

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

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

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

FRANCISCO A. M. FERRER

Capítulo II

EL MATRIMONIO

I. NOCIONES GENERALES

1. Importancia.

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

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

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

2. Concepto.

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

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

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

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

3. Etimología.

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

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

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

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

4. Fines.

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

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

5. El triple aspecto del matrimonio.

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

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

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

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

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

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

6. Doble acepción de la palabra matrimonio.

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

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

7. Caracteres.

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

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

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

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

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

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

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

8. Naturaleza jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. El principio del "favor matrimonii".

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

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

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

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

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

10. Crisis y valor actual del matrimonio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11. La cuestión.

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

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

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

12. Evolución histórica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Importancia del derecho canónico.

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

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

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

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

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

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

14. Sistemas matrimoniales.

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

Los diversos sistemas son los siguientes:

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

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

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

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

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

15. Antecedentes patrios.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

17. Nicasio Oroño.

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

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

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

18. La ley santafesina de matrimonio civil.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Código Civil de 1869.

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

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

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

La ley 2393 de matrimonio civil.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. EL CONCUBINATO

A) NOCIONES GENERALES.

22. Concepto.

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

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

23. Caracteres.

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

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

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

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

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

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

24. Reseña histórica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

25. El concubinato en la argentina. Causas.

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

¿Cuáles son las causas?

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

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

26. Valoración.

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

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

27. Derecho comparado.

Las legislaciones vigentes se pueden agrupar en dos sistemas distintos:

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

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

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

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

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

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

B) EL CONCUBINATO EN LA LEGISLACION.

28. Legislación civil.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

29. Legislación penal.

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

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

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

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

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

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

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

30. Legislación laboral.

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

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

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

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

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

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

31. Legislación previsional.

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

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

A título de ejemplo mencionaremos las siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C) EL CONCUBINATO EN LA JURISPRUDENCIA.

32. Función de la jurisprudencia.

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

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

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

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

a) RELACIONES DE LOS CONCUBINOS ENTRE SI.

33. Alimentos entre concubinos.

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

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

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

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

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

34. Gastos de última enfermedad y entierro.

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

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

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

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

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

35. Donaciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

36. Sociedad de hecho.

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

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

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

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

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

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

37. Locación de servicios.

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

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

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

38. El derecho a pensión de la concubina.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) RELACIONES DE LOS CONCUBINOS CON TERCEROS

39. Indemnización por muerte del concubino o concubina.

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

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

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

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

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

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

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

40. Responsabilidad frente a terceros.

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

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

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

IV. LOS ESPONSALES

41. Concepto.

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

42. Naturaleza jurídica.

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

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

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

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

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

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

43. Referencia histórica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

44. La norma del Código Civil y su fuente.

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

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

45. La existencia de una obligación natural.

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

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

46. Derecho comparado.

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

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

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

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

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

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

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

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

47. Opinión de la doctrina nacional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

50. Proyectos de reforma.

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

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

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

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

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

V. EL CORRETAJE MATRIMONIAL

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

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

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

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

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

52. Antecedentes históricos.

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

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

53. Derecho comparado.

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

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

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

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

54. Derecho argentino. Doctrina. Jurisprudencia.

Nuestro código no contiene ninguna disposición sobre esta materia.

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

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

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

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

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