es motivo de controversia la cuestión de si corresponde que el cónyuge culpable indemnice al inocente de los daños y perjuicios derivados de la separación o del divorcio en sí o de los hechos que lo configuran. Desde el siglo pasado, la jurisprudencia francesa dio a tal cuestión solución afirmativa, la que fue incluida en varias legislaciones a partir del Código Civil suizo de 1907; en Francia, el criterio jurisprudencial fue llevado a la ley a partir de 1941. Es claro, sin embargo, que la reparación de daños es propia del divorcio fundado en la culpa, por lo que no puede tener lugar en los regímenes jurídicos que contemplan sólo el divorcio por causas objetivas; como también que la importancia del tema ha decaído en los que aceptan causas subjetivas y causas objetivas dada la marcada preferencia por las segundas, trasuntada en la mayor cantidad de divorcios consensuales que de contenciosos.

En nuestro derecho, se inclinaban por su admisión Salas, Acuña Anzorena, Colombo, Zannoni, Mazzinghi, Barbero, D'Antonio y López del Carril, en tanto que la rechazaban Borda y Llambías,

quienes estimaban que implicaría lucrar con la deshonra, en especial en caso de adulterio. A mi juicio, los hechos que pueden dar lugar a la separación o al divorcio culpables son hechos ilícitos, sea por violar obligaciones derivadas del matrimonio, o bien por la propia circunstancia de que dan lugar a dichas sanciones civiles, la cual implica una obligación de abstenerse de ejecutarlos.

En consecuencia, si además de estar comprendidos en las previsiones del art. 202 ocasionan un daño al otro cónyuge, dan nacimiento a la obligación de repararlo. Nada hay de inmoral en tal reparación, pues no se trata de obtener un beneficio sino de resarcirse de los perjuicios ocasionados por la conducta del culpable, sea directamente por los propios actos de éste, sea indirectamente como consecuencia de la separación o del divorcio. La reparación debe incluir, naturalmente, el daño material, así como también el moral.

El reconocimiento de este último dio lugar a discrepancia en el ámbito de la justicia nacional de la Capital Federal. Le puso fin un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, según el cual es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio³. Claro está que la fijación de su monto debe ser cautelosa, no sólo para que no se desvirtúe el carácter indemnizatorio convirtiéndolo en una multa civil, sino también porque ha de apreciarse el contexto de la vida matrimonial, puesto que no es igual la trascendencia espiritual de las ofensas en un matrimonio aparentemente normal que en uno ya minado por las desavenencias. De todos modos, el fallo alude a los daños causados por los hechos constitutivos de las causales y no a los que no derivan de ellos sino de la separación o el divorcio, que pueden ser diferentes.

3) EFECTOS RESPECTO DE LOS HIJOS

§ 277. *TENENCIA DEFINITIVA.* – El art. 206, párr. segundo, del Cód. Civil (texto según ley 23.515), que sustituye al art. 76, de la ley de matrimonio civil, legisla la tenencia denominada “definitiva”.

³ CNCiv, en pleno, 20/9/94, JA, 1994-IV-549; LL, 1994-E-538, y ED, 160-162.

va” –por oposición a la provisional, que se otorga durante el trámite del juicio–, pero que no es inmutable y sólo se mantiene mientras subsistan las condiciones que la motivan.

Respecto de los hijos menores de cinco años, el art. 213 del Cód. Civil, disponía que “quedarán siempre a cargo de la madre”. La ley de matrimonio civil, en su art. 76, tomó ese texto pero le suprimió la palabra “siempre”, con lo que la jurisprudencia entendió que la regla no era inflexible, y que cabía apartarse de ella si lo exigía la salud física o moral de los hijos, por existir causas muy graves que hicieran inhábil a la madre para educarlos, como la vida disipada, el adulterio que implicase peligro moral para los hijos, los malos tratos a éstos, o el desprendimiento voluntario de la tenencia. Ese criterio fue llevado a la ley, primero por la ley 17.711, que introdujo la excepción “salvo causas graves”, y luego por la 23.515, que aclara que esas causas deben ser las que influyan negativamente sobre los menores; la regla vigente expresa que “*los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor*” (art. 206, párr. segundo, parte primera).

Con relación a los mayores de cinco años, el art. 76, segunda parte, de la ley de matrimonio civil, repetía el 213, parte segunda, del Cód. Civil, al expresar: “Los mayores de esa edad, se entregarán al esposo que, a juicio del juez, sea el más a propósito para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido o por la mujer preferente derecho a tenerlos”. Dejaba, así, entera libertad a los jueces para determinar cuál de los cónyuges era el más apto para ejercer la tenencia, respondiendo al criterio de Vélez Sársfield, quien en la nota al art. 213 del Cód. Civil, decía: “Nada tienen que ver las relaciones del marido y de la mujer con la conducta probable que uno y otro observarán con sus hijos. He creído que los hijos y el derecho de tenerlos, no pueden ser objeto de pena al que diese causa al divorcio: que el mejor bienestar de los hijos debe sólo atenderse cuando se trata de la separación personal de los padres”. La ley 17.711 dejó a un lado tan sabio criterio otorgando preferencia al inocente: “Los mayores de esa edad quedarán a cargo del cónyuge inocente, a menos que esa solución fuese inconveniente para el menor; si ambos cónyuges fueran culpables, el juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos, según las circunstancias del caso”. La modificación fue cen-

surada porque si bien los hechos que dan lugar a la separación pueden ser reveladores de la falta de aptitud para dirigir la educación de los hijos, también pueden ser ofensivos para el otro cónyuge pero no afectar dicha aptitud. Por tal motivo, acertadamente la ley 23.515 volvió al criterio del codificador. Ahora el art. 206, párr. segundo, parte segunda y tercera, establece: “*Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos*”.

§ 278. **FILIACIÓN DE LOS HIJOS.** – Hasta la sanción de la ley 17.711, el divorcio no excluía la aplicación de la presunción de paternidad de los hijos de la mujer casada establecida en el art. 245 del Cód. Civil, pero daba derecho al marido a desconocer su paternidad (antiguo art. 250, Cód. Civil). Era derecho exclusivo del marido o de sus herederos formular tal desconocimiento, de manera que la mujer divorciada no podía reconocer como hijos extramatrimoniales a los nacidos después del divorcio sino en el caso de que previamente el marido hubiese desconocido su paternidad (art. 255, Cód. Civil).

Ese inconveniente resultado –que podía implicar que el esposo divorciado se atribuyese la paternidad de hijos que no eran suyos, como efectivamente ocurrió en un caso juzgado en Italia– fue dejado a un lado con la reforma del art. 250 por la ley 17.711, que pasó a expresar: “*Si hubiere juicio de divorcio o nulidad de matrimonio y la mujer tuviere algún hijo nacido después de trescientos días desde que la separación tuvo lugar, no se presume la paternidad del marido salvo que se probare que medió reconciliación privada al tiempo de la concepción*”. Por lo tanto, bastaba con que hubieran transcurrido trescientos días de separación y que se hubiese promovido juicio de divorcio para que la presunción de paternidad del marido no tuviera lugar.

Actualmente, según el art. 243, parte segunda, texto adoptado por la ley 23.264 y modificado por la 23.515, “*no se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal, o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario*”.

B) EFECTOS DEL DIVORCIO VINCULAR

§ 279. **DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL.** – El divorcio vincular, a diferencia de la separación personal, disuelve el vínculo matrimonial (art. 213, inc. 3, Cód. Civil, texto según ley 23.515). Los esposos dejan de ser tales, y cesan todos los derechos y deberes derivados del matrimonio, en tanto no haya norma expresa en la ley que establezca su persistencia.

Según el art. 217 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), “*la sentencia de divorcio vincular producirá los mismos efectos establecidos para la separación personal en los arts. 206, 207, 208, 209, 210, 211 y 212*”. Se aplican, pues, las mismas reglas sobre fijación del domicilio o residencia de los ex esposos, tenencia de los hijos, alimentos, atribución de la vivienda y revocación de donaciones. Pero, además, como consecuencia de la disolución del vínculo los cónyuges recuperan su aptitud nupcial (art. 217, párr. segundo, parte primera).

§ 280. **DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL O EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL.** – El art. 1306, párr. primero, del Cód. Civil (texto según ley 23.515) engloba en una misma disposición las consecuencias de la separación personal y del divorcio respecto de la sociedad conyugal, atribuyéndoles la disolución de ésta. Sin embargo, es obvio que si el divorcio vincular se obtiene por conversión de la separación anteriormente decretada, no puede disolver la sociedad conyugal que ya estaba disuelta. Por lo tanto, son necesarias algunas precisiones.

Si el divorcio vincular se decreta directamente, es cierto que disuelve la sociedad conyugal, pero sus efectos no son los mismos que los de la separación personal; mientras que ésta somete a los esposos al régimen matrimonial de separación de bienes, aquél no acarrea la existencia de un régimen distinto, sino la desaparición de todo régimen.

Si se convierte la separación personal en divorcio vincular, éste pone fin al régimen de separación de bienes al que estaban sujetos los esposos, cesando la aplicación del art. 1300, que reglamenta la contribución de uno y otro al sostenimiento de ellos y de los hijos.

§ 281. **DERECHO HEREDITARIO.** – El derecho hereditario cesa totalmente después del divorcio vincular. Si éste se obtiene por conversión de la separación personal, dejan de aplicarse las normas referentes a él. El art. 217, párr. segundo, parte segunda, del Cód. Civil (texto según ley 23.515) dispone que “*cesará la vocación hereditaria recíproca conforme a lo dispuesto en el art. 3574, último párrafo*”, y éste añade que “*estando divorciados vincularmente por sentencia de juez competente o convertida en divorcio vincular la sentencia de separación personal, los cónyuges perderán los derechos declarados en los artículos anteriores*”.

§ 282. **OTRAS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES.** – La obligación alimentaria persiste a pesar del divorcio vincular, en las condiciones de los arts. 207 a 209 (§ 272). Pero el derecho se pierde, además de las causas previstas para la separación personal, por la celebración de nuevo matrimonio, con el cual sería incompatible. Al respecto, el art. 218 dispone que “*la prestación alimentaria y el derecho de asistencia previsto en los arts. 207, 208 y 209 cesarán en los supuestos en que el beneficiario contrajere nuevas nupcias, viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge*”.

Plantea dudas la subsistencia del derecho a pensión. Del régimen de la ley parece desprenderse su extinción. Así resultaría de que el sobreviviente de los divorciados no puede ser calificado de viudo, pero también de la circunstancia de no haber ya derecho sucesorio *ab intestato* después del divorcio (Cód. Civil, art. 3574, párr. 4º, texto según ley 23.515), y de que la eventualidad de la pérdida del derecho a pensión está prevista entre los elementos a tener en cuenta para fijar los alimentos (art. 207, inc. 4). Es que las soluciones del derecho a pensión son similares a las del derecho hereditario, además de que no parece concebirse otra causa de pérdida eventual del derecho a pensión que el divorcio vincular. Sin embargo, en la causa “Paéz de González”, la Corte Suprema de Justicia resolvió por mayoría que el derecho a pensión del cónyuge inocente subsiste pese al divorcio vincular⁴.

⁴ CSJN, 28/11/93, *Fallos*, 316:2106, y *LL*, 1994-C-647, n° 1730, con disidencia de los doctores Belluscio, Petracchi y Cavagna Martínez.

En cambio, en la causa “Leguizamón de Elías”, lo negó al culpable aun cuando hubiera recibido los alimentos de toda necesidad del art. 80 de la ley de matrimonio civil, equivalentes a los del actual art. 209 del Cód. Civil⁵.

En cuanto a la reparación de los daños y perjuicios, véase § 276.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Acuña Anzorena, Arturo, *El divorcio en la ley 2393*, LL, 78-673.
- Belluscio, Augusto C., *Divorcio vincular de cónyuges separados judicialmente*, en “Derecho de Familia, libro de homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa”, Santa Fe, 1980, y en “Enciclopedia de derecho de familia”, t. II, p. 8.
- D’Antonio, Daniel H., *Efectos jurídicos del divorcio*, Zeus, 20, p. D-67.
- Di Lella, Pedro, *Conversión de la separación personal en divorcio vincular*, en “Enciclopedia de derecho de familia”, t. I, p. 725.
- Hamudis, Alejandro S., *Acerca del deber de fidelidad y la posibilidad de promover una demanda de divorcio por las causales del artículo 202 de la ley 23.515 después de la separación personal*, JA, 1988-IV-893.
- Rodríguez Saa, Adolfo M. - Medina, Graciela - Mastrascusa, Graciela - Coussirat, Graciela, *Divorcio. Conversión, procedimiento y efectos*, Mendoza, Ediciones Cuyo, 1987.

SOBRE EFECTOS PERSONALES

- Álvarez, Osvaldo O., *Acerca de la exigibilidad del deber de fidelidad en la separación personal*, ED, 186-526.
- *Fidelidad conyugal y separación personal*, ED, 167-470.
- Bidart Campos, Germán J., *El apellido marital de la mujer divorciada*, ED, 157-613.
- Chechile, Ana M., *Ininvocabilidad del adulterio cometido luego de la separación de hecho como causal para solicitar el divorcio*, JA, 2000-II-449.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *Carácter definitivo del emplazamiento en el estado de divorciado*, JA, 1965-IV-163.
- *Efecto extintivo del divorcio con respecto al deber de fidelidad*, JA, 1954-I-325.
- *Inexistencia del deber de fidelidad después del divorcio*, JA, 1966-V-495.
- Ortiz, Juan A., *Vigencia del deber de fidelidad no obstante el divorcio y efectos de su incumplimiento por parte del cónyuge inocente*, JA, 1959-V-109, secc. doctrina.

⁵ CSJN, 2/11/95, Fallos, 316:248, con voto de los doctores Belluscio, Petracchi y Bossert, en el cual se insiste en la disidencia de la sentencia anterior.

- Saux, Edgardo I., *La conservación del apellido marital aun después del divorcio vincular*, JA, 1989-IV-381.
- Terán Lomas, Roberto A. M., *La subsistencia del deber de fidelidad entre los cónyuges divorciados*, LL, 67-292.
- Vernengo Prack, Rómulo, *Reiteración de juzgamiento en materia de divorcio*, JA, 1953-IV-36, secc. doctrina.
- Yungano, Arturo R., *Imposibilidad de reiterar el juicio de divorcio y de revisar la calificación hecha*, JA, 1965-V-114, secc. doctrina.
- Zannoni, Eduardo A., *Acerca de la no reiterabilidad del juicio de divorcio, su cosa juzgada e inexistencia del deber de fidelidad entre divorciados*, LL, 124-1340.

SOBRE EFECTOS PATRIMONIALES EN GENERAL

- Nowinxky, Elsa A., *Efectos patrimoniales del divorcio vincular*, La Plata, Platense, 1998.

SOBRE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA

- Bíscaro, Beatriz R., *Atribución de la vivienda familiar para el cónyuge enfermo o inocente de la separación personal o divorcio vincular (fin asistencial de la norma)*, LL, 1987-D-972.
- Capparelli, Julio C., *El derecho de habitación del cónyuge inocente y del enfermo en caso de separación personal o divorcio*, LL, 1989-A-897.
- Crespi, Jorge E., *Bien de familia, su desafectación por divorcio o separación personal*, DJ, 1987-2-961.
- Grosman, Cecilia P., *La vivienda familiar. Efectos de la separación personal o divorcio*, "Revista de Derecho de Familia", nº 1, 1989-15.
- Guastavino, Elías P., *Bien de familia y divorcio*, ED, 127-246.
- Venini, Juan C. - Venini, Guillermina, *El inmueble asiento del hogar conyugal en el artículo 211 del Código Civil (texto según ley 23.515)*, JA, 1987-III-725.

SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS

- Acuña Anzorena, Arturo, *Reflexiones sobre las sanciones jurisprudenciales en el ámbito del derecho de familia*, JA, 176-157.
- *Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio*, LL, 27-212.
- Álvarez, Osvaldo O., *Injerencia de la responsabilidad civil en los temas de derecho de familia*, ED, 173-1089.
- Barbero, Omar U., *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Bs. As., Astrea, 1977.
- *La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio*, ED, 107-925.
- Belluscio, Augusto C., *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, LL, 105-1043.
- *Los daños y perjuicios derivados del divorcio frente a la reforma del Código Civil*, LL, 134-1429.

- Bendersky, Mario J., *El divorcio vincular, nueva causal de exclusión sucesoria del cónyuge superviviente*, ED, 1987-D-972.
- Borda, Guillermo A., *Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio*, ED, 147-813.
- Brebbia, Roberto H., *El daño moral en las relaciones de familia (20 a 24. Daños derivados del divorcio y de la separación)*, en "Derecho de familia", Santa Fe 1990-366.
- Bustamante Alsina, Jorge, *Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. I, p. 763.
- *Divorcio y responsabilidad civil*, LL, 1988-D-376.
- Carrillo, Hernán G., *El precio de la equivocación*, Zeus, 31-D-243.
- Cecchini, Francisco C. - Saux, Edgardo I., *Daños entre cónyuges. Prejudicialidad y responsabilidad civil*, Rosario 1994.
- Cifuentes, Santos, *El divorcio y la responsabilidad por daño moral*, LL, 1990-B-805.
- Colombo, Leonardo A., *Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa*, LL, 89-708.
- D'Antonio, Daniel H., *Acción de daños y perjuicios contra el cónyuge culpable del divorcio*, Zeus, 10-D-33.
- Dutto, Ricardo J., *Indemnización por el daño moral derivado del divorcio*, Zeus, 32-J-284.
- Fernández Ribet, Pedro I., *El daño moral en el divorcio*, DJ, 1998-3-223.
- Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.
- *Resarcimiento de daños en la separación personal y en el divorcio*, "Revista de Derecho Privado y Comunitario", n° 12-303.
- Levy, Lea M. - Wagmeister, Adriana M. - Iñigo de Quidiello, Delia B., *La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges*, LL, 1990-C-900.
- López del Carril, Julio J., *Acción resarcitoria de daños y perjuicios fundada en la culpabilidad e independiente de la prestación alimentaria en el divorcio*, en "El derecho de familia en la problemática contemporánea", Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1968.
- Makianich de Basset, Lidia N., *Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio*, ED, 115-844.
- *Vocación alimentaria post-separación personal o divorcio y reparación de los perjuicios*, LL, 1991-B-849.
- Mazzinghi, Jorge A., *El fallo plenario sobre daño moral en el divorcio*, ED, 162-959.
- Medina, Graciela, *Daños y perjuicios derivados del divorcio (evolución jurisprudencial. En espera de un plenario)*, JA, 1994-IV-837.
- Méndez Costa, María J., *Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos*, en "Derecho de daños", Bs. As., 1989-637.

- Mizrahi, Mauricio L., *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil*, LL, 1996-D-1702.
- *Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios en el divorcio*, JA, 1993-II-338.
- Molina Quiroga, Eduardo, *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, LL, 1995-B-334.
- Mosset Iturraspe, Jorge, *Los daños emergentes del divorcio*, LL, 1983-C-348.
- Pagano, Luz M. - Giménez, Luis A., *Daño moral en el divorcio por culpa de ambos cónyuges*, JA, 1997-I-938.
- Perrot, Celina A. - Romano, Claudio G., *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio*, LL, 1991-D-1016.
- Rivera, Julio C., *Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio. ¿Permite el plenario las indemnizaciones de equidad?*, JA, 1994-IV-576.
- Roveda, Eduardo G. - Sarquis, Lorena, *Daños y perjuicios entre cónyuges*, DJ, 1997-3-1993.
- Salas, Acdeel E., *Indemnización de los daños derivados del divorcio*, JA, 1942-II-1011.
- Sanz, Carlos R., *Los daños derivados del divorcio. Precisiones metodológicas en torno a un plenario inevitable, con un epílogo para abogados*, ED, 146-98.
- Suares, Roberto C., *Responsabilidad civil del cónyuge culpable de la separación personal y del divorcio vincular*, ED, 139-269.
- Spota, Alberto G., *Daño moral en el adulterio*, ED, 139-397.
- Taraborrelli, José N., *¿Son resarcibles los daños causados a los hijos por el divorcio en sí?*, JA, 1991-III-346.
- Uriarte, Jorge A., *Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges*, LL, 1991-D-216.
- Zabala, Liliana A., *Criterios de atribución de responsabilidad por los hechos que dieron lugar al divorcio*, LL, 1991-E-904.
- Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños, 2b, Daños a las personas (pérdida de la vida humana)*, § 72 (*El daño patrimonial en el supuesto de separación personal o de divorcio vincular*), § 73 (*El daño moral*) y § 74 (*La hipótesis de nuevo matrimonio del cónyuge sobreviviente*), Bs. As., Hammurabi, 1996.
- Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1993, § 55, f (Viudo o viuda separados de cuerpos o divorciados).
- *Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, JA, 1994-II-822.

SOBRE ALIMENTOS Y PRESTACIONES COMPENSATORIAS

- Alles Monasterio de Ceriani Cernadas, Ana M., *El derecho alimentario del cónyuge inocente. Su cesación o reducción. Causas*, LL, 1992-C-413.
- Álvarez, Osvaldo O., *Las causales de cesación del derecho alimentario a favor del inocente, mediando divorcio vincular*, ED, 183-85.

- Capparelli, Julio C., *El derecho de habitar el hogar conyugal atribuido en juicio de divorcio y su protección jurídica*, ED, 172-207.
- Escribano, Carlos, *La pérdida definitiva de los alimentos asignados al cónyuge culpable*, LL, 1989-D-1128.
- Fanzolato, Eduardo I., *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio*, Bs. As., Depalma, 1981.
- Fleitas Ortiz de Rozas, Abel M., *Caducidad o subsistencia de un convenio de alimentos anterior al juicio de divorcio*, DJ, 19967-2-1334.
- Grosman, Cecilia P., *Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados*, LL, 1982-A-750.
- Makianich de Basset, Lidia N., *Los alimentos regulados por el art. 209, Código Civil, t.o. ley 23.515, y aquellos del art. 80 de la derogada ley 2393*, ED, 140-975.
- *Vocación alimentaria post-separación personal o divorcio y reparación de los perjuicios*, LL, 1991-B-849.
- Marín García de Leonardo, Teresa, *La temporalidad de la prestación compensatoria*, Valencia, 1997.
- *Soluciones económicas en las situaciones de crisis matrimonial, la temporalidad de la pensión compensatoria en España*, en "El derecho de familia y los nuevos paradigmas", Santa Fe, 1999, t. II, p. 85.
- Mizrahi, Mauricio L., *El régimen de alimentos para cónyuges divorciados y los acuerdos en el divorcio consensual*, LL, 1997-D-1163.
- Vidal Taquini, Carlos H., *El juicio de alimentos y el derecho del marido inocente del divorcio*, LL, 1984-B-237.
- Zannoni, Eduardo A., *Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1977.

SOBRE EFECTOS RESPECTO DE LOS HIJOS

- Díaz de Guijarro, Enrique, *El derecho de los padres de visitar a sus hijos*, JA, 24-910.
- *El interés familiar y el interés social en las cuestiones sobre tenencia compartida de los hijos, en hipótesis de nulidad matrimonial y de divorcio*, JA, 1989-I-979.
- *Las limitaciones del derecho de los padres de visitar a los hijos*, JA, 25-1046.
- Fleitas Ortiz de Rozas, Abel M., *El ejercicio de la patria potestad en caso de separación*, LL, 1997-A-127.
- Gowland, Alberto J., *Tenencia de hijos, criterios de atribución*, LL, 1984-C-921.
- Granillo, Arturo, *Efectos del divorcio, guarda de los hijos mayores de cinco años*, LL, 1980-C-104.
- Grosman, Cecilia P., *La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia*, LL, 1984-B-806.
- Iñigo, Delia B., *Una acertada decisión judicial sobre patria potestad compartida*, LL, 1999-D-477.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La culpa en el divorcio y la tenencia de los hijos mayores de cinco años*, LL, 1975-D-258.

- Levaggi, Patricia A., *El ejercicio de la patria potestad ante la separación de los padres*, JA, 1999-II-696.
- Llambías, Jorge J., *Divorcio y tenencia de hijos menores*, LL, 1975-A-131.
- Martino, Gloria L., *Un fallo valioso sobre tenencia*, LL, 1998-F-569.
- Medina, Graciela - Mastracusa, Graciela, *Divorcio y adopción*, JA, 1988-IV-841.
- Novellino, Norberto J., *Los menores ante el matrimonio y el divorcio vincular según el nuevo régimen de la ley 23.515*, LL, 1988-A-749.
- Raffo Benegas, Patricio - Sassot, Rafael A., *La tenencia de los hijos y el divorcio*, JA, doctrina 1971-811.
- Zannoni, Eduardo A., *La autonomía privada en la solución de conflictos familiares (6. El ejercicio compartido de la patria potestad sobre los hijos no obstante la separación personal o el divorcio)*, en "Derecho de familia", Santa Fe, 1990-194.

CAPÍTULO XXV

RECONCILIACIÓN

§ 283. *CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.* – El art. 234 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), establece lo siguiente:

“Se extinguirá la acción de separación personal o de divorcio vincular y cesarán los efectos de la sentencia de separación personal, cuando los cónyuges se hubieren reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción. La reconciliación restituirá todo al estado anterior a la demanda. Se presumirá la reconciliación si los cónyuges reiniciarán la cohabitación.

La reconciliación posterior a la sentencia firme de divorcio vincular sólo tendrá efectos mediante la celebración de un nuevo matrimonio”.

La reconciliación es la restitución del estado normal del matrimonio cuando dicho estado se ha roto en virtud de la desavenencia resultante de existir causales de separación personal o divorcio, o cuando la separación ha sido decretada.

Respecto de su naturaleza jurídica, para Lagomarsino se trata de un contrato de derecho de familia y Díaz de Guijarro lo enuncia entre los actos jurídicos familiares bilaterales. No es una cosa ni la otra; no es contrato de derecho de familia porque no reconoce la existencia de tal categoría de actos (ver § 38), ni es acto jurídico familiar por carecer del fin de establecer relaciones jurídicas. Es un acto real, acto lícito que no procura un resultado jurídico sino uno material o de hecho –la reunión de los esposos separados o desavenidos– y al cual la ley adscribe consecuencias jurídicas (ver § 29).

Como acto real es: *a)* bilateral, pues requiere el consentimiento de ambos cónyuges, sin que baste el perdón de uno para que

tenga lugar si no concurre la voluntad del ofensor a restituir en su plenitud las relaciones conyugales¹; b) no formal, pues la ley no exige determinada forma para que se produzca; c) expreso (p.ej., presentación de un escrito)² o tácito, cuando deriva de la reanudación de la cohabitación antes interrumpida, y d) puro y simple, pues no cabe la reconciliación sujeta a modalidades.

§ 284. *CASOS EN QUE SE PRODUCE.* – Si los esposos se hallan separados, el efecto normal de la reconciliación es la reanudación de la vida en común; según el art. 234, párr. primero, parte segunda, la reanudación de la cohabitación interrumpida hace presumir la existencia de reconciliación. Tal presunción es *iuris tantum* y cede si la prueba demuestra que no se complementa con la intención de restablecer la vida normal del hogar³. La cohabitación a que la ley alude es la restauración del *consortium omnis vitae*, sin que baste la momentánea aproximación sexual ni la mera tolerancia o concesión social⁴; es el restablecimiento del hogar común. No basta la unión sexual si no se produce dicho restablecimiento. La aplicación de la presunción legal requiere que la cohabitación haya sido interrumpida por separación judicial o de hecho, y no rige en caso de haberse continuado la vida en común después de los agravios, puesto que puede obedecer a otros motivos⁵.

La reconciliación no resulta sólo de la reanudación de la cohabitación. Puede surgir de otros hechos, los que deben ser apreciados en cada caso sin que sea posible establecer reglas generales. Aun puede haber reconciliación sin reanudación de la cohabitación, si motivos especiales justifican la separación de hecho⁶.

§ 285. *OPORTUNIDAD PARA ALEGARLA.* – La reconciliación tiende al mantenimiento del vínculo conyugal, se ha estimado que es de

¹ CNCiv, Sala D, 22/4/81, *LL*, 1981-D-480, y *JA*, 1982-I-58; *id.*, *id.*, 17/5/83, *JA*, 1984-II-661, y *ED*, 106-235; *id.*, Sala F, 10/6/79, *JA*, 1980-I-420.

² CNCiv, Sala B, 26/9/90, *LL*, 1991-A-29; *id.*, Sala F, 8/6/81, *ED*, 98-464.

³ CNCiv, Sala B, 28/2/78, *JA*, 1979-III-134, y *ED*, 85-335; *id.*, Sala D, 21/12/61, *LL*, 106-385; *id.*, *id.*, 15/11/61, *LL*, 109-514.

⁴ CNCiv, Sala F, 10/6/79, *JA*, 1980-I-420.

⁵ CNCiv, Sala B, 11/12/79, *ED*, 87-233; *id.*, Sala D, 22/4/81, *LL*, 1981-D-481, y *JA*, 1982-I-58; *id.*, Sala E, 15/8/78, *JA*, 1980-II-457; *id.*, Sala F, 12/12/68, *LL*, 135-556, y *JA*, 2-1969-470; CCivCom San Isidro, Sala I, 22/6/99, *ED*, 185-99.

⁶ CNCiv, Sala D, 13/12/57, *LL*, 89-681, y *JA*, 1958-II-460.

orden público y puede ser alegada en cualquier estado del juicio, mas no como excepción de previo y especial pronunciamiento. Puede invocarla el Ministerio Público y hacerla valer el juez de oficio.

La reconciliación anterior a la contestación de la demanda, sin embargo, sólo puede ser alegada en ésta, pues su carácter de orden público no implica que como defensa pueda ser opuesta en cualquier momento, ya que el orden público también exige dar a los litigantes las garantías indispensables del debido proceso⁷. Pero si es posterior a la contestación, puede ser alegada en cualquier estado del juicio, por la vía de los incidentes; la existencia de un incidente de reconciliación obsta a que se dicte sentencia en el juicio de separación o de divorcio, por lo que, en caso de hallarse en estado de dictarla, debe ser suspendido hasta la resolución del incidente.

§ 286. *PRUEBA.* – La carga de la prueba de la reconciliación incumbe al que la alega⁸, pero si se prueba la cohabitación, quien afirma que ella no importó efectiva reconciliación debe probarlo⁹.

La prueba puede hacerse por todos los medios, inclusive la sola confesión de los cónyuges, pues no es aquí de aplicación el art. 232 del Cód. Civil (texto según ley 23.515)¹⁰.

§ 287. *EFFECTOS.* – La reconciliación anterior a la sentencia de separación o divorcio extingue la acción tendiente a obtenerlos (art. 234, parte primera). Obsta, pues, a que se decrete la separación o el divorcio en virtud de los hechos anteriores a ella. Pero en caso de que se incurra en nuevos hechos que configuren causales del art. 202 con posterioridad, se discute si los anteriores pueden ser invocados luego. Para una tesis, sólo puede probarse la conducta anterior como explicación y antecedente de las causales posteriores¹¹; para otra, que predomina en la jurisprudencia, si hay nuevos actos de inconducta, los hechos anteriores pueden ser invocados junto a éstos, pues los nuevos agravios hacen revivir los an-

⁷ CNCiv, Sala A, 2/9/86, *LL*, 1986-E-76, y *JA*, 1987-III-611; íd., Sala F, 13/11/86, *LL*, 1987-E-204.

⁸ CNCiv, Sala F, 10/5/79, *JA*, 1980-I-420, y *ED*, 85-340.

⁹ CNCiv, Sala C, 22/10/52, *RepLL*, XV-333, n° 65, y *GF*, 207-93.

¹⁰ SCBA, 7/10/80, *DJBA*, 119-894; ST San Luis, 24/2/99, *LLGranCuyo*, 2000-392.

¹¹ CNCiv, Sala C, 27/5/82, *JA*, 1983-IV-521; íd., Sala D, 13/11/63, *LL*, 114-708; *JA*, 1964-IV-630, y *ED*, 9-770.

teriores, pero no puede decretarse la separación o el divorcio por éstos como causales únicas¹².

El resultado práctico es siempre el mismo: como simple antecedente de la conducta ulterior o como causales de separación o divorcio renovadas por las posteriores, los hechos anteriores a la reconciliación no pueden por sí solos fundar la sentencia. Si se opera durante la sustanciación del juicio, la reconciliación deja sin efecto las medidas cautelares respecto de las personas de los cónyuges, de los hijos y de los bienes, restablece la vocación hereditaria de los esposos separados y mantiene sin alteraciones la vigencia de la sociedad conyugal.

En cuanto a la reconciliación posterior a la sentencia de separación personal, hace cesar los efectos de ésta y restituye todo al estado anterior a la demanda (art. 234, parte primera y segunda); renacen los deberes y derechos conyugales que como consecuencia de la separación se habían extinguido o atenuado. Acerca de la invocación de los hechos que motivaron la separación en una demanda posterior, resultan aplicables las mismas soluciones que en el caso de reconciliación sin sentencia con respecto a los agravios anteriores.

En cambio, carece de efectos jurídicos la reconciliación posterior al divorcio vincular; para que los produzca es necesaria la celebración de un nuevo matrimonio (art. 234, párr. segundo).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Acuña Anzorena, Arturo, *El divorcio en la ley 2393*, LL, 78-673.
 Álvarez, Osvaldo O., *Reconciliación mediando sentencia de divorcio*, ED, 164-607.
 Lagomarsino, Carlos A. R., *Algunas consideraciones sobre la reconciliación matrimonial*, LL, 111-616.
 — *Juicio de divorcio*, Bs. As., Hammurabi, 1983.
 Lloveras, Nora, *Divorcio y reconciliación. Efectos patrimoniales de la reconciliación entre cónyuges divorciados*, JA, 1984-III-755.
 Medina, Graciela, *Reconciliación*, en "Enciclopedia de derecho de familia", t. III, p. 424.
 Wagmeister, Adriana M., *Un caso práctico de hermenéutica. Reconciliación por continuación de habitación*, LL, 1984-D-301.

¹² CNCiv, Sala A, 17/12/70, LL, 145-376, n° 27.967-S; íd., Sala B, 7/3/69, JA, 3-1969-255; íd., Sala C, 26/4/84, ED, 110-591; íd., Sala D, 3/8/81, ED, 95-687; íd., íd., 18/11/81, JA, 14-1972-371; íd., Sala E, 6/6/88, ED, 131-443.

CAPÍTULO XXVI

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

§ 288. *COMPETENCIA INTERNACIONAL.* – La ley argentina no contiene ninguna disposición específica acerca de la competencia internacional para entender en los juicios de separación personal o divorcio vincular. Es, pues, aplicable la misma regla que rige la competencia en el orden interno, el art. 227 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), según el cual “*las acciones de separación personal, divorcio vincular... deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado*”.

Cabe aplicar a esta disposición los mismos criterios interpretativos sentados respecto del antiguo art. 104 de la ley de matrimonio civil. Por tanto, la norma es de orden público interno pero no de orden público internacional.

En consecuencia, no es prorrogable la competencia de los tribunales argentinos en favor de los extranjeros. Pero, a pesar de ello, se ha considerado que sí lo es la de los extranjeros en favor de los nacionales¹, así como también que si los dos esposos se han radicado separadamente en la Argentina, debe rechazarse la excepción de incompetencia fundada en que el último domicilio conyugal estuvo en el extranjero²; esta última excepción queda ahora

¹ CCivCom Rosario, Sala IV, 7/9/71, JA, 12-1971-709, y ED, 42-685.

² CNCiv, Sala C, 11/7/55, RepLL, XVIII-170, n° 46, y GF, 214-437.

claramente comprendida en el segundo término de la opción conferida por el art. 227.

Para la determinación de la competencia internacional en nada juega el lugar de celebración del matrimonio ni la nacionalidad de las partes; la competencia de los tribunales argentinos surge cuando los esposos radican su domicilio en el país o cuando el domicilio del demandado está en la Argentina. Sin embargo, una excepción resulta del art. 161, párr. segundo, del Cód. Civil, para la conversión de la separación personal en divorcio vincular. Establece dicha disposición que *“el matrimonio celebrado en la República cuya separación personal haya sido legalmente decretada en el extranjero, podrá ser disuelto en el país en las condiciones establecidas en el art. 216, aunque el divorcio vincular no fuera aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación”*. Aunque la norma no lo expresa claramente, parece claro que para su aplicación basta con que quien peticiona la conversión tenga su domicilio en el país, aunque no haya estado aquí el domicilio conyugal ni se domicilie el otro cónyuge.

Los tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo también adoptan el sistema del domicilio matrimonial para la determinación de la competencia, pero en caso de separación de hecho no rige el último domicilio común sino el del marido.

Así, en el de 1889, el art. 62 establece que *“el juicio sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y, en general, todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos (entre los cuales, obviamente, está comprendido el de separación personal), se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal”*; y el art. 8° que *“el domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y en defecto de éste, se reputa por tal, el del marido. La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro”*.

En el de 1940, la regla del art. 8° se desdobra en dos disposiciones. El art. 8° dice: *“El domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde viven de consuno. En su defecto, se reputa por tal el del marido”*; y el 9°: *“La mujer separada judicialmente o divorciada, conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro. La mujer casada abandonada por su marido conserva el domicilio conyugal, salvo que se pruebe que ha constituido por separado, en otro país, domicilio propio”*. A su vez, el art. 59 repite

en su párr. primero el texto del anterior art. 62, pero añade un párr. segundo, que expresa: "Si el juicio se promueve entre personas que se hallen en el caso previsto en el art. 9º, será competente el juez del último domicilio conyugal". De tal modo, a la regla del domicilio conyugal o, en su defecto, el del marido, se agrega solamente la excepción del supuesto de separación judicial o abandono de la mujer, casos en los cuales rige la competencia de los tribunales del último domicilio común.

§ 289. *SEGUNDO MATRIMONIO EXTRANJERO DESPUÉS DEL DIVORCIO DECRETADO POR TRIBUNAL INCOMPETENTE.* – Hasta la admisión del divorcio vincular por la ley argentina, fue frecuente la celebración de segundo matrimonio en el extranjero después de la disolución del primero por divorcio decretado por tribunal incompetente en la esfera internacional. Dichos segundos matrimonios se contraían personalmente o por apoderados en algunos países que los admitían, y su elevado número hizo de estos supuestos un grave problema jurídico y social.

La doctrina difirió acerca del tratamiento que debía darse en el país a tales matrimonios, y se dividió en tres posiciones básicas:

a) La de que el segundo matrimonio era inexistente (o bien cuasiinexistente, es decir, que sus consecuencias eran las mismas que si fuese inexistente), sostenida por Legón, Lazcano, Molinarío, Borda, Bidart Campos y Goldschmidt. Creada por Legón con el criterio de que los actos celebrados en el extranjero no pueden ser anulados en virtud de disposiciones internas del país, fue desarrollada por Molinarío; entendía este último autor que, en tal caso, además del impedimento de ligamen se violaba el sistema de derecho internacional al que están voluntariamente sometidas las personas domiciliadas en el país, por lo que habría cabido la acción de inexistencia sobre la base de lo dispuesto en el art. 18 del Cód. Civil, que niega todo efecto a los actos prohibidos por las leyes que no tengan prevista sanción expresamente. En la jurisprudencia, esta teoría fue adoptada por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en pleno, con el fin de desechar la posibilidad de aplicar sanción penal por el delito de bigamia a los contrayentes de tales matrimonios³; también la aceptaron algunos fallos de

³ CNCrimCorr, en pleno, 21/8/59, LL, 97-680.

la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil y de la Suprema Corte de Buenos Aires, tribunales éstos que luego variaron su doctrina.

b) La de que el segundo matrimonio era nulo, por aplicación de los arts. 9º, inc. 5, y 84, de la ley de matrimonio civil, equivalentes de los actuales arts. 166, inc. 6, y 219 del Cód. Civil. Pero las consecuencias de considerarlo viciado de nulidad variaban según se tratase de autores que propiciaban la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales o de quienes la negaban. Los primeros –como Fassi y Díaz de Guijarro– entendían que la acción de nulidad se extinguía por aplicación del art. 86 de la ley de matrimonio civil (art. 239, Cód. Civil) y estaba sujeta a la legitimación activa del art. 84 (art. 219, Cód. Civil); los segundos –entre ellos Spota, Mazzinghi y Buteler– negaban la posibilidad de consolidación en este caso, y admitían la declaración de la nulidad de oficio por los jueces. Los fundamentos de la solución eran dispares, pero en general puede decirse que estos autores consideraban que se trataba de un problema de validez y no de existencia del matrimonio, ya que en definitiva lo que había que juzgar era una violación del impedimento de ligamen similar a la producida cuando el segundo matrimonio es celebrado en el país. En la jurisprudencia, la tesis de la nulidad fue admitida por otras salas de la Cámara Nacional en lo Civil, por la Suprema Corte de Buenos Aires y por la Cámara Nacional del Trabajo.

c) La de que el segundo matrimonio no era inexistente ni nulo, pero que carecía de eficacia extraterritorial o de validez internacional con relación a nuestro país, donde debía negársele la producción de efectos. Surgió esta tesis por ideas expuestas independientemente por el doctor Argentino G. Barraquero como juez de la Cámara Nacional en lo Civil, y por el profesor uruguayo Quintín Alfonsín, quienes coincidieron en afirmar que no correspondía declarar nulos ni inexistentes a estos matrimonios, sino desconocerles validez en el país. Barraquero sostuvo que lo que debía juzgarse era la validez, y no la nulidad de esos matrimonios, pues no cabe la declaración de nulidad fundada en normas nacionales con respecto a matrimonios contraídos en el extranjero, y encontró apoyo en el art. 13 del Tratado de Montevideo de 1940, que faculta a los Estados signatarios a desconocer los matrimonios celebrados en otro país con determinados impedimentos, pero no a anularlos. Alfonsín distinguía entre la invalidez internacional del matrimonio

que se regula por la ley del lugar donde él se contrajo, y el desconocimiento de la validez internacional, regido por la ley del país de juzgamiento; la invalidez internacional tiene pretensión extraterritorial –es decir, que se dicta una sentencia cuya eficacia se pretende que sea reconocida *urbi et orbi*–, en tanto que el desconocimiento de la validez sólo tiene efecto territorial y puede fundarse en cualquier motivo que se estime de orden público internacional, como en este caso la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

Esta tesis fue aceptada en varios fallos de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil, y luego por la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Rosario. Al juzgar en materia previsional, y revocando una decisión de la Cámara del Trabajo, también la admitió la Corte Suprema de Justicia en el caso “Rosas de Egea” y en otros posteriores⁴. Dijo el alto tribunal que, planteada la validez en nuestro país de un matrimonio celebrado en el extranjero a pesar de mantenerse el vínculo resultante de otro anterior celebrado en la República, las autoridades nacionales tienen facultad para desconocerle valor dentro del territorio del país sin necesidad de obtener su nulidad. Consideró que si bien el acto puede ser válido según las leyes del país en que se celebró, al cual no puede serle impuesto el régimen jurídico argentino, nuestro país no debe aceptar su extraterritorialidad si se opone a sustanciales principios de orden público interno e internacional de nuestro derecho positivo. Indicó también la diferencia entre tal situación y la nulidad, e hizo constar que a igual solución se llegaría por aplicación de los tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo (art. 11 del de 1889, y art. 13 del de 1940), que permiten a un país negarse a reconocer el matrimonio celebrado en el extranjero cuando hubo uno anterior en ese país, pese al principio general de que la existencia y validez del matrimonio se rigen por la ley del lugar de celebración. Aunque la doctrina de la Corte no es de aplicación obligatoria para las cámaras de apelaciones, se plegaron luego a su criterio otras salas de la Cámara Nacional en lo Civil, hasta que ésta lo aceptó finalmente⁵.

A mi juicio, la tesis de la inexistencia no podía ser admitida en este caso, no sólo por consideraciones de orden jurídico sino

⁴ CSJN, 12/5/69, *Fallos*, 273:363; *JA*, 3-169-495; *LL*, 135-624, y *ED*, 27-428.

⁵ CNCiv, en pleno, 8/11/73, *JA*, 22-1974-289; *LL*, 154-208, y *ED*, 54-136.

aun de carácter meramente lógico, pues no cabe referirse a inexistencia sino cuando faltan requisitos tan sustanciales para que se considere configurado el acto de celebración, que no sólo desde el punto de vista jurídico sino en el concepto común de la institución no pueda admitirse su existencia. Oportunamente expuse cuáles son los casos de inexistencia que admito (ver § 152): aquellos en que faltan condiciones impuestas por la ley para que exista el acto, o la condición natural de diversidad de sexos; en ninguno de esos supuestos podría encasillarse el segundo matrimonio celebrado en el extranjero. De manera que en el orden internacional sólo habría matrimonio inexistente cuando la inexistencia resulta de la ley del lugar de la celebración o bien de un tratado internacional que imponga un requisito esencial no cumplido en el acto cuestionado; ninguna de esas dos situaciones se daba en el caso examinado.

Mas tampoco considero exacta la doctrina que se pronunciaba por la nulidad, pues ella resultaría de la aplicación al matrimonio celebrado en el extranjero de requisitos de validez establecidos por la ley argentina para los matrimonios contraídos en el país. En el orden internacional, la validez del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración; razones de orden público pueden hacer que se desconozca eficacia en el país al contraído en el extranjero, pero entonces no cabe juzgarlo nulo, porque la nulidad no tendría razón de ser ni podría pretender ser reconocida fuera de nuestro territorio.

En fin, en el orden internacional —a diferencia de lo que ocurre en el interno— no se contraponen necesariamente validez y nulidad, sino que además de los matrimonios válidos y los nulos cabe un tercer género: aquellos cuya validez es meramente territorial, es decir, que son indudablemente válidos en el país en que son celebrados, pero que en los demás pueden ser reconocidos o desconocidos por razones de orden público. Esta solución se ajusta a los principios de derecho internacional privado y a los únicos tratados internacionales suscriptos por nuestro país que se refieren a esta materia. En efecto, el art. 11 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 somete la existencia y validez del matrimonio a la ley del lugar de celebración, pero permite a los Estados signatarios no reconocer el celebrado en uno de ellos cuando está afectado de ciertos impedimentos; lo mismo prescribe el art. 13 del de 1940.

La situación jurídica derivada de la nulidad y la que resulta de la ineficacia extraterritorial no son similares. Las diferencias son las siguientes: 1) La nulidad se basa en la aplicación de la ley del lugar de celebración del matrimonio; la ineficacia extraterritorial en la de la ley argentina. 2) La nulidad tiene efecto internacional, de modo que la sentencia de tribunal argentino que anula el matrimonio celebrado en el extranjero debería ser reconocida por los demás países; el desconocimiento de eficacia extraterritorial sólo tiene efecto en el país. 3) La nulidad por bigamia puede dar lugar a sanción penal, por aplicación del art. 1º del Cód. Penal, que comprende a los actos cuyos efectos deban producirse en el territorio nacional; el desconocimiento de eficacia extraterritorial, no, pues el acto así juzgado carece de efectos en el país. Esta diferencia está también consagrada en el art. 15, inc. *b*, parte segunda, del Tratado de Montevideo de 1940, que expresa: "En ningún caso, la celebración del subsiguiente matrimonio, realizado de acuerdo con las leyes de otro Estado, puede dar lugar al delito de bigamia". 4) La acción de nulidad está sujeta a la legitimación activa establecida en el art. 219 del Cód. Civil, y a la caducidad del art. 239; el desconocimiento de eficacia extraterritorial puede tener lugar a pedido de cualquier interesado y aun de oficio, sin plazo de caducidad, por vía de acción o de excepción, pero ordinariamente como excepción a la acción fundada en el matrimonio que carece de eficacia extraterritorial, pues no se trata de una acción de nulidad sino de una excepción contra la validez del matrimonio fundada en disposiciones de orden público internacional.

Tampoco es exactamente igual la situación del matrimonio inexistente y la del matrimonio desprovisto de eficacia extraterritorial: 1) La inexistencia no requiere declaración judicial, sino que basta la comprobación de que el matrimonio no existe; en cambio, el desconocimiento de eficacia extraterritorial supone una sentencia que así lo disponga. 2) El matrimonio inexistente no produce los efectos del putativo aunque exista buena fe de una o de ambas partes; en cambio, el desconocimiento de eficacia extraterritorial podría tener lugar con respecto al contrayente de mala fe, y no con relación al de buena fe. Esta última distinción es más dudosa, pero a mi juicio cabría en el caso de que el segundo matrimonio se celebrase en el exterior con un extranjero de buena fe; nunca podría tener lugar, en cambio, si se tratase de un segundo matri-

monio contraído por poder extendido en la Argentina, pues entonces la buena fe estaría excluida, ya que no tendría explicación proceder así sino para violar la ley del país.

Todo lo dicho resulta igualmente aplicable tras la admisión del divorcio vincular por la ley 23.515, ya que no es del todo descartable la posibilidad de que se acuda a un tribunal extranjero incompetente en busca de una disolución del vínculo más fácil, inmediata, o por causa no admitida en la ley argentina, como la voluntad común de los esposos no sujeta a examen judicial, o la unilateral e inmotivada de uno de ellos.

§ 290. *DIVORCIO POR TRIBUNAL EXTRANJERO COMPETENTE.* – Si la separación personal o el divorcio vincular son decretados por tribunal extranjero competente conforme a sus propias normas que rigen la competencia internacional, y a las argentinas –es decir, cuando ha mediado efectivo traslado del domicilio matrimonial a otro país y se radicó la demanda ante los tribunales de éste, o bien cuando la demanda fue promovida ante los tribunales del domicilio del demandado– la separación y el divorcio quedan regidos por las normas de derecho internacional privado del país del tribunal interviniente. Es indiferente que la separación o el divorcio sean decretados por causa no admitida en la ley argentina, ya que el art. 164 del Cód. Civil (texto según ley 23.515) establece que “*la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 161*”, y ha desaparecido la regla del antiguo art. 7° de la ley de matrimonio civil, según la cual la disolución del matrimonio por causa no admitida en la ley argentina no habilitaba a ninguno de los cónyuges para casarse. También es indiferente que se hayan decretado mediante un procedimiento distinto del aceptado en la Argentina, sea judicial o aun administrativo. El nuevo matrimonio que se contraiga queda regido por la ley del lugar de celebración, según el art. 159 del Cód. Civil (texto según ley 23.515), que somete las condiciones de validez del matrimonio al derecho de ese lugar.

Del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, son aplicables los arts. 11 y 13. El art. 11 establece: “La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lu-

gar en que se celebra. Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos: ... e) el matrimonio anterior no disuelto legalmente". Y el art. 13: "La ley del domicilio matrimonial rige: a) la separación conyugal; b) la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró". Este tratado rige con relación a Bolivia, Perú -países que lo ratificaron- y Colombia, que se adhirió posteriormente.

Del Tratado de 1940 resultan aplicables los arts. 13 y 15. El primero es similar al 11 del de 1889. El art. 15 expresa: "La ley del domicilio conyugal rige: a) la separación conyugal; b) la disolubilidad del matrimonio; pero su reconocimiento no será obligatorio para el Estado donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal. En ningún caso, la celebración del subsiguiente matrimonio, realizado de acuerdo con las leyes de otro Estado, puede dar lugar al delito de bigamia. c) los efectos de la nulidad del matrimonio contraído con arreglo al art. 13". Este tratado rige con Uruguay y Paraguay, únicos países que -fuera del nuestro- lo ratificaron.

Según esas normas, la separación personal queda regida en todos los casos por la ley del domicilio.

En cuanto al divorcio disolutivo del vínculo matrimonial, pueden presentarse las siguientes situaciones:

a) **MATRIMONIO CELEBRADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.** Puede ser disuelto por divorcio en cualquier país extranjero que lo admita (art. 164, Cód. Civil; art. 13, inc. b, Tratado de 1889, y art. 15, inc. b, Tratado de 1940). Si en el extranjero se decreta la separación personal, puede ser convertida en divorcio vincular, sea en país extranjero que lo admita (aplicación de las mismas disposiciones), sea en la República Argentina (art. 161, Cód. Civil, que acepta la conversión en ese caso).

b) **MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO Y DISUELTO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.** La disolución y el nuevo matrimonio son válidos (arts. 164 y 159, Cód. Civil). Los tratados de Montevideo no alteran la solución en ningún caso, pues todos los países en que rigen aceptan ahora el divorcio vincular; la disolubilidad se rige

siempre, pues, por la ley argentina (art. 13, inc. *b*, del Tratado de 1889, y art. 15, inc. *b*, del Tratado de 1940).

c) *MATRIMONIO CELEBRADO Y DISUELTO EN EL EXTRANJERO*. Si el matrimonio se ha celebrado y el divorcio se ha decretado en país extranjero, la cuestión es ajena a la aplicación de la ley argentina. El Tratado de Montevideo de 1889 no modifica la situación, por la razón antedicha.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Alfonsín, Quintín, *Régimen internacional del divorcio*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1953.
- *Régimen internacional del matrimonio*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1958.
- Belluscio, Augusto C., *Difusión jurisprudencial de la tesis del desconocimiento de eficacia extraterritorial del segundo matrimonio extranjero*, LL, 139-357.
- *El segundo matrimonio celebrado en el extranjero*, LL, 122-1065.
- Bidart Campos, Germán J., *Divorcio extranjero con último domicilio de convivencia conyugal en Argentina*, ED, 75-147.
- *El matrimonio inexistente*, JA, 1958-III-520.
- *Nulidad de matrimonio por impedimento de ligamen y juzgamiento de la misma*, JA, 1957-II-147.
- *Un cambio en la jurisprudencia de la Corte en torno del matrimonio extranjero fraudulento*, 135-623.
- Boggiano, Antonio, *Invalidez o ineficacia de matrimonios extranjeros*, JA, 14-1972-219.
- Boggiano, Antonio - Berçaitz, Ana L., *Invalidez de los matrimonios celebrados en el extranjero*, JA, doctrina 1974-202.
- Bravo Almonacid, Abdón, *Matrimonio en el extranjero de divorciado (posibilidad de su eficacia)*, JA, 1990-IV-917.
- Buteler, José A., *Nulidad e inexistencia*, LL, 104-885.
- Calandrelli, Alcides, *Cuestiones de derecho internacional privado (El divorcio)*, Bs. As., 1923.
- Cichero, Néstor D., *Sentencia de divorcio extranjera, "exequátur" y orden público*, ED, 90-294.
- Díaz de Guijarro, Enrique, *Divorcio y matrimonio efectuados en el extranjero, en fraude a la ley argentina*, JA, 76-876.
- *Validez del matrimonio contraído en el Uruguay por un divorciado ad vinculum cuya primera unión se celebró en la Argentina*, JA, 45-270.
- Fassí, Santiago C., *El art. 86 de la ley de matrimonio civil*, JA, 1961-V-51, secc. doctrina, y *Estudios de derecho de familia*, La Plata, Platense, 1962.

- Garber, Carlos A., *El divorcio en el derecho internacional privado*, LL, 78-790.
- Goldschmidt, Werner, *De nuevo, el artículo 67 "bis" de la ley 2393 y el orden público internacional*, LL, 1983-C-121.
- *Divorcio vincular extranjero o matrimonio argentino durante la eficacia del divorcio vincular en la República*, LL, 97-825.
 - *El art. 67 bis de la ley 2393 y el orden público internacional*, ED, 99-459.
 - *Matrimonio celebrado en la Argentina con último domicilio conyugal en el extranjero*, JA, 1981-III-182.
 - *Repercusiones del matrimonio internacional fraudulento sobre el primer matrimonio argentino*, LL, 93-343.
 - *Una oportunidad aprovechada*, ED, 27-428.
 - *Una oportunidad desperdiciada*, ED, 12-480.
- Guastavino, Elías P., *Jurisdicción internacional en litigios matrimoniales*, JA, 12-1971-709.
- Kaller de Orchansky, Berta, *La calidad de heredera, la validez del vínculo matrimonial con el causante y de la sentencia de divorcio dictada en el extranjero*, LL, 149-250.
- *La doctrina reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de matrimonios celebrados en el extranjero en fraude a la ley argentina*, LL, 140-1116.
- Lazcano, Carlos A., *Divorcio en el extranjero de matrimonio domiciliado en la Argentina*, JA, 57-463.
- *Divorcio en el extranjero de matrimonio no argentino*, JA, 1954-II-205.
 - *El domicilio conyugal y el divorcio en el orden internacional*, JA, 1960-III-216.
 - *El divorcio en el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940*, LL, 84-629.
 - *Inexistencia del matrimonio contraído en el extranjero en violación del derecho argentino*, LL, 67-822.
 - *Jurisdicción internacional en materia de divorcio*, JA, 73-68, secc. doctrina.
 - *Límites de la extraterritorialidad del divorcio*, "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", n° 7, p. 209.
 - *Segundo matrimonio en el país de casados y divorciados en el extranjero*, JA, 1943-III-40, secc. doctrina.
- Legón, Fernando, *Plazos para peticionar la nulidad del matrimonio*, JA, 57-740.
- Mazzinghi, Jorge A., *El matrimonio absolutamente nulo, frente a los terceros*, LL, 135-1633.
- *Inexistencia o nulidad del matrimonio contraído en fraude a la ley argentina*, ED, 29-586.
 - *Nulidad de matrimonio y vocación hereditaria*, ED, 188-644.
 - *Sobre el carácter de una nulidad matrimonial*, LL, 104-471.
- Molinario, Alberto D., *De la cuasi inexistencia matrimonial*, JA, 3-1969-494.
- *De los nuevos supuestos de inexistencia matrimonial*, LL, 108-1059.
 - *Improcedencia de la interpretación extensiva de la primera norma del art. 86 de la ley de matrimonio civil e inexistencia de los connubios celebrados con violación de su art. 2*, JA, 1958-II-66, secc. doctrina.
 - *Otra vez sobre el art. 86 de la ley de matrimonio y la inexistencia de los connubios celebrados con violación de su art. 2*, JA, 1961-IV-109.

- Pallares, Beatriz A. M., *Derecho internacional privado matrimonial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1988.
- Perugini de Paz y Geuse, Alicia M., *Jurisdicción internacional matrimonial y conversión de sentencias de separación y divorcio*, ED, 98-231.
- Pettigiani, Eduardo J., *El divorcio extranjero y la ley 23.515, LL*, 1988-E-1039.
- Radzimirski, Alejandro P., *El reconocimiento de sentencia extranjera en la Argentina (reconstrucción sistemática de la doctrina de la jurisdicción internacional indirecta a partir de Z. C. S.)*, ED, 133-589.
- *El reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en Argentina*, ED, 137-401.
- Romero del Prado, Víctor N., *Matrimonios celebrados y disueltos en el extranjero. Requisitos que deben cumplirse para que tengan validez en la República*, LL, 46-249.
- Sanguinetti, Horacio, *Contradicciones en torno a la nulidad matrimonial*, LL, 139-678.
- *La nulidad del matrimonio fraudulento y las vías para su declaración*, LL, 138-190.
- Sosa, Gualberto L., *El matrimonio y el divorcio en el derecho internacional privado argentino*, JA, 1987-III-701.
- Spota, Alberto G., *Nulidad manifiesta del matrimonio celebrado en el extranjero con el impedimento de ligamen derivado de un matrimonio celebrado en la Argentina*, LL, 85-575.
- Zannoni, Eduardo A., *Hacia la declaración de nulidad de oficio del matrimonio en fraude a la ley*, LL, 138-740.
- *Las partidas de matrimonio extranjeras y la discusión de su validez legal en la acción de alimentos*, LL, 134-1409.
- *Los beneficios previsionales y el segundo matrimonio celebrado en el extranjero*, LL, 138-190.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1208, y fue impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la primera quincena de junio de 2004.

- D'ANTONIO, DANIEL H.:** *Derecho de menores.*
- DARAY, HERNÁN:** *Práctica de accidentes de tránsito.* Modelos de aplicación profesional explicados.
- DE LA FUENTE, HORACIO H.:** *Orden público.* Figuras afines. Clases. Efectos jurídicos. Imperatividad de las normas y renuncia de derechos. Aplicación de oficio de las leyes de orden público. Sanciones por su violación. Nulidades.
- EMERY, MIGUEL Á.:** *Propiedad intelectual.* Ley 11.723. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales.
- ETCHEGARAY, NATALIO P.:** *Escrituras y actas notariales.* Examen exegético de una escritura tipo.
- FARINA, JUAN M.:** *Defensa del consumidor y del usuario.* Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94.
- FASSI, SANTIAGO C.:** *Tratado de los testamentos.* 2 tomos.
- FASSI, SANTIAGO C.; YAÑEZ, CÉSAR D. y MAURINO, ALBERTO L.:** *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes.* Comentado, anotado y concordado.
- FENOCHIETTO, CARLOS E.:** *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.* Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales. 3 tomos.
- FENOCHIETTO, CARLOS E.:** *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.* Comentado, anotado y concordado. *Legislación complementaria.*
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL M.:** *Derecho de familia.* Método de enseñanza. Casos y otras variantes.
- GHERSI, CARLOS A.:** *Contratos civiles y comerciales.* Partes general y especial. 2 tomos.
- GHERSI, CARLOS A.:** *Derecho civil.* Parte general.
- GHERSI, CARLOS A.:** *Obligaciones civiles y comerciales.*
- GHERSI, CARLOS A.:** *Teoría general de la reparación de daños.*
- GHIRARDI, JUAN C.:** *Inhabilitación judicial.*