

LA POSICION DEL DERECHO COMPARADO
FRENTE AL INFORME DE LAS
NACIONES UNIDAS SOBRE CONDICIONES
Y EFECTOS DE LA DISOLUCION Y
ANULACION DEL MATRIMONIO Y LA
SEPARACION LEGAL

*Consideración y análisis con formulación
de principios para la posibilidad de una ley
o criterio internacional uniforme*

JULIO J. LÓPEZ DEL CASTILLO
Profesor titular de Derecho Civil V

I

Las Naciones Unidas han producido un informe que se concreta a la exposición objetiva —sin comentario alguno— de algunas normas y/o resúmenes de leyes existentes en algunos países sobre las condiciones y efectos de la disolución y anulación del matrimonio y la separación legal, con sus consecuencias: prestaciones alimentarias, tenencia de hijos, patria potestad, nacionalidad, domicilio, amplitud o limitación del derecho de defensa de los cónyuges, medidas cautelares, liquidación patrimonial, uso del apellido, etc.

En realidad, pensamos que dicho informe es incompleto —le faltan muchas legislaciones importantes— y además es de una excesiva brevedad.

Sin embargo, hemos estimado que ese trabajo merece ser comentado, analizado y criticado, y aún proponerse la formulación de principios para la posibilidad de establecer una ley uniforme en las materias tratadas en el informe. Precisamente, la brevedad y forma en que ha sido encarado el informe hace que prescindamos de su transcripción y que su contenido se conozca a través del presente comentario.

Basta leer cualquier reseña de derecho comparado matrimonial para comprender la enorme dificultad de pensar en materializar el objeto ideal de las civilizaciones jurídicas contemporáneas

neas: la unificación y uniformidad de los principios generales y directrices de una determinada institución jurídica para su aplicación por las distintas naciones o Estados aceptantes, tendientes al logro final de la aplicación universal de grandes normas rectoras y uniformes, sin perjuicio de que la secuencia de ellas sea materia de ordenamiento jurídico particular de cada pueblo, según sus modalidades, idiosincrasia o necesidades.

En derecho obligacional algunos pasos se han dado e incluso se formularon algunos anteproyectos o proyectos como el código franco-italiano de las obligaciones, permitiendo aún dentro de un ámbito internacional reducido, el manejo y evaluación de ideas y normas uniformes con posibilidades de expansión.

Ello es alentador, pero no debemos olvidar que el cuadro de las obligaciones y contratos tiene más similitudes, necesidades económicas simbióticas y menos infructuosidades que el derecho de familia, lo que permite un diálogo jurídico actual con alguna potencialidad mediana, que no ha llegado aún al marco del matrimonio y sus realizaciones familiares.

La legislación comparada en materia de divorcio, separación legal, nulidad de matrimonio, disolución del vínculo, nuevo matrimonio y sus respectivas consecuencias, lleva a la presencia de multitud de normas dispares que responden —evidentemente— a las ideas predominantes en cada pueblo sobre el matrimonio, la familia, sus consecuencias personales y patrimoniales y su incidencia sobre la existencia misma del Estado.

Sin embargo, podrían aunarse en dos grandes direcciones, con especiales excepciones de tipo particular. Esos dos diagramas serían:

Respecto a matrimonio: si el mismo es un contrato o una institución.

En cuanto a divorcio: si el mismo es vincular o se limita a la separación legal de los esposos.

En punto a nulidad y anulabilidad de matrimonio: su admisión o no y sus diferencias jurídicas, incluyendo la teoría de la inexistencia.

Finalmente, la cuestión de admitir o no la contracción de nuevo matrimonio.

Todos estos presupuestos llevan consigo cuestiones desencadenadas de extraordinaria importancia como la vinculación con la nacionalidad, el domicilio, el apellido, causales, patria potestad y/o tenencia de hijos, prestación alimentaria, capacidad civil, separación de bienes, vocación sucesoria, igualdad de defensa en juicio, etc.

Como la legislación comparada se halla expresa en el informe de las Naciones Unidas que concierne la compilación que constituye el nudo de esta revista, trataremos cada una de las cuestiones desde el ángulo de esos dos grandes diagramas y sus con-

secuencias y pretendemos —modestamente— con los elementos legislativos ya indicados y posiciones doctrinarias respetables, formular principios social-jurídicos aceptables como contribución a la difícilísima labor de unificar y uniformar los principios fundamentales y generales del matrimonio y sus consecuencias.

II. MATRIMONIO. INSTITUCIÓN SOCIAL O CONTRATO

No se trata de una mera especulación científico-jurídica. El distinto concepto que se tenga, hace al matrimonio en sí mismo, a las relaciones personales y patrimoniales entre los esposos, a las de estos con los hijos, a las vinculaciones familiares, a las relaciones con los terceros y finalmente, a las necesidades sociales.

La gran mayoría de las legislaciones o lo definen como un contrato o si omiten precisarlo conceptualmente, lo trata jurídicamente como un contrato y las condignas reglas legales o jurídicas le serán aplicables.

Pero la primera dificultad surge de las peculiaridades de la naturaleza del matrimonio, de la imprescindible diferencia sexual de ambos contrayentes, del fin específico del matrimonio, de la especial situación jurídico-familiar en que queda o ha de quedar la mujer casada, de la patria potestad, etc. El hecho de que sea esencial el consentimiento de los contrayentes para la existencia del matrimonio, no implica "ponerse de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos" (art. 1137 Cód. Civil argentino. "De los contratos en general"), pues que el matrimonio tiene un fin social ético y biológico con proyecciones políticas que es muy superior y distinto a las relaciones crediticias, base y objeto de los contratos.

Aún sosteniendo que el matrimonio pudiera ser un contrato "sui-generis" tendríamos que "es muy diferente con respecto a todos los otros contratos y tanto que las reglas de derecho aplicables a los otros contratos no pueden aplicarse al matrimonio, ni en su constitución, ni en los medios de ejecución". (Lord Robertson citado por Vélez Sarsfield en la nota al título del matrimonio del Código Civil argentino). Y decimos nosotros que, actualmente la ciencia jurídica se ha independizado de la pretendida caracterización de "contrato sui-generis", pues por su indeterminación, es aplicable a cualquier acto y no tiene precisión científica.

Por cierto, que el advenimiento del matrimonio civil con la Revolución Francesa, fue preciso e imprescindible ubicarlo jurídicamente, para de allí poder sustentar sus relaciones, efectos y consecuencias. Y pareció a los juristas que la necesidad del consentimiento de los contrayentes, ubicaba al matrimonio dentro del campo de los contratos. Esa idea se mantuvo y mantiene hasta el presente. Inclusive en los países de derecho consuetudi-

nario o common law, la idea del consentimiento ha calado tan hondo en el pensamiento jurídico, que la relación matrimonial, en general, se halla encuadrada dentro de los contratos.

Sin embargo, los juristas del siglo pasado o del presente, pudieron observar las dificultades que ofrece la pretendida relación contractual, serían necesarias innumerables excepciones que vendría a quedar sin ninguno de los principios que sirven de base a las convenciones individuales, aquella no es —entonces— aplicable a las relaciones personales entre los esposos. Los regímenes patrimoniales no se ajustan a las posiciones de un contrato liso y llano, tampoco las relaciones derivadas del matrimonio como es la patria potestad, son en manera alguna contrato, menos aún es o puede ser contrato el fin y objeto del matrimonio: preside fundamentalmente la interdependencia afectiva y la procreación; los hijos no advienen por contrato y, en general, el matrimonio no se contrae para progresar económicamente o con objeto y destino final de lucro.

Colocados en las situaciones jurídico-económicas-sociales de nuestros días, donde el mundo obligacional individualista recibe rudos embates de la solidaridad y del funcionamiento social, la idea del matrimonio-contrato, en mi opinión no puede subsistir ni aún como bizantina especulación jurídica.

Ya nuestro codificador había superado la idea del matrimonio contractual sosteniendo que, el matrimonio "es una institución social fundada en el consentimiento de los contrayentes" cuya importancia y resultados no podría descender a las condiciones de una estipulación cualquiera. Esta consideración del acto, deja libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, "y entonces las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones, tan diferentes de las de los contratos, pueden corresponder al fin de la institución".

La idea de "institución social" coloca al matrimonio en su verdadera ubicación ético-jurídica, tiene presente su honda trascendencia social y contempla eficazmente todas sus relaciones y efectos y la intervención del legislador que es la intervención de la sociedad en su institución más esencial y fundamental.

En consecuencia, estimamos que para la uniformidad y unificación de principios generales, debería partirse de la premisa conceptual: "El matrimonio es una institución social".

III. Divorcio "AD-VINCULUM" Y "QUO AD TORUM"

Del informe a las Naciones Unidas, resulta la dicotomía, en materia de divorcio, en dos grandes grupos: a) El que admite el divorcio con disolución del vínculo y el derecho a contraer nuevas nupcias válidas. b) El que sólo admite la separación legal de los esposos, manteniendo la indisolubilidad "ad-vitam" del vínculo.

Todos conocemos los grandes debates políticos y jurídicos elevados alrededor de ambas tesis, los serios fundamentos dados por cada postura, de tal manera que no debemos repetirlos, sino lisa y llanamente tratar de ubicar una posición eclectica seria y admisible por ambas teorías, que contemple los sentimientos religiosos, las necesidades sociales y los principios jurídicos inalienables que hacen a los atributos de la personalidad humana.

En las legislaciones contemporáneas encontramos la gama más diversa; ya en punto a inexistencia de causales legales o sea la ley no contiene causales y en consecuencia el libre albedrío judicial determina si los hechos invocados son serios y/o graves o "si la sociedad no tiene interés en mantener ese matrimonio".

O en cuanto a quién puede promover la acción de divorcio: cualquiera de los esposos, sólo el marido, sólo la esposa, o respecto a la obligatoriedad de dar los motivos o la exención de ellos a favor de la mujer solamente o la admisión o no del mutuo consentimiento para la promoción y obtención del divorcio con causales legales distintas para el marido y la mujer, la igualdad de los cónyuges para la defensa, la existencia de distintas y precisas defensas para el marido y otras para la mujer, etc.

Los dos diagramas fundamentales de que ya hemos hablado y que en este tópico preciso serían divorcio vincular o separación legal, se abren cada uno en muchísimas y distintas facetas de promoción y efectos, que obligan a una sistematización ordenada para llegar a un posible principio general uniforme, todo lo que iremos tratando en los subtítulos siguientes.

a) Divorcio vincular y separación legal.

Es claro que el ángulo de miraje cambia según sea religioso o de derecho escrito o civil, o de derecho consuetudinario o de common law.

Partimos de nuestro concepto de que la repudiación de la mujer por esterilidad o del hombre por impotencia "generandi" que permiten algunas religiones, es una etapa histórica ya superada porque agravia gratuitamente a alguno de los cónyuges por una razón biológica a la que, generalmente, es en absoluto ajeno, y que responde a factores congénitos en los cuales no ha sido parte ni es culpable. Simplemente recibe el agravio sin culpa y la repulsa tiene en sí misma y como substractum una colocación humillante y lesiva que pareciera emplazar al impotente o estéril en condiciones de mutilidad social y humana.

La solución como estimamos, es la nulidad o el divorcio, según el caso, como desarrollaremos más adelante. Responde, no a esos factores detrimentes lesivos, psíquicos e infrasociales, sino simplemente a la imposibilidad de llenar uno de los fines esenciales del matrimonio como es la procreación y la descendencia.

Nuestra religión católica reconoce en el matrimonio a uno de los sacramentos y por lo tanto es indisoluble.

Debe armonizarse esa indisolubilidad, que también se hace presente en alguna otra religión, con los conceptos de otros credos, con las ideas sociales contemporáneas y con la libertad de conciencia y de creencias que acaba de consagrar el último concilio ecuménico, y además con las ideas jurídicas de los pueblos que siempre admitieron la disolubilidad del vínculo.

En consecuencia, estimamos que podrían ser útiles algunas ideas para el logro de la conciliación que lleve a los principios generales de ley uniforme.

Y así: Establecer a semejanza del Derecho Civil francés actual dos etapas, que también son tres posibilidades que pueden actuar independientemente o subsecuentemente:

1º Puede promoverse lisa y llanamente el divorcio "ad-vinculum".

2º Puede promoverse simplemente la separación legal de los esposos.

3º Puede convertirse la separación legal de los esposos, después de un plazo razonable, en divorcio vincular.

La cuestión de la disolubilidad o indisolubilidad del vínculo debería subordinársela al credo que hubiera consagrado la ceremonia matrimonial religiosa.

Y a título de ejemplo, pensamos: Un matrimonio contraído en la Argentina, de acuerdo a su ley de matrimonio civil, que posteriormente y por su propia decisión, ya que la ley sólo reconoce como válido el matrimonio civil, recibe la consagración matrimonial católica, como de acuerdo a esta religión, el vínculo es indisoluble, no podrá promoverse ni obtener su divorcio vincular, pero sí la separación legal de cuerpos y bienes.

Es la solución del art. 111 del Código Civil de Austria de 1922.

La crítica hecha a esta postura, en el sentido de que algunos contrayentes, sólo contraerían matrimonio civil para tener así expedita la probabilidad de un divorcio vincular, no me parece acertada. Nuestra religión católica tiene uno de sus pilares en la fe: Quéinas creemos en Dios y tenemos fe; jamás dejaríamos de consagrar nuestro matrimonio religioso; un principio eterno, inamovible como la fe no lo abandona ningún creyente por muchas que sean las posibilidades que le ofrezca la ley terrena y aún más: para un católico no hay matrimonio sino el de su religión.

La simple separación legal o sea de cuerpos y bienes estaría autorizada siempre que existiera alguna de las mismas causales que habilitarían para promover el juicio por divorcio vincular.

b) Causales.

Una profunda y serena razón de estabilidad y permanencia del matrimonio, y otra técnica de seguridad jurídica, hace que

pongamos, en como deben ajustarse los sistemas con respecto a cuatro situaciones:

1º No aceptación de divorcios sin previsión legal taxativa de causas. Los hechos sin determinación legal, sujetos a la apreciación judicial, si ellos son o no causa de divorcio, convierten peligrosamente al juez en legislador. Cada juez puede tener su propia idea del matrimonio y del divorcio y aplicar ella en sus sentencias, con lo cual se produce la desigualdad jurídica, lo que para un juez es causa de divorcio no lo es para otro, etc. Todo ello compromete seriamente la estabilidad del matrimonio, el porvenir de los hijos y la seguridad jurídica.

2º No admisión de divorcio por mutuo consentimiento de los esposos.

El matrimonio es la institución humana, social y jurídica de más seriedad, necesidad y trascendencia.

No puede dejarse todo ello librado a la mayor o menor ligereza de los cónyuges ni a la irresponsabilidad de ambos o de alguno de ellos complaciente. El matrimonio es tan serio que debe pensarse profundamente y con amplio sentido y análisis de responsabilidad para contraerlo. La posibilidad de su disolución debe ser cierta, seria, difícil y no sujeta a las opiniones cambiantes de los cónyuges, sino a la existencia de hechos graves con relevancia legal.

3º No admisión entre las causas del "interés de la sociedad" o de la "descomposición total y permanente de la vida conyugal".

Estos vocablos en derecho comparado representan la síntesis de alguna doctrina jurisprudencial argentina denominada de "matrimonios desquiciados". El matrimonio cuya vida en común estaba plagada de hechos —sin llegar a tener la entidad de causal legal— que presumiblemente hacían creer o preveer que la vida normal no retornaría a las relaciones conyugales y que la normalidad conyugal estaba deshecha, aniquilada o "desquiciada" obtiene su divorcio en razón de que la sociedad no tenía interés en que subsistiera un matrimonio en esas condiciones.

Hay un error de enfoque, según mi criterio, la sociedad tiene interés en la contracción de matrimonio y en su subsistencia y permanencia. No hay interés social en su disolución o separación. El matrimonio importa, entre otras obligaciones implícitas de los cónyuges las recíprocas concesiones entre ellos. Y no es posible que el quebrantamiento unilateral o dual consciente o inconsciente de tal obligación, genere un divorcio y menos que el "interés de la sociedad" sea el amparo jurídico de la disolución.

Incluso el divorcio no responde plenamente al "interés de la sociedad" sino que es contrario al mismo. Lo que ocurre es que se dá una vía excepcionalísima para evitar males mayores, que es el divorcio, pero la sociedad está interesada en el matrimonio y

en su permanencia. A manera de ejemplo: mi interés es estar sano, no estar enfermo. La sociedad tiene interés en el matrimonio (sanidad) y no en el divorcio (enfermedad).

4º Ejecutar toda otra vía que no sea la judicial.

Ella ofrece las garantías necesarias de la sociedad y a los esposos. El divorcio es una excepción muy seria, con proyecciones personales, patrimoniales y morales de enorme repercusión en sí mismo y en sus efectos. De tal manera que no debería ser pronunciado por el simple consenso de los esposos, ni aún en los matrimonios consensuales, ni por autoridades administrativas, como sucede en la minoría de las legislaciones comparadas actuales.

Estas cuatro erradicaciones son aplicables también a la separación legal.

Las causales, tanto para el divorcio como para la separación legal, deben estar determinadas única y taxativamente por la ley. Y han de ser graves, alejadas de la posibilidad de colusión de los esposos y sujetas a prueba forzosa. Y esencialmente han de ser iguales para marido y mujer. Esto último nos parece elemental en nuestros días: La mujer y el hombre tienen igualdad civil—aunque personalmente pienso y he escrito que es igualdad por diferencias, ya que cada uno tiene su propia esfera de acuerdo a sus diferencias biológicas— y la mujer casada tiene igualdad civil con su marido, aunque deba existir y existe un régimen especial necesario adaptado a las condiciones que impone el matrimonio y la necesaria jefatura del hogar por parte del marido. La igualdad civil no puede admitir distintas causales de divorcio para el marido que para la mujer, pues examinado el grupo de legislaciones que consagra esa desigualdad se advierte inmediatamente que es de privilegio para el marido. V. g.: el adulterio de la mujer es causa de divorcio, en cambio la misma causal para el marido regularé como condición que éste traiga a su cómplice al domicilio conyugal.

Es que la igualdad civil forma parte esencial de la persona humana, que en mayor integración entra dentro del concepto jurídico de "atributos de la personalidad" y que no son concesiones de la ley, sino reconocimiento jurídico de la simple presencia del hombre en la Tierra. Los "atributos de la personalidad" son obra de Dios y los hombres sólo pueden prestarle su reconocimiento jurídico, aunque durante siglos lo hayan negado ignominiosamente como en el caso de la esclavitud y de la misérite civil.

Por supuesto, que el cuadro de causales debe ser restricto, invocando el adulterio del marido o de la mujer; la impotencia "generandi" del marido; la esterilidad de la mujer; el atentado contra la vida de uno de los cónyuges por el otro o su complicidad con tal hecho; las injurias graves teniendo en consideración la educación de los esposos; la instigación o provocación de uno de

los cónyuges al otro para que participe en actividades delictivas o cometa adulterio (tenemos presente que en el derecho penal actual, en general, el adulterio ya no figura en el cuadro de los delitos); los malos tratamientos graves, de hecho o de palabra; el abandono voluntario y malicioso.

Es posible que pueda incluirse alguna otra causa seria y grave, pero no admitir como algunas legislaciones la enfermedad mental grave de uno de los cónyuges o el encarcelamiento por delito grave.

Estas causales no son tales, no pueden dar lugar al divorcio, ya que ellas están dentro del deber de socorro y asistencia que se deben los cónyuges entre sí. En el último supuesto sólo se podría admitir ese hecho como comprendido dentro de las "injurias graves" si se trata de un delincuente profesional o reincidente, pues si a los delincuentes primarios la sociedad trata de readaptarlos no es posible que su propio cónyuge impida esa tarea y aproveche esa circunstancia para obtener un divorcio que quiebra los más elementales deberes entre esposos.

Va de suyo que cuanto antecede es de aplicación al "divorcio quo ad torum et mensam".

c) Derecho adjetivo.

Encontramos en la reseña comparativa la existencia de derechos diferentes para el marido y para la esposa, ya sea para promover la demanda, o en cuanto a la extensión y profundidad del derecho a la defensa, distintas excepciones a favor del marido y otras exclusivas de la mujer.

El principio jurídico uniforme debe reposar en la igualdad de los cónyuges, sin limitaciones de ninguna especie, excepto la preexistencia de causales legales de divorcio. Ambos pueden promover la demanda, ambos pueden defenderse con igual extensión y profundidad, con iguales excepciones, con iguales medidas de prueba.

Y hay otro principio que respetar, que es aplicable, sean o no cónyuges: la libertad e igualdad en la acción, las pruebas y la defensa.

Existen dos aspectos a tratar aún, en esta materia procesal: la nacionalidad de los cónyuges como atributivo de jurisdicción y el domicilio del marido con el mismo efecto.

La nacionalidad es un derecho —no atributo— de la personalidad vinculado a los derechos políticos, pero no debe tener incidencia en los derechos civiles y su ejercicio, estos responden a otros principios jurídicos.

Respecto al domicilio del marido como atributivo de jurisdicción es conceder un privilegio a éste frente a su mujer, quebrantando la igualdad entre ambos.

Las dos especies precedentes pueden llevar a juzgar el caso

fuera de los jueces "naturales" del matrimonio, con inexistencia absoluta de pruebas tanto en el lugar del juez de la nacionalidad como del domicilio del marido.

En realidad el juzgamiento debe estar cometido a un hecho objetivo, donde se han producido los hechos disociantes, donde se hallan los hijos del matrimonio, donde están presentes las pruebas y sobre todo que garantice la imparcialidad y la igualdad de los esposos y que tenga la ventaja de subsistir con pleno conocimiento para el cónyuge que incurre en abandono voluntario y malicioso o en abandono voluntario solamente para sustraerse a los malos tratos del otro esposo: El último domicilio conyugal. Pensamos que este principio, que también encuentra acogida en normas positivas de alguna parte de la legislación, comparada es el que debe prevalecer para la unificación y uniformidad.

d) *Medidas provisionales "pendiente-lit"*.

1° Separación de residencia o domicilio.

En algunos países cada cónyuge tiene derecho a mantener un domicilio separado durante el matrimonio; en verdad no hay allí real ni jurídicamente un domicilio conyugal, y por lo tanto durante la tramitación del juicio de divorcio no hay razón ni posibilidad de petitionar al tribunal la separación de domicilios.

Pero, la legislación de la mayor parte de las naciones coloca al marido y la esposa en el mismo plano de igualdad para solicitar y obtener pendiente la litis sobre divorcio, la separación de domicilios.

En otros países, la mujer al casarse adquiere el domicilio de su marido, y en esas legislaciones se preserva la unidad del domicilio hasta la disolución matrimonial. Entre estas legislaciones se halla la ley de matrimonio civil argentina (art. 53) y aunque en este régimen matrimonial la disolución del vínculo sólo se produce por la muerte de uno de los esposos (art. 81 *lex-cit.*), por la nulidad absoluta (arts. 84 y sig., ley citada) y por la ausencia con presunción de fallecimiento (art. 31, ley 14.394), de tal manera que la ley argentina sólo admite la versión del divorcio como separación personal de los esposos, sin disolución del vínculo, reglado así de manera expresa en el art. 64 de la mencionada ley de matrimonio civil, se encuentra la disposición del art. 72 que establece: "separados por sentencia de divorcio, cada uno de los cónyuges puede fijar su domicilio o residencia donde crea conveniente, aunque sea en el extranjero".

Vale decir, que, en este grupo de legislaciones la posibilidad de un distinto domicilio para cada cónyuge o ex-esposos, con aniquilamiento del domicilio conyugal, sólo se produce como consecuencia de la sentencia definitiva, dictada en el juicio de divorcio.

Ello plantea el problema de la convivencia de los esposos en el hogar conyugal "pendiente-lite" lo que trae aparejado graves problemas, en general para la seguridad de la mujer.

En algunos ordenamientos legales positivos se confiere al juez que deducida la acción de divorcio o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal. . ." (art. 68 ley de matrimonio civil argentina).

También se adoptó anteriormente, la posibilidad de que la esposa pida y obtenga del juez que entiende en la causa de divorcio, la exclusión del marido del hogar conyugal. Esta medida provisional presenta ventajas indudables: mantiene el hogar conyugal como realidad y como domicilio conyugal único jurídicamente; protege a la mujer de los excesos verbales o de hecho de su marido; si hay hijos, éstos no sufren las consecuencias de todo orden que implica con respecto a ellos, salir de su hogar; el marido puede encontrar vivienda con muchísima mayor facilidad que la mujer; se conserva la característica de "honestidad" a favor de la mujer, por cuanto no puede haber para un matrimonio casa más honesta que el propio hogar conyugal.

Es claro, que pensando en legislación uniforme, deberíamos retomar el pensamiento al principio jurídico de "unidad del domicilio" que es absolutamente aplicable al domicilio conyugal.

En consecuencia, pensamos que debería fijarse un solo domicilio conyugal para ambos cónyuges que subsistiría desde la celebración del matrimonio hasta la disolución del vínculo y la posibilidad, a favor de la mujer, de obtener que, durante el proceso de divorcio, el juez, fundadamente, pueda ordenar la exclusión del marido del hogar conyugal.

2º Guarda o tenencia de los hijos.

La legislación comparada a este respecto, podríamos dividirla en tres grupos: a) El que da preferencia al padre para la tenencia provisoria de los hijos; b) El que concede esa tenencia a la madre con respecto a los hijos de corta edad; c) El que comete al arbitrio único del tribunal el discernimiento de la tenencia provisoria.

Como primer comentario, pensamos que antes de establecer normas positivas sobre adjudicación de la tenencia, una legislación uniforme tendría que arrancar de un punto de partida escrito, que es en realidad la base en que ha de descansar y que también ha de servir de pauta para resolver: El interés de los hijos menores.

A este concepto deben subordinarse los demás, que podrían ser: a) Conferir la tenencia provisoria de los hijos pequeños (hasta 10 años de edad) a la madre, si no se han probado a este respecto cargos que la tornen inapta para tal tenencia; b) A partir de

dicha edad dar preferencia a la madre con respecto a la tenencia de las hijas; c) A partir de aquella edad, será el juez quien decidirá la tenencia teniendo en cuenta la mayor aptitud, moralidad, capacidad de conducción y gobierno de cada cónyuge.

3º Prestación alimentaria a los hijos.

El movimiento del derecho positivo contemporáneo es casi uniforme en el sentido de poner principalmente a cargo del padre la manutención de los hijos del matrimonio.

El vocablo empleado en algunos cuerpos legales "mantenimiento de los hijos" no circunscribe la obligación solamente a alimentarios, sino que el concepto envuelve lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario, educación y asistencia en las enfermedades. Todo ello ha de referirse a dos circunstancias: la condición social de quien los recibe y las posibilidades concretas económicas del obligado.

Sin embargo, existen algunas legislaciones que imponen la prestación alimentaria al padre exclusivamente.

Hay que contemplar varias cuestiones: a) La extensión comprensiva del vocablo "mantenimiento" y el contenido de la figura jurídica "prestación alimentaria". Pensamos que ambas deben tener la circunscripción que hemos desarrollado precedentemente; b) La obligación alimentaria de los hijos deben recaer en primer término sobre el padre; c) Si éste estuviese impedido o imposibilitado físicamente para su trabajo, aquella obligación recae subsidiariamente sobre la madre; d) En cualquier supuesto el "quantum" será determinado por el juez teniendo, presente las posibilidades económicas concretas del alimentante.

Según mi criterio, estas cuatro últimas posiciones serían justas y no tendrían resistencia para ser ley uniforme.

4º Prestación alimentaria al cónyuge.

La mayoría de las legislaciones contemporáneas imponen al marido la obligación de alimentar a su esposa durante el curso de la causa por divorcio.

Existe alguna excepción que impone a la mujer atender al sustento de su marido, cuando éste es "necesitoso" y ella tiene medios económicos amplios. (Escocia-Married Women's Property).

Esta asistencia "pendiente-lite" de acuerdo a las soluciones doctrinarias contemporáneas, que pueden servir de ley unificada o uniforme, pone "principalmente" la obligación alimentaria a cargo del marido, subordinada a la situación de que la mujer no posea bienes suficientes, su trabajo personal sea de menor significación económica que las entradas pecuniarias de su marido, sin que exista obligación legal que compela a la mujer a trabajar, y tal obligación marital cede totalmente si la esposa posee bienes suficientes para mantenerse dentro de su categoría social o cede

parcialmente en el supuesto de que la mujer trabaje y su producido sea de menor entidad que el del marido.

e) *Medidas cautelares "pendiente-lite".*

Las medidas precautorias se refieren al orden patrimonial.

Y dicho esto, va de suyo que la existencia o inexistencia de medidas cautelares se halla íntimamente ligada al "régimen patrimonial matrimonial" que rija a los esposos.

En los de separación de bienes y administración independiente, salvo que en el contrato nupcial se hayan estipulado ventajas, no pueden otorgarse medidas cautelares.

Pero muy distinto es en los regímenes de comunidad de bienes y ganancias o de sociedad conyugal, en que la administración de la masa está cometida al marido.

En ese tipo de regímenes, es imprescindible acordar medidas precautorias tales como la anotación de la litis en el Registro de la Propiedad, el embargo sobre bienes determinados, la inhabilitación general para disponer o gravar bienes, la intervención judicial a comercios o industrias de propiedad individual, pues con respecto a empresas con socios la posibilidad debe circunscribirse al embargo de las acciones, cuotas sociales o participaciones del marido.

Como se comprende, tales medidas tienen un fin inmediato: evitar maniobras fraudulentas tendientes a la evasión simulada de bienes conyugales.

Estas mismas medidas también deben serle acordadas al marido cuando la mujer es propietaria de inmuebles o socia en tales tipos de comercios o industrias, etc., y esos bienes han sido adquiridos durante la comunidad conyugal revisitando la calidad de parafenales y por lo tanto no provienen de bienes propios aportados a la celebración del matrimonio o de herencia, legado o donación que no sea del marido, recibidos con posterioridad a la celebración del matrimonio.

f) *Costas del juicio de divorcio.*

Podríamos ordenar la legislación comparada con respecto a costas en el juicio de divorcio, así:

- 1º Siempre a cargo del marido, aunque sea declarado inculpa en la sentencia.
- 2º A cargo de aquél de los esposos a quién declare culpable la sentencia de divorcio.
- 3º La imputación de las costas es derecho discrecional del juez.

Es claro que, también en este aspecto de las costas, se quiere tener presente la especialidad del divorcio, el hecho de que los litigantes sean cónyuges, etc.

Estimamos que tales consideraciones no pueden tener relevancia.

El criterio jurídico en materia de costas es propio y es a él y no a las relaciones que tienen entre sí los litigantes, que debe acudirse.

La doctrina contemporánea es clara: El vencimiento o la derrota determinan la imposición y carga de las costas. Y esta premisa se afirma más aún en los juicios de divorcio, pues que el vencido reúne una doble posición: a) Es el derrotado procesal, b) Es el culpable del divorcio.

Creemos entonces, que tal principio es el que debe ser elevado a la categoría de ley uniforme.

g) Registro de la sentencia de divorcio.

En general, o mejor dicho, la inmensa mayoría de las legislaciones contemporáneas, obligan al registro de la sentencia de divorcio, ya sea en el Registro Civil o simplemente en el Registro de sentencias del tribunal que la pronunció.

Es sobrecabiente hablar sobre la imperiosa necesidad del registro de las sentencias de divorcio, basta tener presente las habilitaciones que el emplazamiento del estado de divorciada tiene con respecto a la mujer en las regulaciones jurídicas positivas de nuestra actualidad.

IV. Efectos del divorcio

Múltiples e importantes son las consecuencias jurídicas derivadas del pronunciamiento del divorcio.

En los países que tienen establecido el divorcio "ad-vinculum" el más importante y fundamental es la disolución del vínculo. Nos remitimos a lo que hemos escrito en este mismo trabajo con respecto a disolubilidad e indisolubilidad.

Los efectos, en términos generales, abarcan tanto al divorcio vincular como a la separación legal de cuerpos.

Los trataremos en particular.

a) Apellido de los hijos.

En la mayoría de los países los hijos concebidos o nacidos durante el matrimonio llevan el apellido del padre y lo conservan haya o no divorcio de los padres.

En algunas legislaciones donde se admite el divorcio vincular si la madre retorna a su apellido de soltera y a ella se le confía la tenencia definitiva de los hijos, éstos pueden solicitar autorización para cambiar el apellido paterno por el materno.

Y en otras, el cónyuge a quién se le atribuye la tenencia definitiva de los hijos puede a su opción decidir si ellos seguirán llevando el apellido paterno o en su caso lo cambian por el materno. (Inglaterra y Gales).

Es principio recibido de derecho que el nombre es uno de los derechos de la personalidad y salvo cuestiones muy graves, es inmutable.

Además el apellido del padre se impone al hijo en razón de la patria potestad, y también porque el apellido es el patronímico familiar que hace a las líneas genealógicas. No se puede abdicar del apellido del padre, pues ello implica repudiar al mismo y desconocer un hecho biológico irreversible como es la paternidad.

El divorcio es un hecho entre los padres, no entre los padres y los hijos.

En consecuencia, pensamos que el principio uniforme debe ser el consagrado por la inmensa mayoría de las legislaciones y que podríamos concretar así:

El divorcio de los padres no tiene ninguna influencia ni relevancia sobre el apellido de los hijos.

b) *Apellido de casada de la mujer.*

Varios son los supuestos que resultan del derecho escrito, del common law y aún de la práctica o costumbre.

1º En algunas legislaciones, al contraer matrimonio, la mujer pierde su apellido de soltera, y adquiere el de su marido.

2º En los países de common law la mujer al casarse puede optar por sí, en tomar o no el apellido de su marido en substitución de su apellido de soltera.

3º En otro grupo la mujer mantiene su apellido de soltera agregando el de su marido con la preposición "de".

Dictada la sentencia de divorcio vincular, las soluciones del derecho comparado, son:

a) La mujer pierde automáticamente el apellido del marido y recobra su apellido de soltera.

b) La mujer puede seguir usando el apellido marital u optar de hecho sin necesidad de declaración judicial alguna por suprimir el apellido del marido y recobrar el de soltera.

El caso de disolución del vínculo frente al derecho del apellido del marido, impone algunas soluciones cuando la mujer divorciada contrae nuevas nupcias. En los países de "common-law" la mujer a pesar de haber contraído matrimonio puede seguir usando el apellido de su primer marido, si ella así lo decide.

Claro que las soluciones son distintas en los casos de separación legal, pues que la mujer tiene el derecho y la obligación de usar el apellido marital aún después de pronunciada la sentencia definitiva de divorcio "quo-ad-torum" con las excepciones de que el marido puede lograr un pronunciamiento judicial que prohíba a su mujer el uso del apellido marital por inconducta o causa grave atribuible a ella y la misma acción judicial se concede a la mujer para obtener la cesación del uso del apellido del marido

por haber caído éste en situaciones graves, deshonrosas o infamantes.

Es evidente la dificultad que presenta este subpárrafo para obtener una idea anteproyecto de uniformidad, dado lo dispar de las legislaciones y la existencia de usos y costumbres, que si bien no alcanzan la jerarquía de derecho consuetudinario militan dentro del *common law*.

Noe atrevemos a formular algunos principios generales que podrían ser uniformes y que deben ser aplicados con distinto criterio en los casos de divorcio "ad vinculum" y de separación legal.

En cualquiera de ambos casos, la mujer que contrae matrimonio conserva su apellido de soltera y agrega el de su marido. Y ello imperativamente. Pensamos que perder automáticamente el apellido de soltera por el hecho del matrimonio, importa censurarle a la mujer uno de los derechos fundamentales de la personalidad como es el del apellido propio, pierde su relación genealógica y familiar para pasar a ser propiedad de su marido, lo que vulnera al principio inalienable de la igualdad del hombre y la mujer y el de la igualdad de los cónyuges.

En el supuesto de divorcio vincular, pronunciada la sentencia definitiva, como ella disuelve totalmente el vínculo que unía a ambos cónyuges, la lógica jurídica impone que automáticamente cese para la mujer el derecho y la obligación de usar el apellido de su marido.

Con esta postura se evita también la situación incomprensible de que la mujer que contrae nuevo matrimonio, siga usando el apellido de su primer marido con omisión del apellido del segundo marido, y con todas las confusiones imaginables.

En el caso de separación legal, después de la sentencia firme que la decreta, la mujer tiene el derecho y la obligación de seguir usando el apellido marital, por cuanto el vínculo subsiste y no deja de ser la esposa de su marido. Todo ello, como ya hemos dicho, sin perjuicio de otorgarse una acción a ambos cónyuges para obtener la prohibición, o la cesación de usar ese apellido fundada en inconducta u otros hechos graves o deshonrosos.

c) *Nacionalidad de la mujer.*

En general las legislaciones que imponen a la mujer la nacionalidad de su marido por el hecho del matrimonio, admiten en el caso de divorcio vincular una alternativa a favor de la esposa y a su simple albedrío:

1º Puede mantener la nacionalidad de su marido.

2º Puede renunciar a ella y recuperar su propia nacionalidad.

Ya hemos emitido opinión de que la nacionalidad es un derecho de la personalidad vinculado más a los derechos políticos.

Y cada persona tiene derecho a su propia nacionalidad, sin que el matrimonio la altere ni el divorcio la restituya.

Esta solución recién empieza a abrirse camino en la legislación comparada. Es en 1945, cuando en Francia el código de la nacionalidad permite a la mujer casada conservar su propia nacionalidad u optar por la de su marido.

En la Argentina, el Código Civil y sus leyes complementarias o modificatorias han guardado silencio, pero es evidente que no se trata de una omisión, sino de la aplicación de un sabio principio político y de una adecuada posición de respeto a la mujer, tendiente a obviar las distancias espirituales para contraer matrimonio y mantener la paz y la concordia dentro de éste.

La Suprema Corte de Justicia de la República Argentina tuvo oportunidad de pronunciarse sobre ello y lo hizo sosteniendo que la mujer casada mantiene su propia nacionalidad sin que la altere su matrimonio. (Jurisprudencia Argentina, año 1944, III, pág. 170).

Pensamos, entonces que el principio general sería: El matrimonio no tiene influencia alguna en la nacionalidad de los contrayentes.

d) Domicilio.

Tanto en el divorcio vincular como en la separación legal, el domicilio conyugal único —el hogar conyugal es uno y sólo uno—, desaparece y cada cónyuge, con posterioridad a la sentencia firme, debe tener el más amplio derecho a elegir su propio domicilio aunque el mismo fuere en el extranjero.

e) Patria potestad.

El divorcio —cuquiera sea su especie— no produce efecto tener influencia alguna sobre la patria potestad. Hemos escrito (Estudios de Derecho de Familia) que la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos cónyuges, pero el ejercicio de la misma pertenece en primer lugar al padre, pues la madre tiene una potencialidad de ejercicio subsidiaria y subordinada a la falta del padre, es decir su muerte, ausencia, pérdida de la patria potestad, pérdida o suspensión de su ejercicio.

Tampoco la guarda definitiva de los hijos menores concedida por el tribunal a favor de uno de los cónyuges a raíz de la sentencia de divorcio, tiene influencia en la patria potestad.

El marido a cuya esposa se le otorgó la tenencia definitiva de los menores hijos, conserva la patria potestad con su poder de gobierno, conducción, responsabilidad. Sólo se desprende de algunas facetas de su ejercicio: la vivienda en común, la alimentación, etc. pero aún en esos aspectos conserva su poder de vigilancia.

f) *Tenencia definitiva.*

En la legislación comparada que estamos revisando en el presente trabajo, los criterios para otorgar la tenencia definitiva de los hijos menores tienen bastante disparidad de fundamentos. Podemos resumir esas ideas, así:

- 1º Iguales derechos del marido y la mujer a reclamarla.
- 2º Concesión por el juez teniendo presente "el interés del menor".
- 3º Concesión por el juez teniendo presente "la preferencia manifestada por los hijos".
- 4º Conferir la tenencia de las hijas a la esposa.
- 5º Conferir la tenencia de los hijos al padre.

En nuestra manera de pensar, no puede existir resistencia en cuanto al punto primero, esto es, que el marido y la mujer tengan igualdad jurídica sustantiva y adjetiva para petitionar y obtener la tenencia definitiva.

También ha de ser nudo central de esta cuestión "el interés del menor" que debe ser apreciado por el juez como elemento primordial y fundamental, para adjudicar la tenencia, aún dentro de los regímenes de otorgamientos rígidos.

No creemos en la culpabilidad que la sentencia atribuya a uno de los cónyuges en el divorcio para que éste sea excluido de la tenencia de los hijos menores. Se trata de dos conductas diferentes: la conyugal y la paternal o maternal. Se puede tener un comportamiento anormal o inadecuado en el cónyuge durante la vida matrimonial que sea motivo de divorcio y nada obsta a que la misma persona sea excelente madre o padre.

La formulación positiva que estimamos adecuada para la tenencia definitiva es la misma que propugnamos en este trabajo al tratar sobre la guarda o tenencia provisoria de los hijos y a ella nos remitimos.

g) *Prestación alimentaria a los hijos.*

El derecho comparado positivo cuando trata el "mantenimiento de los hijos" toma alguna variante con respecto a las soluciones adoptadas para la prestación alimentaria a los hijos "pendiente-lite". En algunas legislaciones se pone a cargo de ambos cónyuges conjuntamente y en otras a cargo del padre exclusivamente.

Estimamos que los mismos conceptos y condiciones que hemos desarrollado en el tratamiento de la prestación alimentaria como medida provisional durante la secuela del juicio de divorcio son íntegramente aplicables a la condenación definitiva, que nunca es tal, pues que no causa instancia y es susceptible de ser imputada al otro cónyuge, o modificada en aumento o disminución, según hayan variado las motivaciones y circunstancias.

h) Prestación alimentaria al cónyuge.

Ya cuando se trata de la obligación alimentaria definitiva o sea como consecuencia de la sentencia firme de divorcio, el criterio para imponer su prestación responde a otras directivas. La mayoría de los cuerpos legales hacen nacer la obligación desde el ángulo de la imputabilidad; inocente o culpable en la sentencia de divorcio.

En principio estamos de acuerdo con ello, pero sujeto a algunas condiciones y situaciones.

No es suficiente que el marido o la mujer sean el uno o el otro declarados inocentes en la sentencia para que nazca automáticamente la obligación alimentaria, es preciso compulsar la situación económica de cada cónyuge, puede suceder que la mujer inocente tenga mayor entidad económica que su marido y entonces no sería justo imponer al "económicamente débil" (categoría jurídica ésta admitida en la Constitución francesa de 1946) una pena de tipo pecuniario. En este sentido se decide la ley de matrimonio civil argentina en su art. 79: "El marido que hubiere dado causa al divorcio debe contribuir a la subsistencia de la mujer, si ella no tuviera medios propios suficientes".

Habría que establecer, también una diferencia fundamental en esta materia de prestación alimentaria según se trate del divorcio vincular o de la separación de bienes.

En efecto: Pienso que en el divorcio vincular a pesar de operarse la disolución del vínculo, el marido debe atender a la subsistencia de su mujer, inocente del divorcio; salvo dos excepciones.

- a) Que ella tenga medios propios suficientes.
- b) Cuando la ex-cónyuge contraiga nuevas nupcias.

No es justo ni razonable que quien no tiene vínculo matrimonial con su ex-cónyuge y si lo tiene con su segundo marido, aquél se hallé obligado a la prestación alimentaria que no reposa en ningún fundamento serio, cuando el "mantenimiento" debe y es a cargo del segundo esposo que tiene vínculo matrimonial y las consiguientes obligaciones y responsabilidades.

Hay legislaciones que imponen la prestación alimentaria a cargo del marido, aún cuando en el divorcio vincular su esposa haya sido declarada culpable.

Es evidente que ello es irritante y por lo tanto debe ser condicionado a que, el cónyuge inocente "si tiene medios, le provea de lo necesario para su subsistencia, si le fuese de toda necesidad". (Ley de matrimonio civil argentina art. 80). Y debemos entender "de toda necesidad" si el cónyuge culpable estuviese impedido física o mentalmente para trabajar o reducido a la indigencia, y no hubiese contraído nuevas nupcias.

Toda esta cuestión de "mantenimiento" tiene que ser objeto de distinto tratamiento cuando sólo se opera la separación legal. Aquí el vínculo subsiste y el fundamento de la prestación alimentaria encuentra allí su razonable acogimiento.

La culpabilidad impone la obligación alimentaria al cónyuge inocente pero sujeto, también a las condiciones económicas de ese inocente. Y aún siendo culpable tiene derecho a la prestación alimentaria en dos de las hipótesis ya expuestas: Impedido física o mentalmente para trabajar o reducido a la indigencia.

El criterio ha de cambiar cuando la prestación es a favor del marido ya sea inocente o culpable, pensamos que la mujer, sólo le debe alimentos en los dos últimos supuestos que acabamos de exponer. Y ello a mérito de que el hombre tiene un mayor campo y posibilidades para desarrollar su actividad laboral, profesional o empresarial.

i) Capacidad civil.

En cualquiera de los supuestos, ya se trate de divorcio vincular o de separación legal, dictada la sentencia respectiva y pasada en autoridad de cosa juzgada, la mujer casada mayor de edad, tiene la plena capacidad par realizar todos los actos de la vida civil en paridad de condiciones con el hombre mayor de edad.

j) Separación de bienes o derechos patrimoniales.

El divorcio tiene marcada influencia en las relaciones patrimoniales de los cónyuges.

Pero debe distinguirse según se trate del divorcio vincular o de la separación legal de los esposos y todo ello también de acuerdo al régimen matrimonial que puede ser contractual o legal único impuesto por la ley.

Podemos afirmar que el divorcio vincular trae como consecuencia la cesación y liquidación de las relaciones patrimoniales de los esposos. Ello se realizará según sea el régimen permitido por la legislación particular: En el de separación de bienes con administraciones personales separadas, nada hay que partir ni liquidar. En el de comunidad de bienes gananciales o de sociedad conyugal, la situación es diferente: Hay una separación judicial de bienes, lo que es muy distinto jurídica y económicamente al régimen de separación de bienes. Deben restituirse los bienes dotales que son todos los bienes que la mujer lleva al matrimonio y los que durante él adquiriera por herencia, legado o donación, en el estado en que se hallan. También recibirá el marido sus bienes propios y en cuanto a los comunes o gananciales se procede a su partición.

Este último aspecto tiene profundas diferencias en la legislación comparada: Unos imponen la distribución de acuerdo a

las provisiones que contenga el respectivo contrato matrimonial, otros ponen el pago de las deudas conyugales a cargo exclusivo del marido lo mismo que las pérdidas, otros admiten que el cónyuge culpable del divorcio si no ha contribuido a la formación de los bienes comunes o lo ha hecho en proporción insignificante, pueda ser privado total o parcialmente de la parte que la ley reconoce a cada cónyuge, —generalmente la mitad a cada uno— en los bienes comunes.

Estimamos que la separación judicial de bienes se halla vinculada al divorcio pero no sujeta a la imputabilidad de su culpa. Las relaciones personales conyugales son las que fundamentan y dan lugar al divorcio, no las relaciones patrimoniales matrimoniales que siempre son el desencadenamiento secundario de la celebración del matrimonio. La gradación en aparición e importancia es: 1º) Matrimonio, 2º) Relaciones personales de los esposos, 3º) Régimen patrimonial del matrimonio. Y este orden de aparición e importancia es absolutamente irreversible.

Creemos que debiera establecerse una disposición uniforme en los regímenes legales de imposición, quedando naturalmente los demás regímenes contractuales como el dotal, de separación de bienes, de unidad de bienes y disfrute por el marido, etc. en vigencia. Llamamos regímenes legales de imposición aquellos que a falta de otro que hayan tomado los contrayentes, les impone la ley o en el caso en que la ley sólo admite un régimen legal pero no contractual.

Esa regla uniforme tendría que responder a un sentido de igualdad, esto es: el sistema comunitario o el de sociedad conyugal al disolverse no tiene en cuenta respecto a los bienes parafenales el cónyuge que los adquirió o aportó y la partición ha de efectuarse en dos partes iguales —una para el marido y otra para la mujer— aunque alguno de ellos no hubiese hecho ningún aporte. Va de suyo que es previo e indispensable a la partición el pago de las cargas de la sociedad conyugal, y que esa disolución, pago, partición y adjudicación no se hallan sujetas en forma alguna a la declaración de inocencia o culpabilidad en el juicio por divorcio vincular.

El sistema sufre modificaciones substanciales si se trata de la separación legal. Como el vínculo matrimonial subsiste, el derecho a obtener la disolución social y la separación judicial de bienes lo atribuyen. —con justicia— algunas legislaciones al cónyuge declarado inocente en la sentencia de divorcio "quo-actorum". Pudiendo ese cónyuge inocente —a su arbitrio— solicitar y obtener o no esa separación judicial de bienes. Ello implica una opción a favor del mismo: la separación judicial de bienes o la subsistencia del régimen comunitario, pudiendo la mujer administrar y disponer libremente de propios y los que adquiriera con y en el ejercicio de profesión, oficio, empleo, comercio o in-

dustria honestos. Y la liquidación de los bienes comunes, en el caso, se hará por mitades y sin consideración alguna a su aporte.

k) Vocación sucesoria.

Este aspecto no ha sido tratado en el informe de las Naciones Unidas que estamos analizando.

Ello se explica por cuanto las legislaciones comparadas o no, conceden vocación sucesoria al cónyuge o se halla colocado después de toda la línea recta ascendente y descendente y la mayor parte de los grados de la colateral, o sólo le reconocen como el Código Civil italiano de 1942 un derecho de usufructo o como el common-law un "franc-veuvage" o usufructo viudal o "dower" sobre el tercio de los bienes raíces quedados por fallecimiento del marido y éste tiene un "curtesy" sobre las tierras de su mujer difunta, siempre que el matrimonio haya tenido un hijo. La inexistencia del hijo aniquilaba el "curtesy". Sin embargo, hay una progresión en Inglaterra, algunos Estados de Estados Unidos de Norte América, Australia y Nueva Zelanda, al establecer mediante la ley inglesa de 1946 la abolición del "dower" y el "curtesy" y reconociendo al cónyuge superviviente mientras no contraiga nuevas nupcias, un usufructo sucesorio sobre la mitad de las rentas de los bienes, como se ve, actúa la renta, no el bien mismo, lo que disminuye la jerarquía jurídico-económica y sus posibilidades.

En Estados Unidos algunos Estados reconocen a la viuda, no al viudo, un derecho sucesorio consistente en retener el hogar conyugal durante un lapso determinado o en otros casos en forma vitalicia.

El Código Civil de México de 1928, sólo reconoce a la viuda un derecho sucesorio representado por una prestación alimentaria a cargo de la masa de bienes.

El Código Civil argentino (arts. 3570 a 3576, 3578, 3595) fue el primero que concedió a los cónyuges verdadera y auténtica vocación hereditaria, impartiendoles el carácter de legitimarios, colocándolos en el tercer orden sucesorio sólo después de los descendientes y ascendientes legítimos y en concurrencia en partes iguales con los hijos legítimos, recibiendo la mitad de la herencia cuando concurre con los ascendientes, la mitad de la herencia frente a los hijos extramatrimoniales y desplazando totalmente a los colaterales.

Esta legislación con esas características y derechos es aún de las muy excepcionales.

Pero trae una previsión expresa en materia de pérdida de la vocación sucesoria por culpabilidad contenida en el art. 3574, de tal manera que el cónyuge declarado culpable en la sentencia firme de divorcio, pierde su derecho a heredar al otro cónyuge. Es evidente que el fundamento de la norma trata de salvaguardar

la unidad matrimonial y sanciona así al culpable de su quebrantamiento.

En general, en el derecho positivo comparado el cónyuge culpable del divorcio pierde su usufructo viudal o su remotísima posibilidad hereditaria.

Pensamos que el establecimiento de una real y efectiva vocación sucesoria a favor de los cónyuges tiene razones obvias y poderosas de todo orden.

Y que convendría, entonces, sancionar la culpabilidad en el divorcio con la pérdida de ese derecho hereditario.

En mi sentir, esa sanción de pérdida o en su caso la permanencia de la vocación sucesoria, son aplicables tanto el supuesto de divorcio vincular como al de separación legal de cuerpos.

Es la culpa en el quebrantamiento de las relaciones y obligaciones normales, legales y extraordinarias del matrimonio, la que trae aparejada la pérdida de la vocación sucesoria. El paso subsiguiente que es la permanencia del vínculo matrimonial o su absoluta disolución no están en juego ni deben influencia o relevancia, para la vocación sucesoria.

V. CONTRACCIÓN DE NUEVO MATRIMONIO

Debe contemplarse el supuesto de nuevas nupcias en el caso de divorcio vincular, por cuanto aquella hipótesis subsiguiente a la nulidad o anulabilidad de un matrimonio, presenta diferencias fundamentales que hacen, necesariamente a sus consecuencias y efectos. Sin embargo, algunas legislaciones, de las que figuran en el informe de las Naciones Unidas, no hacen una pureza jurídica y de allí algunos resultados no aceptables para una doctrina fundada y menos para la formulación de un principio uniforme.

En esta materia de nuevo matrimonio de divorciados "ad-vinculum" es preciso partir de los impedimentos dirimentes o sea aquellos que obstan a la validez del matrimonio y traen aparejada la nulidad absoluta, para luego tratar los efectos de esas ulteriores nupcias.

a) Impedimentos.

A pesar de que su teoría se originó en el derecho canónico, hacen su presencia en casi todas las legislaciones positivas por razones de moral, de sanidad o de eugenesia.

El cuadro general de: consanguinidad en toda la línea recta ascendente y descendente, la colateral entre hermanos germánicos y unilaterales, la afinidad entre suegro, suegra, nuera y yerno, el vínculo adoptivo entre adoptado y adoptante y sus respectivas cónyuges e hijos vinculados por la adopción, etc., debe ampliarse, necesariamente, en el supuesto de nuevas nupcias subsiguientes

a una sentencia firme de divorcio vincular. Entendemos que debe contener dos expresas situaciones: 1ª) Al solo efecto de este nuevo matrimonio deben considerarse afines los ascendientes y hermanos del cónyuge anterior como así también los hijos del ex-cónyuge habidos en otro matrimonio anterior. Ello obedece a razones morales ya que podría desencadenarse un divorcio para subsistir un matrimonio subsiguiente de esa naturaleza. 2ª) La del cómplice del adulterio.

Ambas situaciones debieran elevarse a la categoría de impedimentos dirimentes.

b) Efectos.

1) Con respecto a los hijos habidos en el matrimonio anterior

a) Patria potestad y guarda. Respecto a la patria potestad el segundo matrimonio no puede ni debe tener influencia.

En cuanto a la guarda, la legislación comparada se divide en forma tridireccional: 1) El titular de la tenencia pierde la misma por el solo hecho de contraer nuevas nupcias. 2) El segundo matrimonio no tiene relevancia sobre la tenencia. 3) Discrecionalidad judicial para resolver la tenencia en caso de segundas nupcias.

Nuestro pensamiento es que la tenencia es independiente de la contracción de las segundas nupcias. La facultad judicial es permanente para modificar el "status" de la tenencia y reverter las decisiones anteriores sobre guarda, pero no en base a las ulteriores nupcias, sino al "interés de los hijos", esto es la existencia de motivos serios y graves que hagan inidóneo al padre o madre a quién se le confirió la tenencia para permanecer en la misma.

2. Alimentos a los hijos.

Algunas legislaciones sancionan a la mujer que contrae nuevas nupcias con la liberación del deber de su anterior marido de atender a la obligación alimentaria de los hijos comunes.

Hay allí dos injustas situaciones:

a) A quién se sanciona no es a la mujer sino a los hijos, víctimas inocentes de un hecho en que no son parte ni pueden impedirlo.

b) Si la ley habilita a la mujer para contraer ulteriores nupcias, ella ejerce un derecho lícito, y es principio recibido de derecho que "el ejercicio de un derecho propio no puede constituir como ilícito ningún acto", que no es ni más ni menos que la vigencia del derecho romano: "Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur". Y ese hecho lícito acarrea sanciones gravísimas a terceros, en este caso los hijos, de donde resultaría una enorme contradicción: Imponer una implícita prohibición a la mujer de contraer nuevas nupcias por el temor fundado y maternal de que los hijos no sean aislados por el padre en la subsistencia.

3. *Alimento al ex-cónyuge.*

En general las legislaciones consagran la pérdida del derecho alimentario al cónyuge que contrae nuevas nupcias. Hay algunas excepciones, entre ellas Dinamarca, algunos Estados de Estados Unidos, etc.

La primera solución acusa un fundamento real y jurídico: La prestación alimentaria, se halla a cargo del marido, cuando la mujer contrae otro matrimonio, existe otro responsable en virtud de la relación conyugal. El vínculo anterior ha desaparecido y la existencia de otro vínculo conyugal impone otro obligado.

4. *Vocación sucesoria.*

Ya hemos dado las razones por las cuales en la casi totalidad de las legislaciones positivas no existe vocación sucesoria entre cónyuges.

Peró en aquellas —como la Argentina— donde hay plena vocación sucesoria entre esposos con carácter legítimo y en un grado y orden preferente, el problema es complejo.

La doctrina jurídica se divide:

- a) Los que sostienen que se pierde la vocación sucesoria por la contracción de un nuevo matrimonio y se amparan en que el vínculo anterior ha quedado disuelto y que no puede generar obligaciones.
- b) Los que estimamos que la vocación sucesoria subsiste para el cónyuge declarado inocente en la sentencia firme de divorcio, aún cuando contraiga ulteriores nupcias. El fundamento se ampara en principios jurídicos y morales. La subsistencia de la vocación sucesoria es un derecho que reposa y es consubstancial con la culpabilidad o la inocencia en la disociación del matrimonio anterior. Sancionar al cónyuge inocente con la pérdida de la vocación sucesoria si contrae nuevo matrimonio, es tanto como colocarlo en paridad de igualdad con el cónyuge culpable. Si éste no hubiera cometido los hechos culpables, el primer matrimonio subsistiría. De tal manera que el cónyuge inocente no puede ser sancionado por su inocencia. Y además, repetimos lo dicho anteriormente, si la ley le confiere el derecho a casarse nuevamente, no puede sancionarlo por el ejercicio de un derecho lícito.

A poco que se piense, se advertirá que existe una profunda diferencia entre el cese de la prestación alimentaria y la subsistencia de la vocación sucesoria. En aquella el nuevo vínculo genera la aparición de un nuevo responsable, cuya coexistencia con el anterior podría devenir en la inmoralesidad de que el segundo marido resultare mantenido por el primero mediante la pensión alimentaria de aquél a su ex-mujer.

En cambio esa situación no se presenta —en general— como especulación de herencia futura. Y la inocencia del cónyuge así declarado tiene vigencia jurídica y tiene también un grado de aptitud para evitar las disoluciones matrimoniales.

VI. NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL MATRIMONIO

1) Resulta en el informe de las Naciones Unidas que el capítulo respectivo se rubra "Anulabilidad del matrimonio" para luego, en el contexto tratar algunas legislaciones que contienen "nulidad" y "anulabilidad" y otras "anulabilidad" solamente.

Una depurada técnica jurídica hace a la distinta concepción y efectos de "nulidad" y "anulabilidad".

El criterio es que "nulidad" "es una sanción legal que priva de sus efectos propios al acto jurídico en virtud de una causa existente en el momento de su celebración". Emanan de él las características de la nulidad: a) Es una sanción legal, o sea que se halla prevista en la ley expresamente y que la hermenéutica judicial no puede ampliar, ya que la ley obra por sí misma sin la cooperación de otro órgano, de donde pensamos ajustándose al art. 1037 del Código Civil argentino que no hay nulidades implícitas. b) Tiene un efecto anquilante que es mucho más que extintivo. c) La causa de la nulidad existe "ab-initio".

Es sabido que en los actos nulos se halla comprometido el interés público, ya que su nulidad es "manifiesta" —obra por su sola presencia— y debe ser declarada por los jueces aún sin petición de parte y finalmente es inconfirmable, irrenunciable e imprescriptible. En cambio el acto "anulable" depende de la apreciación judicial, sólo compromete al interés privado y es susceptible de confirmación, es renunciable y prescriptible.

Dice Bonnacasse, que en realidad, la ajustada clasificación sería: nulidades de derecho y nulidades dependientes de apreciación judicial.

Pero, antes de seguir adelante, debemos también ponernos de acuerdo sobre que es confirmación, ratificación y prescriptibilidad en esta materia.

La confirmación del acto viciado no es otra cosa que la renuncia que hace el titular de la acción de nulidad, del derecho que la ley le acuerda para hacer que se declare ineficaz el acto.

La ratificación supone la realización de un acto a nombre de otro sin poderes o con poder insuficiente de éste, quien hace suyos el acto y los efectos del mismo, celebrados por el falsus procurator.

La prescripción es un medio de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo.

Pero, es que en derecho matrimonial estos conceptos sufren profundas modificaciones, pues como enseñan Aubry y Rau "Droit Civil Français V-42) declarar que dos persons viven

como marido y mujer, no están casados en realidad y que sus hijos son bastardos, es evidentemente mucho más grave que nulificar una venta o una locación.

Escribe Jesserand (Derecho Civil II-68) que "no hay nulidad sin texto; que las nulidades de matrimonio son de interpretación estricta y no se incurre en nulidad sino en los casos y dentro de los límites precisos en que está dispuesto por la ley".

Ello resulta afirmado por la Corte de Casación en la siguiente síntesis:

a) No hay más nulidades de matrimonio que las que establece en términos expresos un texto formal. b) Esta regla se justifica en que el matrimonio afecta muy esencialmente al orden social para que pueda ser sometido imprudentemente a toda clase de ataques de las malas pasiones. c) Que los redactores del Código Napoleón consagraron un capítulo entero a la nulidades del matrimonio, lo que prueba que quisieron descartar el derecho común para establecer una reglamentación especial.

La comisión de reforma del Código Civil francés (Travaux-año 1846/7, págs. 418/9, 435, 36, 478 y 502) donde trabajaron eminentes juristas como Jullies de La Morandière, Houin Mazeaud, Ancel, etc., mantiene en su anteproyecto un régimen especial de nulidad matrimonial.

Esta es también la doctrina italiana (Codice Civile del matrimonio, p. 146, 147, 149), la alemana (Von Thur-Teoría general del Derecho Civil alemán, III, 325) y la organización del Código Civil del Brasil de 1917 (arts. 207/224).

En derecho argentino he sostenido que la ley de matrimonio civil N° 2303 organiza en materia de nulidad de matrimonio, un régimen especial que es distinto e independiente de la teoría general de la nulidad de los actos jurídicos. (Nulidad de matrimonio).

En nulidades y anulabilidades matrimoniales no hay imprescriptibilidad o prescripción. Las figuras son distintas en todo sentido: hay caducidad y consolidación. Y ello porque la fundamentación es completamente distinta.

La caducidad se produce por el no ejercicio de la acción de nulidad.

La consolidación aparece en el momento en que se produce la muerte de uno o de ambos cónyuges, ya que la acción de nulidad no puede intentarse sino en vida de los esposos, excepto el cónyuge del matrimonio precedente que podría intentarla hasta su fallecimiento, oportunidad en que el matrimonio subsiguiente quedaría también consolidado. (Posición sostenida en el despacho de la comisión definitiva por los Dres. Juan Carlos Rébora, Enrique Díaz de Guisjarro, Santiago Carlos Fassi, Alberto B. Epstein y Julio J. López del Carril, Tercer Congreso Nacional de

Derecho Civil, Córdoba, Argentina, Octubre 1963, Actas, t. II, pág. 316).

Y estimamos que hay un punto de coincidencia instantánea entre la caducidad y la consolidación. Cuando se produce la consolidación del matrimonio se produce automáticamente la caducidad de la acción por nulidad.

Sin perjuicio de otros elementos y que el debate admite mayor extensión y profundidad, lo que acabamos de exponer reconoce como fundamento esencial la seguridad jurídica, que exige que llegue un momento en que sea inatacable el matrimonio y la familia, en razón de su permanencia e inmutabilidad, aparte existe un argumento de orden ético y es la no revisión de los actos de los muertos.

Con las aclaraciones que preceden estimamos que había que formular el principio de la ley uniforme, desde una triplezidad distintiva:

- a) Matrimonio inexistente, que trataremos en un capítulo posterior.
- b) Matrimonio nulo.
- c) Matrimonio anulable.

Las características están dadas, en cuanto a estos dos últimos, y podríamos sensibilizarlas más, destacando la posibilidad de causales en uno y otro de ambos supuestos.

2. Causales.

Las que harían incurrir en nulidad absoluta, podrían ser:

- a) La consanguinidad entre ascendientes y descendientes en toda la línea, sean legítimos o ilegítimos.
- b) El vínculo de adopción o de legitimación adoptiva en toda la línea recta ascendente y descendente.
- c) La consanguinidad entre hermanos o medios hermanos, legítimos o ilegítimos, incluso los que resultaran tales por el vínculo de adopción o de legitimación adoptiva, aún cuando la ley no los califique como hermanos por utilizar otras formulaciones.
- d) La afinidad en la línea recta en todos sus grados.
- e) El matrimonio anterior mientras subsista.
- f) Haber sido condenado como autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges.
- g) No haberse consumado el matrimonio por imposibilidad de alguno de los contrayentes o por negativa injustificada a la consumación.

Las de anulabilidad, podrían ser:

- a) La falta de la edad requerida por la ley para contraer matrimonio.

- b) La demencia anterior.
- c) Cuando mediaren alguno de los vicios del consentimiento específicamente requeridos por la ley para la celebración del matrimonio.
- d) Haberse casado la mujer antes de los trescientos días de disuelto o anulado su matrimonio o antes del parto en el supuesto de haber quedado embarazada.
- e) Contraer matrimonio teniendo enfermedad venérea en período de contagio.

La consolidación y caducidad se operarían: En el supuesto de nulidad absoluta, por el fallecimiento del cónyuge en la forma que ya hemos expuesto.

En los de anulabilidad: En el de falta de edad la consolidación se operaría automáticamente al alcanzar la edad legal o quedar embarazada la mujer. En el de demencia, cuando el insano recobra la razón y mantiene la vida en común dentro de un plazo perentorio, sesenta días por ejemplo.

En el caso del período denominado "de castidad" para la mujer, transcurrido un plazo perentorio, v. gr.: sesenta días después de los trescientos días previstos como plazo máximo para operarse el parto.

En la hipótesis de enfermedad venérea dentro de los sesenta días de contraído matrimonio y con la sanción adicional de internación para su curación.

3. La buena fe.

En toda la materia del derecho matrimonial ha de estar presente el buena fe y ella ha de desencadenar efectos jurídicos a favor de quién la tiene, con sanciones para el contrayente o cónyuge de mala fe.

Podemos distinguir la buena fe en positiva y negativa.

Positiva es la creencia leal que los contrayentes o uno de ellos han tenido, de que contraían un matrimonio válido y esa buena fe debe estar presente en el momento de la celebración del matrimonio.

Negativa es la ignorancia que ambos esposos o uno de ellos tiene de que el impedimento era un obstáculo o vicio que nulificaba el acto.

Esta última es el error de derecho que aún admitido en esa forma en el B. G. B. alemán (arts. 1346 y 1704) pensamos que daría lugar a la colusión para sostener la ignorancia de la ley.

Nos parece mejor solución la admitida en la legislación italiana de la justa causa o el error excusable y la de la ley de matrimonio civil argentina en su art. 90: "Consiste la mala fe de los cónyuges en el conocimiento que hubiesen tenido, o debido

tener, el día de la celebración del matrimonio, del impedimento que causa 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 fuese ocasionado por dolo".

Y la buena fe, por principio elemental jurídico, se presume hasta que se demuestre lo contrario.

De todas maneras es nuestro sentir que, el principio de la buena fe positiva debería estar presente en la ley uniforme.

4. Efectos.

a) Nacionalidad.

Las legislaciones que atribuyen a la esposa la nacionalidad del marido, se deciden por dos esferas: 1º) La ex-esposa de buena fe conserva la nacionalidad del marido. 2º) En el caso de nulidad queda sin efecto la nacionalidad.

De acuerdo a lo que ya expresamos, cada cónyuge conserva su propia nacionalidad y si la mujer opta por la del marido, permanece en ella, pues que su opción no reposa en el derecho matrimonial, sino en las decisiones propias de los derechos esencialmente personales.

b) Apellido.

También en este aspecto hay dos corrientes: a) La mujer recobra su apellido de soltera. b) Se da opción a la mujer para que siga usando o no el apellido de su ex-marido.

Nuestro pensamiento es que la mujer como persona no debe perder su apellido propio por el acto del matrimonio, y si éste se declara nulo, la esposa de buena fe tiene a su favor el derecho de seguir usando el apellido de su ex-marido.

d) Alimentos al ex-cónyuge.

Tres situaciones direccionales principalmente hallan eco en las disposiciones positivas de la legislación comparada: 1º) Extinción total del derecho y obligación alimentaria, 2º) Obligación del cónyuge de mala fe hacia el de buena fe. 3º) Obligación de prestarse alimentos, que reposa no en el ex-matrimonio ni en la buena o mala fe, sino en el principio de la responsabilidad civil.

En realidad, la obligación alimentaria en los supuestos de nulidad y anulabilidad debe apoyarse en el principio de la buena fe para contraer tales nupcias. Si ambos esposos fueron de buena fe se deberán alimentos entre sí; si sólo uno de ellos actuó de buena fe, éste tiene derecho a alimentos que le deberá suministrar el de mala fe, sin que exista reversión.

e) *Situación de los hijos.*

Varias son las cuestiones a considerar:

1º) *Filiación de los hijos.* Las legislaciones se orientan en forma tajante:

Para unas son legítimos y para otras ilegítimos y para algunas son naturales. La ley argentina apoya su decisión en la buena fe de los contrayentes: Si ambos ex-cónyuges o uno solo de ellos era de buena fe al celebrarse el matrimonio los hijos son legítimos y si ambos contrayentes lo fueron de mala fe, los hijos serán "extramatrimoniales".

En nuestro párecer, la buena fe trasciende a los hijos y de allí su legitimidad. Declarar a todos, aún en el caso de mala fe, hijos legítimos daría pie a la contratación de matrimonios nulos por impedimento de ligamen, que son simples concubinatos una vez declarada la nulidad, pues no existiría ni el temor ni el cargo de conciencia de su ilegitimidad.

De tal manera, que estimamos que el criterio de la buena fe positiva ha de gobernar asimismo la filiación descendiente de matrimonios nulos.

Los hijos de matrimonios anulables, en el sentido que entendemos y hemos expuesto la anulabilidad, serían siempre legítimos.

2. *Apellido.*

Estimamos que siempre ha de ser el del padre, independientemente de su buena o mala fe.

3. *Patria potestad.*

Algunos derechos positivos niegan la patria potestad.

En cambio otras legislaciones, como la argentina, la gobernan de acuerdo a la buena fe.

Siguiendo esa orientación, podemos establecer que en el caso de buena fe de ambos contrayentes, la patria potestad la ejercerá el padre. En el supuesto de buena fe de uno solo de los ex-esposos, la ejercerá solamente él, pero el de mala fe tendrá a su cargo las obligaciones y no los derechos que impone la patria potestad.

Siendo ambos de mala fe, la patria potestad la ejerce el padre.

4. *Tenencia.*

En bastante medida la legislación comparada se decide acordando la tenencia de los hijos menores al contrayente de buena fe.

En nuestro sentir es la solución justa.

La ley argentina no trae previsión sobre la tenencia en punto a matrimonios nulos, pero va de suyo que, siendo la tenencia uno de los elementos constituyentes del ejercicio de la patria potestad, y atribuyéndose ésta por la ley de acuerdo a la buena fe, la tenen-

cia o guarda de los hijos menores se halla atribuida al contrayente de buena fe.

En el supuesto de buena fe de ambos, la tenencia deberá decidirse de acuerdo al sexo y edad de los menores y también a la mejor idoneidad de cada uno, del padre o la madre.

En todos los casos deberá presidir las situaciones "el interés de los menores" dentro del cual se halla la idoneidad del padre y la madre.

5. Legitimación.

Las legislaciones contemplan la situación de los hijos nacidos después de contraído el matrimonio nulo. Pero omiten pronunciarse sobre los efectos de ese matrimonio con respecto a los hijos habidos por la misma pareja antes de la celebración de ese matrimonio.

Sin embargo, la legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio nulo tiene vigencia en el art. 314 del Código Napoleón, en el Código Civil Italiano de 1942 (arts. 138, 251, 281) y por imperio del art. 25 de la ley de matrimonio alemana de 1948.

En el Concilio de Tribur de 895 se estableció que no existe adulterio cuando existe buena fe en alguno de aquellos que de hecho lo cometen y en el antiguo derecho español, Ley I, Título III, Partida IV, del año 1256, encontramos la habilidad de ese matrimonio para legitimar esos hijos.

El principio en mi sentir ha sido aceptado por el Código Civil argentino y luego por la ley de matrimonio civil que, si los hijos son naturales, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio putativo de los padres, en el caso de que ambos sean de buena fe. Disposición expresa del art. 87, inc. 4º.

Pero esto, merece por mi parte aclaraciones e interpretaciones: La categoría de hijos naturales ha desaparecido en el derecho positivo argentino para quedar dentro de la denominación de "hijos extramatrimoniales" pero, subsiste el art. 311 del Código Civil argentino. En consecuencia los hijos, cuyos padres al tiempo de su concepción pudieran casarse quedan legitimados por el siguiente matrimonio nulo de los progenitores. El caso queda reducido al supuesto de que los impedimentos que causan la nulidad del subsiguiente matrimonio, aparecen después de la concepción del o de los hijos.

Creemos que la misma habilitación se produce en el caso de que uno solo de los contrayentes sea de buena fe, aunque la ley no lo manifieste expresamente, pero al decir: "Si hubo buena fe sólo de parte de uno de los cónyuges producirá también los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al esposo de buena fe y a los hijos...".

Y uno de los efectos del matrimonio válido es la legitimación de los hijos concebidos antes.

Pero, a su vez, hemos escrito (Legitimación de hijos extra-matrimoniales, pág. 124-125) que esa legitimación por matrimonio putativo sólo alcanza a los hijos "naturales concebidos antes del matrimonio putativo y nacidos después de celebrado ese matrimonio y esa interpretación surge del art. 230, inc. 3º del Código Civil que fue trasladado a la letra a la ley 2393 de matrimonio civil".

Resumiendo, esa legitimación por matrimonio putativo se produce con sujeción a las siguientes condiciones: 1º) Que los padres al tiempo de la concepción no tuvieran impedimento para contraer matrimonio válido. 2º) Que el impedimento dirimente aparezca después de la concepción del hijo. 3º) Que ese mismo hijo nazca con posterioridad a la celebración del matrimonio nulo.

f) Bienes.

Por supuesto que en las legislaciones que admiten los regímenes matrimoniales patrimoniales, la restitución, adjudicación y distribución de los bienes se practicará de acuerdo a las previsiones del contrato nupcial. Pero en algunos cuerpos legales positivos (México-España) se da extraordinaria relevancia a la buena fe, de tal manera, que a pesar de cualquier previsión en el pacto nupcial, los bienes comunes o parafernales pasan íntegramente al cónyuge de buena fe y si ambos son de mala fe pasan a los hijos o se compensa la mala fe.

En el derecho argentino, la solución patrimonial, se riga imponiendo también el principio de la buena fe.

Si ambos contrayentes fueron de buena fe los bienes se liquidaran como en el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges. O sea retirará sus bienes propios y recibirá la mitad de los bienes gananciales, aunque nada haya aportado a la sociedad conyugal.

Si uno sólo de ellos fue de buena fe la solución es la misma, pero el de mala fe perderá las ventajas que al otro le haya conferido en la convención prenupcial y que por imperio del art. 1217 del Código Civil sólo pueden consistir en "las donaciones que el esposo hiciere a la esposa" y en "las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento" (art. 1233 Cód. Civil), salvada que sea la legítima de los herederos forzosos (art. 1830 Código Civil).

Claro que si en el matrimonio putativo el impedimento dirimente fue el de ligamen, al declararse la nulidad existirán dos sociedades conyugales superpuestas: la de la mujer legítima y la de la segunda esposa de buena fe. Ese supuesto previsto en el art. 1316 del Código Civil se resuelve con el criterio de que la comunidad patrimonial con la mujer legítima abraza toda la duración del matrimonio y continúa hasta la muerte del marido, no obstante la unión indebida contraída por él, por consiguiente,

todos los bienes adquiridos durante el segundo matrimonio son para la mujer legítima como los adquiridos antes; su derecho no puede disminuirse, ni por el crimen del marido, ni por el error de la segunda mujer. Es verdad que el matrimonio putativo produce todos los efectos civiles respecto al esposo de buena fe, pero no a costa de los efectos de un matrimonio legítimo. La segunda mujer tendrá sus gananciales, pero salvados que sean los de la primera y legítima esposa. (Nota del Codificador Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield).

En consecuencia, se toma como si ambas sociedades conyugales fuesen una sola. La esposa legítima toma la mitad de esa única masa de bienes. Y de la otra mitad que corresponde al marido la segunda esposa de buena fe toma la mitad de los bienes habidos en la segunda sociedad conyugal. Importa también una sanción al marido de mala fe.

Finalmente, cuando ambos contrayentes son de mala fe, la unión será reputada concubinato, los hijos serán extramatrimoniales y en cuanto a los bienes se procederá como si se tratase de una sociedad de hecho. Hemos escrito (Estudios de Derecho de Familia) que la ley argentina dá por existente la sociedad de hecho y que a los efectos de su disolución y adjudicación los concubinos sólo deben probar sus aportes.

g) Responsabilidad civil del culpable.

Tampoco en el informe de las Naciones Unidas que analizamos, se trata el aspecto del capítulo.

El Código Civil argentino (art. 234) contenía a la letra el precepto que pasó al art. 91 de la ley de matrimonio civil que se halla en vigencia, que establece en materia de matrimonio putativo: "El cónyuge de buena fe puede demandar al cónyuge de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, por indemnización de daños y perjuicios".

Es de toda claridad que el contrayente de mala fe ha causado un daño a sabiendas y es principio inconcuso de derecho que quien ocasiona un daño a otro está obligado a su reparación. Y en el supuesto la reparación es de contenido pecuniario.

El principio, según mi opinión, debe adquirir jerarquía de norma de ley uniforme.

VII. MATRIMONIO INEXISTENTE

Hemos señalado la confusión en que —según mi entender— incurrían algunas legislaciones al no discriminar nulidad con anulabilidad del matrimonio. Esta situación se agrava aún más con la ausencia de la figura jurídica del matrimonio inexistente.

Pienso que debería establecerse una gradación jurídica:

a) Matrimonio inexistente.

- b) Nulidad de matrimonio.
- c) Anulabilidad de matrimonio.

Las dos segundas precedentes las acabamos de tratar. Respecto al matrimonio inexistente enseña Josserrand (Derecho Civil, I, N° 129) que en el estado actual de la doctrina, y también, desde hace algunos años, de la jurisprudencia, se distinguen, en este particular tres grandes categorías de sanciones, que consisten en la inexistencia, la nulidad y la nulidad relativa o simple anulabilidad.

La doctrina jurídica civilista, comienza con Zachariae a principios del siglo XIX a exponer la teoría del "acto inexistente" que se va afirmando en las conclusiones de la enseñanza post-napoleónica, estableciendo mediante el palmeto de la doctrina original, el concepto cabal, y la distinción clara entre "matrimonio inexistente" y "matrimonio nulo".

Ese pensamiento fue desarrollado por Demolombe, Laurent y especialmente Aubry y Rau quienes enseñan "el acto que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es imposible concebir su existencia, debe ser considerado no solamente como nulo, sino como inexistente" (Droit Civil Français, I, p. 118). Ideas en su substratum compartidas por Bonniercasse "un acto jurídico es inexistente cuando faltan uno o varios de sus elementos orgánicos, o quizá, más bien, específicos" (Elementos de Derecho Civil, II, p. 277) y por Josserrand "el acto inexistente es aquel que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de suerte que no responde ni aún a la definición genérica que da de él la ley. Al acto inexistente se le opone el acto nulo, el cual está provisto de todos sus órganos constitutivos, y responde por consiguiente, a la definición que la ley da de él, pero choca con un obstáculo decisivo".

No sólo en la circunscripción del derecho civil, se ha abierto ancho paso la doctrina del "acto inexistente", sino también en el del derecho público, donde Laferrière estableció el principio y la distinción entre el acto inexistente "acto ineficaz por sí mismo" y el acto nulo, teniendo éste, aún en el de nulidad absoluta "el valor de una manifestación de voluntad" (Traité de la Jurisdiction administrative, II, 496).

Esta doctrina del acto inexistente la desarrolla en Alemania el jurista Paul Dertmann (Introducción al Derecho Civil, p. 279); en España el catedrático y Presidente del Tribunal Supremo José Castán Tobeñas en sus notas al Tratado de Derecho Civil alemán de Bonnercus-Kipp y Wolff, también Federico Puig Peña (Derecho de Familia. Teoría general del matrimonio, p. 533) y en Italia la admiten Betti (Teoría general del negocio jurídico, p. 197/198), Mosco (La conversión, p. 358), Santoro-Passarelli (Instituzione N° 55), etc.

Por supuesto que existen opiniones absolutamente negativas del "acto inexistente" como Mazeaud, Mazeaud que piensan que "es inútil e inexacta la teoría de la inexistencia; no hay una noción de inexistencia distinta de la noción de nulidad absoluta" (Lecciones de Derecho Civil, V, III, parte 1ª, p. 219).

Y ya en materia de anteproyectos vuelve la divergencia. En el de la Comisión de Reformas al Código Civil francés 1943-1945 se incluye dentro del régimen especial de nulidad matrimonial a la identidad de sexos, que es, evidentemente el caso más típico de "inexistencia del matrimonio". La comisión jurídica asesora española al formular su "Anteproyecto de ley de matrimonio civil" (Madrid, 1933), introduce expresamente la distinción entre matrimonios inexistentes y matrimonios nulos.

Esta posición doctrinaria no es bizantina como piensa Traverzas ("Sobre nulidad jurídica", Rev. Gal. de Leg. y Jurispr. 124-125), sino que se producen importantes consecuencias jurídicas.

Y partiendo de su conceptualización "ab-initio", la nulidad es una sanción de la ley que recae sobre un acto jurídico real o existente, en cambio la inexistencia es una noción conceptual no legal, que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos que "no son" actos jurídicos. (Llamblas Jorge Joaquín, *Trat. Der. Civil*, Parte Gral. II, p. 584-585).

Pensemos que el "acto inexistente" es la nada jurídica, es un "no-matrimonio" ni como apariencia, pues que apariencia "es cosa que parece pero no lo es" (Dicc. Lengua Española) y un matrimonio entre personas de idéntico sexo, no es ni parece un matrimonio, que requiere inevitablemente un hombre y una mujer.

En cambio el matrimonio nulo tiene existencia, tiene realidad jurídica, por ello la ley establece una sanción, la nulidad que lo destruye para el futuro. En el matrimonio inexistente no hay sanción, no hay nada que destruir, pues la nada no tiene ninguna entidad ni representación; ni ha nacido tan siquiera. Sólo requiere la declaración judicial de que ese acto no tiene existencia alguna, lo que es muy diferente de dictar una sentencia "sancionando" un acto con la nulidad del mismo. El matrimonio inexistente no produce ni puede producir ningún efecto, y en cambio el matrimonio nulo produce intensos efectos jurídicos como el matrimonio putativo y el simple concubinato con sus consecuencias personales entre los contrayentes, con respecto a los hijos, en cuanto a los bienes.

Consecuencia de la "nada jurídica" es que los pseudo-contrayentes, pueden perfectamente sin esperar declaración alguna de nulidad, contraer matrimonio válido con otra persona.

Y no habría jamás, por imposibilidad, ninguna consolidación en el "matrimonio inexistente", posibilidad jurídica —la de la

consolidación— que es consubstancial a la del matrimonio nulo.

En Argentina, el art. 14 de la ley de matrimonio civil 2383 establece: "es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes, expresado ante el oficial público encargado del Registro Civil. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aun cuando las partes tuviesen buena fe".

Es decir que en derecho matrimonial argentino hay una clara distinción de la norma positiva entre inexistencia y nulidad.

Ese art. 14 impone tres condiciones: una implícita como es la diversidad de sexos y dos expresas: el consentimiento de los contrayentes y que el mismo sea expresado ante el Oficial Público competente que es el encargado del Registro Civil.

Y la teoría del "matrimonio inexistente" muestra acabada recepción en las normas positivas al negarle todo efecto jurídico incluso frente a la presencia de la buena fe.

La mayor parte de la doctrina jurídica argentina milita dentro de la dicotomía de matrimonios inexistentes y matrimonios nulos (Rêbora, Instituciones de la Familia, t. 2, p. 151; Prayona, Familia, N° 51; Fassi, Anales Fac. Der. La Plata, t. 13, p. 46 y 78; Goldschmidt, La Ley, 97-825; Borda, Familia, I, p. 135; Liambás, Derecho Civil, Parte General, II, p. 596; López del Carril, Estudios de Der. de Familia, p. 13. Nulidad de matrimonio. Inscripción de partidas de matrimonio extranjeras en el Registro Civil, J. A., 1961, II, p. 584/600).

En la posición adversa se encuentran Lafaille, Salvat, Echeverry Boneo.

Sin embargo la jurisprudencia argentina viene aceptando la tesis del matrimonio inexistente. (La Ley, 33-455, J. A., 1944, I, 155; La Ley, 52-470; J. A., 1948, IV, 137, La Ley, 65-56, etc.).

Pensamos que debería incorporarse a una ley uniforme la tripartición ya citada: matrimonio inexistente, matrimonio nulo y matrimonio anulable.

VIII

Finalizando, deseamos aclarar que nuestro comentario es breve de acuerdo a esa característica del informe de las Naciones Unidas. Hemos evitado repeticiones legislativas del mismo, hemos incorporado algunas otras y en especial la argentina y sobre todo damos las soluciones doctrinarias que conceptuamos apropiadas a cada caso, añadiendo nuestras propias ideas y críticas, de manera tal de completar un cuadro meramente legislativo.

Y acabamos de decir breve, porque va de suyo que, cada tema o tópico precedente puede ser motivo de muchísima mayor extensión.