

## Capítulo VIII

### NULIDADES MATRIMONIALES

por MARIA ROSA LORENZO de FERRANDO

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

**MARIA ROSA LORENZO de FERRANDO**

**Capítulo VIII**

**NULIDADES MATRIMONIALES**

## I. REGIMEN JURIDICO DE NULIDADES MATRIMONIALES

### 1. Tesis sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales o aplicación subsidiaria del régimen común de nulidad de los actos jurídicos.

La doctrina nacional se pronuncia en dos grandes corrientes de opinión sobre el tema de las nulidades matrimoniales. Algunos autores se sitúan dentro de una postura rígida que no admite otro régimen que el establecido en la ley de matrimonio civil, que defienden como sistema autónomo y que resulta por tanto autosuficiente respecto a las causas de nulidad de matrimonio, a sus efectos, y a las personas legitimadas para el ejercicio de la acción tendiente a obtener su declaración. Esta postura, *cerrada*, se ha dado en llamar “tesis de la especialidad”.

La otra posición que puede denominarse *amplia*, niega que el régimen establecido en la ley 2393 sea autosuficiente, y proclama que, en materia de nulidad de matrimonio vemos —como una infraestructura de las disposiciones específicas (Mazzinghi)—, al sistema de las nulidades de los actos jurídicos enriqueciendo y completando el reducido grupo de reglas contenidas en la ley matrimonial. Esta tesis defiende la aplicación subsidiaria de las nulidades de los actos jurídicos en general.

#### A) Tesis de la especialidad.

Enunciada por Prayones, es sostenida por Fassi, López del Carril, Lagomarsino, Molinario, Belluscio entre otros y apoyada en fallos de jueces como R. Salvat, Barraquero, Acuña Anzorena, N. Portas, Acdeel Salas y otros distinguidos juristas.

Díaz de Guijarro por su parte, sistematiza el régimen legal de nulidades aplicando un principio general, el del artículo 18 del Código civil; y luego lo completa con regímenes especiales: para los actos jurídicos patrimoniales aplica las normas de los artículos 1037 y siguientes del Código civil, mientras que, para el matrimonio como acto jurídico familiar, sólo cabe aplicar, dice, aquel principio general y la ley 2393.

Los argumentos sobre los que se apoya la tesis de la especialidad son:

1º) Las ideas dominantes a la época de sanción de la ley argentina de matrimonio civil, que se orientaban en el sentido de que las causales de nulidad de matrimonio constituían un régimen expreso y especial.

a) *Doctrina francesa*: El Código de 1804 no tiene una teoría general de los actos jurídicos y de sus nulidades, por lo que aparentemente el problema doctrinario no debía plantearse. Pero el título quinto del Libro primero de ese Código referente a las demandas de nulidad de matrimonio, no enunciaba las causales de nulidad, sino sólo quiénes pueden ejercitar la acción, efectos de la nulidad, algunas reglas sobre caducidad, y prueba de matrimonio.

La falta de una expresa enunciación de las causales planteó en doctrina el interrogante de que, si no se contiene la causal en un precepto expreso, puede ella resultar implícitamente de la violación de la prohibición legal (nulidades virtuales), admitiéndose casi uniformemente por los autores que en materia de matrimonio —a diferencia del derecho común—, no hay nulidad sin un precepto legal expreso que la pronuncie (*pas de nullité pour le mariage sans un texte qui la prononce expressement*), resultando por consiguiente un régimen especial.

Fue también el criterio de la Corte de Casación francesa que, acogiendo la doctrina, no admitió más nulidades que las expresamente previstas en los textos legales.

Se observa que sin duda, nuestros legisladores de 1888 recibieron estas ideas, ya que, además, consagraron en el artículo 14 de la ley de matrimonio civil la teoría de la inexistencia de matrimonio, que iba unida a la negación de las nulidades implícitas.

b) *Derecho canónico*: Las causales de nulidad están expresamente dichas en los cánones y constituyen un régimen especial, ya que el Derecho canónico no tiene una teoría general de los actos jurídicos y sus nulidades, ni interesa para el caso desde que legisla al matrimonio por ser un sacramento.

Fue derecho vigente hasta la sanción de la ley 2393, y la especificidad del régimen era, se dice, convicción de la época.

c) *Proyecto de Freitas y Código de Vélez Sársfield*: Freitas remitió a las disposiciones contenidas en su teoría general de los actos jurídicos, la nulidad de los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia católica —art. 1430—; pero en cuanto a las causales, sólo admitió que podían ser aplicadas las que establecieren las leyes sobre el matrimonio —art. 1433—; siendo necesario la remisión expresa a la parte general para que ese régimen fuera aplicable.

Inspirándose en Freitas, Vélez estableció normas similares en sus artículos 228 y 229 del Código argentino, aunque remitió al derecho canónico —y no a la ley civil—, la enunciación de las causales de nulidad matrimonial.

2º) *Trámite legislativo*: El Proyecto de la ley 2393 contenía el artículo 93 que decía: “Las disposiciones de este Código sobre nulidad de los actos jurídicos, son extensivas a la nulidad de los matrimonios”.

Al fundamentar las reformas propuestas, el senador Manuel Derqui abogó por la supresión de ese precepto, explicitando que sería inconveniente y no tendría objeto, ya que en el Proyecto estaban previstas y claramente expresadas todas aquellas causas que, dada la naturaleza y fines del matrimonio, eran bastantes para servir de fundamento a una acción de nulidad.

El artículo 93 fue suprimido.

3º) *Razones axiológicas*: En favor de la tesis de la especialidad Belluscio agrega que “el matrimonio es un acto jurídico, pero de naturaleza trascendental para el orden social que requiere normas especiales que regulen su invalidez, ya que ésta puede acarrear la disolución de la familia, la colocación de los esposos en la condición de concubinos y la filiación ilegítima de los hijos nacidos

de la unión. Es muy distinto anular un acto que sólo produce consecuencias patrimoniales que uno que da origen a un sinnúmero de relaciones de orden familiar” (T. II, nº 348, págs. 19/20).

**Consecuencias:** La tesis de la especialidad sostiene que la ley 2393 (Capítulos XII y XIII), constituye un régimen especial y auto-suficiente en materia de nulidad del matrimonio. En consecuencia:

- no hay nulidad sin una causal expresamente prevista en la ley;
- están legitimados para el ejercicio de la acción las personas citadas en los artículos 84 y 85 de la LMC;
- la invalidez de matrimonio requiere el ejercicio de la acción de nulidad. El artículo 224 del Código civil exigía plantear la acción. Por tanto no procede la declaración de oficio de la nulidad;
- los efectos de la nulidad de matrimonio son los previstos en la ley 2393, exclusivamente (arts. 87 a 89 LMC.).

**B) Tesis de la aplicación subsidiaria de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos.**

La nulidad del matrimonio, dice Llambías, se inscribe dentro del régimen más amplio de la nulidad de los actos jurídicos en general, sin perjuicio del sello particular y de las características peculiares que son impuestas al sistema por la importancia y naturaleza del acto y la trascendencia de la acción (*C.C. anotado*, T. I, Comentario al art. 84 LMC. págs. 697 y ss.). Para los partidarios de esta tesis, las normas estatuidas por la ley de matrimonio civil se conjugan y armonizan con las que son propias de los actos jurídicos en general, aun cuando aquéllas se aplican prioritariamente, y oponen, en algunos casos, un obstáculo a la aplicación de ciertos principios generales o los modifican atendiendo a la especial naturaleza del acto matrimonial.

Comparten esta posición entre otros: Lafaille, Pedro León, Frías, Arias, Pavón, Busso, Spota, Mazzinghi, Llambías, etc.

Los jueces se han pronunciado reiteradamente sobre la aplicación subsidiaria de la nulidad de los actos jurídicos en general admitiendo que el régimen de nulidad de matrimonio establecido en

la ley 2393 no es distinto y autónomo en grado tal que rechace en absoluto el establecido en el Código Civil, cuyos principios generales son aplicables en esta materia mientras no haya disposiciones especiales que los modifiquen o no lo impida la naturaleza misma del acto (SCBA, DJBA, 64-134; LL 106-271; JA, 1962-I-406; C. Civil Sala D, LL 86-103; C. Civil, Sala E, LL 99-85; JA, 1961-IV-414; C. Civil Sala C, LL 9-295; Cra. 1ª Bahía Blanca, LL 97-52 y otros).

### *Fundamentos:*

1º) La ley 2393 forma parte del Código Civil (arts. 1º y 118 LMC). El artículo 118 ordena: ...“se incorporará esta ley en lugar del Título I, Sección II, Libro I, arreglando la numeración que corresponda a los artículos”. Se deduce por tanto que las disposiciones de la ley de matrimonio civil se incorporaron al Código y deben funcionar en armonía con el sistema general que éste organiza, cuya aplicación no ha sido expresamente excluida.

2º) La invocación de los artículo 224 y 228 que hacen en apoyo de su teoría los partidarios de la especialidad, es extemporánea y sólo conserva valor histórico (Mazzinghi). Precisamente el artículo 228, que hacía aplicables a los matrimonios celebrados sin autorización de la iglesia católica las disposiciones sobre la nulidad de los actos jurídicos en general, es revelador del concepto de Vélez en cuanto a que fue su voluntad elaborar una teoría del acto jurídico comprensible de los actos patrimoniales y de los actos de familia, y resulta de manera inequívoca de la nota al Libro II, Sección II, que después de la transcripción de Freitas, agrega: “Estas disposiciones, susceptibles de una aplicación común, que en todos los códigos han sido particularizadas a los contratos y testamentos, son las que ahora, en su carácter propio, se han reunido en esta Sección”. La nota es ilustrativa del pensamiento de Vélez respecto a la comprensión del matrimonio en la teoría general del acto jurídico, y hace restar importancia a la opinión del senador Derqui sobre la inconveniencia de una disposición tan general como la contenida en el artículo 93.

3º) El régimen de nulidades previsto por la ley 2393 es imperfecto y ofrece lagunas que no pueden ser subsanadas sino por

aplicación del sistema general de nulidades, aplicable subsidiariamente. Así, la ley de matrimonio no resuelve la validez o invalidez del acto celebrado por quien padece una falta ocasional o accidental del discernimiento, ni el supuesto de simulación del acto.

Se agrega que en las leyes posteriores a la ley 2393 que crean impedimentos matrimoniales y no establecen expresamente la nulidad, aunque el matrimonio se celebre en violación a la prohibición legal, no cabría sanción alguna sobre el acto. Pese al mandato legal, su violación sería inicuá.

4º) Se señala la imperfecta nomenclatura que estatuye la Ley de Matrimonio Civil (matrimonios absolutamente nulos y anulables: arts. 84 y 85 LMC), que refuerza la necesidad de recurrir al sistema congruente y armónico que brinda el Código Civil.

5º) La tesis de la especialidad constituye una hermenéutica equivocada (Mazzinghi) que conduce a resultados escasamente positivos debiéndose recurrir con frecuencia a la aplicación de un sistema paralelo de ineficacia (inexistencia matrimonial).

6º) La única *forma* exigida como elemento esencial del acto matrimonial, es la expresión del consentimiento ante el oficial público encargado del Registro Civil, de manera que el peligro de que proliferen las nulidades matrimoniales por fallas de anomalías, es “un espejismo”.

7º) La aplicación al acto matrimonial del régimen común de nulidad de los actos jurídicos, presenta, según sus sostenedores, las siguientes ventajas:

- a) Las llamadas nulidades virtuales tienen cabida en materia matrimonial. Por consiguiente son de aplicación los artículos 18 y 1037 del Código Civil, si bien de manera moderada y congruente;
- b) Es posible la declaración de oficio de la nulidad absoluta y manifiesta de matrimonio (art. 1047 CC). El hecho de que el Ministerio Público esté investido de legitimación activa para solicitar la declaración de las nulidades absolutas (art. 84 LMC), refuerza esa interpretación;

- c) No es indispensable la interposición de la acción de nulidad para declarar ineficaz al matrimonio, no sólo por la posibilidad de su declaración de oficio, sino porque las autoridades pueden constatar su invalidez y hacerlos inoponibles (ejemplos: caso "Cogenuri"; y disposiciones de ciertos Registros Civiles para negar la inscripción de partidas de matrimonios extranjeros afectados de nulidad absoluta y manifiesta, en casos anteriores al decreto-ley 8204/63; o, facultades del Instituto Nacional de Previsión Social de declararse incompetente para juzgar sobre la nulidad del matrimonio, otorgando el beneficio de pensión al cónyuge de matrimonio nulo);
- d) Por la aplicación de los principios generales sobre nulidad se facilita la interpretación de ciertos efectos del matrimonio putativo, no contemplados en la ley de matrimonio civil.

Ambas tesis sobre régimen jurídico de nulidades matrimoniales reflejan la sabiduría y autoridad científica de sus prestigiosos exponentes. Adhiero en principio a la tesis *amplia*, y por sus fundamentos entiendo que corresponde aplicar prioritariamente el régimen de nulidades previsto en la ley 2393 y en forma subsidiaria el sistema común de nulidad de los actos jurídicos, con la prudencia que aconsejan la naturaleza especial del matrimonio y las consecuencias que la sanción de nulidad acarrea sobre el acto.

Pero rechazo la aplicación de las nulidades virtuales en materia matrimonial: la nulidad debe ser el remedio extremo para cuando no sea posible la sanación en la raíz del acto o para cuando sus efectos sean excluidos como contrarios al orden público o a la moral social.

El artículo 18 del Código Civil debe ser examinado al margen de un puro rigorismo formal, para desentrañar su sentido y finalidad, descubrir la esencia de su destino jurídico y hacerlo congruente con el régimen que mejor se adecue a la defensa de la integridad y permanencia de la familia constituida sobre la base de un acto sano por su naturaleza y contenido.

Respecto de los negocios jurídicos prohibidos, la opinión de que toda violación de una prohibición legal conduce en forma automática a la nulidad del acto, es errónea.

El artículo 18 debe interpretarse así: “Un acto prohibido por la ley es nulo”, *si así lo exige el sentido y finalidad de la prohibición*, porque si bien el texto legal es claro y sencillo, resulta poco expresivo si se toma en cuenta su segundo parte: ...“si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención” (Conf.: Larenz, comentario al art. 134 del C. Civil alemán, N<sup>o</sup> 22, II, págs. 585 y ss.).

Si invertimos ambos párrafos del artículo 18 resulta que: “Si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención, un acto prohibido por la ley es nulo” (y agregó), si así lo exige el sentido y finalidad de la prohibición.

Ergo, si la ley no designa efecto alguno para el caso de contravención y el sentido y finalidad de la prohibición no exige su invalidez, el acto prohibido por la ley *no es nulo*, sino *válido*.

Todo precepto prohibitivo debe examinarse con relación a los efectos que produzca en caso de transgresión. Si el efecto previsto expresamente es la nulidad del acto, se aplicará dicha sanción. Si no está previsto expresamente, habrá que indagar el contenido del precepto y el fin perseguido: si de esa investigación surge que se trata de una “*prohibición legal propiamente dicha*”, habrá nulidad. Caso contrario, el acto será válido.

Se tratará de una prohibición jurídica en su sentido propio, cuando el negocio jurídico no es posible según su naturaleza, y, en general, se prohíbe respecto a su *contenido*.

El fundamento de la prohibición del contenido radica en que se lo considera contrario al orden público o a la moral social predominante. El legislador impide entonces la realización del acto, excluyéndolo de los tipos de negocios regulados, o prohibiendo su celebración. Las expresiones que usa en estos casos son las de que “*no permite*” o “*no debe*”, y generalmente conecta a esa verdadera norma prohibitiva una sanción grave —como es la nulidad—, e incidentalmente otras sanciones como el resarcimiento del daño causado, y aun efectos en otros ámbitos, como en el penal y administrativo.

En el orden matrimonial, son verdaderas prohibiciones legales, los impedimentos *dirimentes*, con sanción de nulidad absoluta o relativa, deber de resarcimiento de daños al cónyuge putativo, san-

ciones penales para los llamados matrimonios ilegales, penas de orden administrativo como las que pesan sobre el oficial público que celebró el matrimonio conociendo la existencia del impedimento, etcétera.

*Contrariamente*, no pertenecen a las prohibiciones legales propiamente dichas, las reglas legales que restringen el ámbito de la autonomía de la voluntad limitando a las partes el ejercicio de ciertos derechos o de negocios específicamente regulados, o someten a ciertas restricciones las relaciones jurídicas de los particulares. Las expresiones usadas por el legislador en estos casos son las de que alguien “no puede” o “no podrá” celebrar un acto, o “no puede por sí solo”. Esas expresiones tienen el significado de que el acto jurídico celebrado en contra de la prohibición legal, no es nulo, sino válido.

En estos casos no es el propósito de la ley impedir que se lleven a cabo tales actos —posibles por su naturaleza y contenido—, sino limitar adecuadamente la esfera de actuación en los negocios jurídicos, rodeándolo de circunstancias externas —que no hacen a su esencia— y cuya inobservancia constituye simplemente una irregularidad de su celebración.

Frente a la violación de estas prohibiciones, el legislador no prevé la sanción de nulidad. Algunas veces, sin embargo, ella puede inferirse por la calidad del interés particular protegido, y entonces el acto, si bien válido, será de ineficacia pendiente por ser lógicamente posible su impugnación. Otras veces no será posible aplicar sanción al acto, sino al autor de la irregularidad. Y, finalmente, será aconsejable que no resulte ninguna sanción.

En el ámbito patrimonial son numerosos los casos de limitaciones al ejercicio de ciertos derechos, o al poder de disposición negocial; es decir, casos en que la ley priva a una persona del ejercicio pleno de su derecho, o de la libre disposición sobre su patrimonio o sobre un determinado patrimonio especial: así los artículos 135, 152 bis y 1277 del Código Civil; restricciones de las facultades de los representantes legales en orden a la gestión de los bienes de sus pupilos; dominio imperfecto o menos pleno del titular del bien de familia; efectos del desapoderamiento que opera la quiebra sobre

el deudor concursado; de la declaración de muerte presunta para los herederos del difunto; restricciones para el heredero beneficiario que administra la herencia, etcétera.

Prohibiciones del mismo tipo se dan en la esfera familiar con los impedimentos *impedientes*, con la particularidad de que la sanción más grave aplicable es de índole patrimonial y recae sobre el autor, o los autores, de la transgresión. Por ejemplo, las previstas en los artículos 12 y 94 de la ley 2393 y en el artículo 131 del Código Civil.

Finalmente me pregunto si, dentro del ámbito matrimonial, ante una prohibición legal no propiamente dicha para cuya violación el legislador no ha creado sanción alguna, puede implícitamente extraerse sanción de nulidad del acto: creo que el artículo 18 del Código Civil es inaplicable a estos casos.

Ante la laguna dejada por el legislador por la falta de sanción expresa cuando se infringe o viola una prohibición legal de las que comento, debe estarse por la no aplicabilidad de sanción alguna. El orden familiar aconseja no extraer de la violación una sanción mayor, como es la nulidad, cuando sólo se trata de prohibiciones de menor entidad que las propiamente dichas; cuando nada se opone gravemente a la esencia moral del matrimonio y de los vínculos familiares; cuando el mandato legal sólo se dirige a los particulares como llamado de atención o advertencia sobre los posibles efectos del acto que pretenden realizar.

Obsérvese por ejemplo en el impedimento de sordomudez que la ley dice que el sordomudo "*no puede*" contraer matrimonio sin autorización de su curador. Aquí no hay un desapoderamiento del derecho a contraer nupcias, un acto desaprobado por su naturaleza o su especial contenido; sino sólo una limitación al ejercicio de ese derecho.

Lo mismo ocurre en caso de impedimento eugenésico de enfermedad venérea en período de contagio: la ley dice: "*no podrán*".

En ambos casos no hay sanción expresa de nulidad, y ni el sentido ni la finalidad de la prohibición permiten extraerla implícitamente: en ambos casos el acto es válido y sus efectos se producen plenamente.

Aun cabría interrogarse si en el caso de sordomudez, el acto, realizado en violación de la prohibición legal, pero válido, es de una ineficacia pendiente de la ulterior autorización del curador.

En los negocios jurídicos patrimoniales es común que los actos realizados en violación de la prohibición legal, sean de una ineficacia pendiente, en tanto la autorización pueda ser todavía concedida; si ésta se deniega pasan a ser definitivamente ineficaces, porque aun cuando el negocio no autorizado no carece de eficacia porque esté prohibido, no puede celebrarse válidamente sin autorización. Claro que están en juego intereses meramente pecuniarios.

Pero en el ámbito familiar aplicar igual criterio sería contrario al derecho natural y a la tésis del ordenamiento jurídico argentino asentado sobre la base ideal de matrimonio y tuitivamente conducente a la indisolubilidad del vínculo y a la estabilidad del grupo generado sobre él.

## II. NULIDAD E INEXISTENCIA

### 2. Teoría de los matrimonios inexistentes.

#### A) Concepto, origen. Doctrina nacional.

La teoría de la inexistencia de los actos jurídicos como categoría de ineficacia independiente de la nulidad, nació en Francia, y en su origen Zachariæ la aplicó al acto matrimonial, extendiéndose luego a los actos jurídicos en general.

Conceptualmente el acto inexistente es el privado totalmente de efectos jurídicos. En su *Derecho civil francés* el autor alemán expresa que: "un matrimonio privado de todos los efectos civiles por una legislación que considera al matrimonio como un contrato civil, es necesariamente un matrimonio que no existe a los ojos de esa legislación" (párr. 451).

Los primeros en establecer una distinción general entre acto nulo y acto inexistente fueron Aubry y Rau para quienes acto inexistente era el que no reunía los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia (T. I, § 37, texto y notas 2 y 3).

Dichos autores enumeran como condiciones esenciales para la existencia de matrimonio: 1) que las partes gocen de vida civil y sean de sexo diferente; 2) que estén en condiciones de dar un consentimiento moralmente válido y que consientan efectivamente en tomarse por marido y mujer, y 3) que la unión sea celebrada solemnemente. “Si cualquiera de estas condiciones faltara, el matrimonio debe considerarse como no ocurrido (*non avenu*) independientemente de todo juicio que lo declare tal” (T. I, § 450, págs. 5 y 6).

No todos los autores franceses adhirieron a la teoría de la inexistencia: Saleilles, Merlin, Duranton, los Mazeaud, consideraron esos mismos casos como supuestos de nulidad matrimonial.

En doctrina nacional, la teoría fue explicada por Llambías. “La inexistencia de los actos jurídicos —dice el insigne maestro—, es una noción primordial del razonamiento y de la lógica (Moyano) que se aplica a ciertos hechos materiales, a los cuales falta algún elemento esencial para ser un acto jurídico, ya el sujeto, el objeto o la forma, entendida ésta como la manifestación de voluntad del sujeto respecto del objeto. Se trata de una categoría racional y no jurídica, de un concepto que detecta nuestro pensamiento, que aflora de la naturaleza misma de las cosas. Si bien el llamado acto inexistente mantiene una semejanza externa, una apariencia con el acto jurídico, en rigor no es tal. Es apenas un remedo, que repugna a nuestra mente reconocer en tal carácter. Siendo así, la teoría de la inexistencia es una exigencia del sinceramiento de nuestra inteligencia con la realidad: es un reconocimiento de los fueros de la verdad en el orden del pensamiento jurídico”. Y agrega: “La denominación ‘acto jurídico inexistente’ no encierra contradicción, pues no niega la existencia de lo acontecido como realidad humana o material, sino niega la relevancia de ese acontecer, como acto jurídico, independientemente de toda sanción legal” (*Tratado de Der. Civil. Parte General*, N° 1909, y obras especiales citadas).

La teoría de la inexistencia ha sido aceptada por Llerena, Machado, Moyano, Molinario, Borda, Mosset Iturraspe, Fassi, Belluscio y otros.

## B) Interés práctico de la distinción entre nulidad e inexistencia del matrimonio.

La distinción entre inexistencia y nulidad como dos categorías conceptuales diferentes (no es lo mismo que no haya acto jurídico o que exista un acto jurídico viciado), acarrea en materia matrimonial las siguientes consecuencias:

1. *Facultades del juez*: “La inexistencia no es *decretada* por el juez, sino simplemente *comprobada* por él” (Borda, *Familia*, I, N° 169, pág. 138). La sentencia judicial, en el caso de inexistencia (y de nulidad absoluta) es declarativa, mientras que tratándose del acto anulable es constitutiva de la invalidez (Mazzinghi).

2. *Legitimación activa*: Cualquier persona, incluso aquella que realizó el acto conociendo la irregularidad, puede alegar la inexistencia. En cambio cuando se trata de nulidad absoluta puede invocarla cualquier interesado, menos el que lo hizo sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba el acto (art. 1047 CC). Para Fassí sólo pueden alegar la inexistencia los interesados que la ley enumera taxativamente (art. 84 LMC). La nulidad relativa puede invocarse por sólo aquel en cuyo beneficio se establece.

3. *Oportunidad procesal de la articulación*: La inexistencia puede constatarse en cualquier estado del proceso. La nulidad relativa debe articularse en la demanda o en la contestación. La nulidad absoluta en cualquier estado del proceso anterior a la citación de autos para sentencia.

La inexistencia puede ser opuesta como excepción a toda acción que tenga por fundamento la existencia del matrimonio (nulidad, divorcio, alimentos, etc.).

4. *Intervención del Ministerio Fiscal*: Carece de acción para pedir la inexistencia por la inexistencia misma, pero puede aducirla en los casos sometidos a su defensa. El Ministerio Fiscal puede pedir en cambio la nulidad absoluta en el interés de la moral o de la ley (art. 1047, 3ª parte CC. y art. 84 LMC); y también la nulidad relativa (art. 85 incs. 1 y 2 LMC).

5. *Prescripción y caducidad*: La acción para reclamar la inexistencia es perpetua, no sujeta a prescripción ni caducidad. La acción para reclamar la nulidad absoluta de matrimonio también es in-

prescriptible, y está sujeta a la regla de caducidad del artículo 86 de la ley 2393, y sus excepciones. La acción de nulidad relativa está sujeta a plazos de prescripción y de caducidad.

6. *Confirmación*: El acto inexistente es inconfirmable (como el acto afectado de nulidad absoluta). El viciado de nulidad relativa admite confirmación.

7. *La buena fe* de uno o de ambos cónyuges no produce efecto alguno cuando se trata de matrimonio inexistente (art. 14 in fine LMC).

### C) Casos de inexistencia.

La teoría del acto inexistente parece recepcionada en el artículo 14 de la ley de matrimonio civil que dice: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes, expresado ante el oficial público encargado del Registro Civil. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aun cuando las partes tuviesen buena fe".

La doctrina que admite la inexistencia deriva de este texto legal tres casos *clásicos*: igualdad de sexo; falta de consentimiento, falta de intervención del oficial público.

Mazzinghi reduce a dos los casos de inexistencia matrimonial: la diversidad de sexos y el consentimiento de los contrayentes. Advirtiendo que se ha abusado de la teoría de la inexistencia buscando resolver a través de ella, los problemas que no encuentran solución mediante el juego de las normas sobre nulidad del matrimonio, la reduce a sus verdaderas proporciones, dice, distinguiendo en todo acto jurídico, elementos que responden a exigencias de la naturaleza, de otros que obedecen a exigencias de la ley positiva (*Familia*, T. I, n<sup>o</sup> 121 y ss.). Los elementos que condicionan la existencia del matrimonio, reclamados por el orden natural son : el consentimiento de los contrayentes y la diversidad de sexos. En todos los demás casos en que la deficiencia del acto obedezca a que no se han reunido los requisitos exigidos por el derecho positivo, pero que no son indispensables desde el punto de vista del derecho natural, no cabe hablar de inexistencia, sino de nulidad.

Creo que el criterio de Mazzinghi limita adecuadamente la teoría de la inexistencia al ámbito propio del acto matrimonial.

1. *Identidad de sexos* (matrimonio homosexual): la unión de personas de igual sexo resulta aberrante desde el punto de vista natural e imposibilita los fines propios del matrimonio como son la plenitud del amor conyugal, la procreación y educación de la prole. Según Fassi la diversidad de sexos es un elemento material, de fondo, sobreentendido por la ley al referirse a “contrayentes”.

Las posibilidades que surgen de inexistencia por identidad de sexos son: a) que el oficial público haya consentido la celebración de matrimonio entre personas de igual sexo; b) que uno de los contrayentes haya aparentado falsamente un sexo diferente; c) que se trate de una persona de órganos sexuales poco diferenciados y cuyo sexo se determina después. Este último supuesto debe distinguirse del caso de impotencia (art. 85 inc. 4 LMC) cuando ésta reconozca su origen en una castración o mutilación, porque ello no significa que no perdure la diversidad de sexos.

2. *Falta de consentimiento de los contrayentes*: El consentimiento es otro de los elementos de orden natural exigido además expresamente por el artículo 14 como requisito de existencia matrimonial.

Son supuestos de inexistencia por falta de consentimiento: a) el caso de sustitución de la persona que aparece contrayendo matrimonio ante el oficial público; b) cuando se levanta el acta matrimonial con complicidad del oficial público, sin haber comparecido el o los contrayentes; c) cuando el compareciente se ha negado a prestar el consentimiento, aun cuando figure en el acta que lo ha dado, sea por error o dolo del oficial público; o ha guardado silencio, o la afirmación ha sido pronunciada por otra persona presente en el lugar; d) cuando en el supuesto de matrimonio por poder se acredita el mismo con un instrumento falso, o el apoderado celebra el acto mediando revocación del mandato; e) cuando el matrimonio se celebra habiendo revocación del consentimiento en la celebración “a distancia”; f) cuando se tratare de matrimonio por broma (*jocandi causa*); g) para Llambías es supuesto de inexistencia por falta de consentimiento serio e incondicionado, por

saber los contrayentes que no se confieren recíprocamente la calidad de esposos, el matrimonio contraído en el extranjero en fraude de las leyes argentinas (*Vigencia de la teoría del acto inexistente*, nº 9).

3. *Falta de celebración ante oficial público competente*: Para Prayones, Fassi, Borda, Belluscio, Lagomarsino y otros, el artículo 14 de la ley 2393 exige esta solemnidad para la existencia del acto.

Mazzinghi por su parte entiende que la *forma* del matrimonio no responde a la naturaleza misma de la institución, sino más bien a la necesidad social de que el matrimonio tenga certeza y publicidad, lo cual se obtiene mediante su celebración pública y su inscripción en determinados registros (T. I, nº 21, e); por consiguiente no procede calificar el supuesto de matrimonio *inexistente*, sino de matrimonio *nulo* de nulidad absoluta por no revestir la forma tasada por la ley (art. 1044 CC.).

El matrimonio celebrado ante oficial público incompetente en razón de la materia o del territorio, o ante oficial público usurpador, rodeado de la apariencia de la forma y sin conocimiento de las partes, es válido, por ser las causas totalmente ajenas a los contrayentes y por aplicación de la teoría del "error común", no debiendo recaer sobre el acto en este caso, la negligencia de la Administración.

4. *¿Es inexistente el matrimonio celebrado cuando falta accidentalmente el discernimiento?* (por intoxicación, sonambulismo, hipnotismo, uso de estupefacientes, etc.). Para Molinario el acto otorgado por quien carece accidental o momentáneamente de discernimiento encuadra en el caso de inexistencia por falta de consentimiento (LL. T. 108, pág. 1059).

No cabe hablar en el supuesto de inexistencia sino de nulidad, debiendo el juez apreciar la gravedad del vicio para determinar si ha existido o no el consentimiento.

5. *Segundo matrimonio celebrado en el país*: El acto no es inexistente. Hay nulidad del segundo matrimonio, y absoluta, por encuadrar dentro de los casos previstos expresamente en el artículo 84 de la ley 2393.

6. *Otros supuestos*: Molinario, por aplicación del artículo 18 del Código civil, también considera inexistentes (cuasiinexistentes —o de inexistencia relativa— son sus términos), los siguientes casos: el matrimonio celebrado en el extranjero en fraude a la ley argentina, por violación de las reglas internas de Derecho internacional privado a que están sometidos los domiciliados en el país; el matrimonio contraído sin estar disuelto uno anterior, en tanto no se pronuncie sentencia de nulidad del primero; y el matrimonio homosexual celebrado en un país que lo admitiese.

### III. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

#### 3. Régimen de Código.

La ley 2393 se refiere en sus artículos 84 y 85 a matrimonios *absolutamente nulos* y a los *anulables*, respectivamente. Estas expresiones no se ajustan a las empleadas por el codificador argentino en el Libro II, Sección II, y se atribuyen a una defectuosa técnica legislativa de la ley de matrimonio civil, dando lugar a distintas interpretaciones doctrinarias.

Aunque resulta innegable que existen diferencias entre ambos sistemas, emplazamos los supuestos del artículo 84 como casos de *nulidad absoluta* y a los del artículo 85 como supuestos de *nulidad relativa*.

Por otra parte, y siguiendo la clasificación de Vélez y las enseñanzas de Llambías, habrá *acto nulo* (vicio rígido, insusceptible de más o de menos, existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie) en las causales de nulidad contempladas en los artículos 84 y 85 inciso 1º. En los otros casos del artículo 85 habrá *anulabilidad* del acto (causa fluida de invalidez; indefinida, susceptible de más o menos, ligadas a las circunstancias concretas que condicionan efectivamente la realización del acto).

De la armonización de las disposiciones sobre actos jurídicos en general y del sistema previsto en la ley 2393, resultan sin embargo algunas diferencias:

1. *Legitimación activa*: en la nulidad absoluta la ley de matrimonio civil la otorga al cónyuge de buena fe y a los que hubieran

podido oponerse a la celebración del matrimonio (art. 21). El artículo 1047 del Código civil a “cualquier interesado” salvo al que ejecutó el acto conociendo o debiendo conocer el vicio.

En la nulidad relativa de matrimonio, la legitimación activa depende de cada caso en particular; el artículo 85 de la ley la concede a:

*Inciso 1º*: el cónyuge incapaz y a los que en su representación hubieren podido oponerse a la celebración del matrimonio; *Inciso 2º*: al cónyuge sano, cuando desconocía la enfermedad al momento de la celebración del acto; al insano, cuando recupera la salud mental; y a los que hubieren podido oponerse a la celebración del matrimonio conforme al artículo 21; en los *incisos tercero y cuarto*, sólo al otro cónyuge.

El Ministerio Fiscal está facultado expresamente para pedir la nulidad relativa en el inciso 2º del mismo artículo 85; y en el inciso 1º actúa como representante promiscuo de los incapaces.

En el Código civil la nulidad sólo puede ser alegada por las partes. El Ministerio Fiscal no está facultado para pedir la nulidad relativa por la nulidad misma.

2. *Efectos de la nulidad*: el sistema de la ley de matrimonio civil de amparo a la buena fe de los contrayentes, no encuentra su correlativo en el Código civil. El matrimonio putativo se incorpora como régimen específico de las nulidades matrimoniales.

3. *Disposiciones generales aplicables*: prioritariamente se aplican las normas de la ley 2393 y en forma subsidiaria las normas relativas a nulidad de los actos jurídicos en general, con la reserva que tengo apuntada con relación al artículo 18 del Código civil.

4. *Caducidad*: la acción de nulidad matrimonial caduca por confirmación del acto, o por muerte (art. 86 LMC).

5. *Prescripción*: Algunos autores sostienen que las acciones de nulidad de matrimonio, en cualquier caso (nulidad absoluta o relativa), son imprescriptibles. Para otros, la acción de nulidad relativa prescribe en distintos plazos según el caso de que se tratare.

6. *Confirmación*: en materia de nulidad de matrimonio sólo es posible la confirmación por cohabitación posterior a la cesación del vicio o de la causa de nulidad.

7. *Renuncia*: se la admite sólo en favor de la validez del vínculo (art. 843 CC.), pero la renuncia de uno de los legitimados no impide el ejercicio de la acción a los otros titulares.

8. En los actos jurídicos en general, la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el juez si aparece manifiesta en el acto (art. 1047 CC.). La nulidad absoluta de matrimonio no puede ser declarada de oficio por el juez: precisa requerimiento de parte interesada y comprobación por prueba extrínseca al acto viciado.

En realidad no existe norma legal expresa en la ley de matrimonio civil que derogue las facultades conferidas al juez justificando el apartamiento del principio general. ¿Pero cómo puede saber el juez que el acto está afectado de nulidad absoluta si alguien no la pone en su conocimiento y prueba fehacientemente que el acto está viciado aportando los elementos que manifiestan el impedimento matrimonial? Aun cuando fuere por denuncia ante el Ministerio Fiscal, es preciso poner en movimiento el órgano jurisdiccional y acreditar los extremos que permitan desconocerle validez: las partidas que justifiquen el parentesco entre los contrayentes, la partida del matrimonio anterior en el caso de ligamen, o la prueba del crimen. El artículo 1047 del Código civil resulta inaplicable en materia matrimonial no sólo porque debe primar el régimen de nulidades de la ley 2393 —que no faculta al juez para la declaración de oficio—, sino porque en ningún caso la causa de invalidez *aparece manifiesta en el acto*, sino precisa de la presentación de una prueba extrínseca al mismo.

Esta posición —que no comparten en general los partidarios de la aplicación subsidiaria de las normas sobre nulidades de los actos jurídicos en general—, no contradice la doctrina de la Corte Suprema de la Nación cuando al examinar el matrimonio celebrado en el extranjero en fraude a las leyes argentinas, sostiene que carece de efectos extraterritoriales con relación a nuestro país (concepto que para algunos equivale a declarar la nulidad); la violación de las reglas legales de competencia para la celebración del matrimonio (arts. 17 y 104 LMC) desconoce las normas argentinas de orden público internacional (arts. 7 y 14 incs. 1 y 2 del CC.), lo que sin duda obsta a la eficacia del acto irregular, o de la sen-

tencia extranjera en su caso, debidamente comprobados (CSN: "Rosas de Egea", LL 135-624; "Vergara de Anderson", LL 139-678).

También la Corte ha dicho que las autoridades nacionales tienen facultad, sin necesidad de obtener la nulidad del matrimonio celebrado en el extranjero, hallándose subsistente uno anterior contraído en el país, para desconocerle validez dentro del territorio de la República (CSN: "Passadore de Rosell", J.A. 12-1971-529).

Aun para negar la inscripción de partida de matrimonio extranjero celebrado cuando uno de los contrayentes es casado en el país y divorciado en el extranjero subsistiendo su domicilio en la República, debió ponerse en conocimiento de la autoridad las fallas de que adolecía el acto así celebrado (Caso "Cogenuri", ED 2-475).

Sin embargo, la necesidad de prueba intrínseca al acto, no debe llevar al error —como en los fallos citados—, de ignorar el régimen de matrimonio putativo y la exclusiva competencia judicial para la declaración de nulidad del matrimonio. La buena fe del contrayente del segundo matrimonio sería irrelevante si esas cuestiones no fueran controladas debidamente en proceso judicial promovido por parte legitimada.

#### 4. Nulidad absoluta.

A) *Caracteres*: La acción para alegarla es imprescriptible e irrenunciable.

No está sujeta a la regla general de caducidad, dadas las excepciones previstas en el artículo 86 de la ley 2393, aunque el matrimonio se consolidaría si hubieren fallecido todos los legitimados para el ejercicio de la acción de nulidad *post mortem*.

El acto afectado de nulidad absoluta es inconfirmable.

B) *Causas de nulidad absoluta*. (art. 84 LMC): son los impedimentos de parentesco en grado prohibido (art. 9 incs. 1, 2 y 3, LMC y art. 27 de la ley 19.134), matrimonio anterior subsistente (art. 9 inc. 4 LMC) y crimen (art. 9 inc. 6 LMC).

1. *Caso del segundo matrimonio celebrado en el extranjero en fraude a la ley argentina*: podrían enumerarse los siguientes actos *contra legem* atentarios de nuestra ley imperativa: a) contraer

enlace, en nuestro país, divorciarse en virtud de sentencia extranjera y contraer nuevo matrimonio en el extranjero (violación al art. 7 de la LMC); b) contraer matrimonio en el extranjero, establecer el domicilio conyugal en nuestro país, y obtener divorcio vincular en el extranjero, contrayendo allí nuevo matrimonio (violación al art. 104 LMC); c) otorgar acto de apoderamiento para interponer demanda de divorcio en el extranjero, donde decretado el divorcio vincular, se contraen nuevas nupcias mediante nuevo apoderamiento (violación al art. 2 LMC). Spota cita también como actos *in fraudem legis* los siguientes: a) mutación del domicilio conyugal sito en nuestro país, relativo a un matrimonio celebrado en el extranjero, constituyendo ese domicilio fuera de la República, para obtener sentencia de divorcio vincular y contraer nuevas nupcias (violación al art. 104 LMC. mediante actos lícitos si se los considera aisladamente, pero que revelan un fraude a la ley); b) contraer enlace en un país que admite el divorcio vincular, teniendo domicilio en nuestro país, para evadir la aplicación del artículo 7 de la ley 2393, en el caso de futura acción de divorcio, matrimonio que se rige por la ley argentina en cuanto a su indisolubilidad (*Trat. de Derecho de Familia*, T. II, Vol. 11, n° 117).

Se sustentan tres posiciones respecto de estos matrimonios: la nulidad, la inexistencia, y la ausencia de efectos extraterritoriales con relación a nuestro país.

Por la nulidad absoluta se pronuncian Spota y Mazzinghi, éste por entender que no falta un elemento esencial del matrimonio, sino simplemente la habilidad nupcial en razón del vínculo anterior subsistente (T. I, n° 123, b; pág. 339).

Sostienen la inexistencia Molinario (“cuasiinexistencia matrimonial”); Borda, fundado en la incompetencia territorial del oficial público; Bidart Campos, entre otros. Llambías entiende que en el matrimonio contraído en el extranjero en fraude a las leyes argentinas, falta el consentimiento serio e incondicionado prestado por los contrayentes, consentimiento que en nada se diferencia del que se han conferido recíprocamente los concubinos que viven maritalmente, ya que el envío meramente formal de partidas extranjeras

carentes de todo valor no agrega nada a la esencia del hecho realizado en uno y otro caso.

Belluscio adhiere a la tesis que sustenta la ausencia de efectos extraterritoriales con relación a nuestro país, que considera más acertada, ya que “por más que las consecuencias puedan ser las mismas dentro de nuestro territorio, la sentencia de inexistencia podría pretender eficacia universal, lo que no ocurre con la que sólo niega efecto extraterritorial al matrimonio” (T. II, N° 382, I, pág. 95).

Los tribunales ordinarios han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la ineficacia del matrimonio contraído en el extranjero en violación a las leyes argentinas. Entre otros, la Sala A de la Cámara Civil de la Capital ha dicho: que “técnicamente corresponde desconocerle validez en el país y no declarar su nulidad, siendo innecesario entrar a averiguar si dicho matrimonio es inexistente o simplemente nulo. En consecuencia tal unión no produce efecto civil alguno en el país, siendo indiferente al respecto la buena o la mala fe de las partes” (JA, 14-972-219).

La Corte Suprema ha retomado el criterio de la ineficacia extraterritorial resuelta en el caso “Rosas de Egea” (LL 135-624), y sigue esa doctrina en sus fallos. Así se ha sostenido que las autoridades nacionales tienen facultad, sin necesidad de obtener la nulidad del matrimonio celebrado en el extranjero hallándose subsistente uno anterior en el país, para desconocerle validez dentro del territorio de la República (“Passadore de Rosell”, JA 12-1971).

2) *Caso de falta de celebración ante oficial público competente:* lo configuraría la celebración de matrimonio ante sacerdote, ante notario, ante testigos, ante cónsul extranjero, o ante cualquier otra persona que no sea la prevista en la ley.

Entiendo que es un supuesto de nulidad absoluta por aplicación del artículo 1044 del Código Civil. Mazzinghi agrega que la forma no es un requisito que fluya del derecho natural, sino una exigencia de la ley positiva ordenada a la publicidad, la certeza y la prueba del matrimonio, que nada añade a la naturaleza del vínculo, por lo que no cabe encuadrar el caso como de inexistencia matrimonial (T. I, N° 123, pág. 338).

Calificada doctrina se pronuncia por la inexistencia: Fassi (*De la inexistencia y de la nulidad de matrimonio*, N<sup>o</sup> 24, párr. *dd*); Borda, para quien el oficial público *integra* con su actuación el acto, de tal modo que éste no puede tener existencia si aquél no ha intervenido (*Familia*, T. I, N<sup>o</sup> 168, pág. 136); Lagomarsino, Belluscio y otros.

Si el matrimonio se celebrare con apariencia de regularidad, en el local de Registro Civil, ante oficial incompetente en razón del territorio o de la materia, o ante funcionario subalterno, usurpador o de facto, sin conocimiento de los contrayentes, el acto sería válido, ya que no se lo puede privar de efectos por ser las causas totalmente ajenas a las partes.

### 5. Nulidad relativa.

A) *Caracteres*: Mientras que la nulidad absoluta está instituida en resguardo del orden público familiar y se declara en interés de la moral y de la ley, la nulidad relativa de matrimonio tiende fundamentalmente a la protección del interés de las partes aun cuando la acción pueda ser ejercida también por personas vinculadas estrechamente con ellas.

La acción para reclamar la nulidad relativa prescribe en distintos plazos según sean las causales; además es renunciabile.

La transacción y el desistimiento es posible en el proceso.

El acto puede ser confirmado.

#### B) *Causas de nulidad relativa*:

1. *Falta de edad*: artículo 85, inciso 1<sup>o</sup>, ley 2393: se trata del matrimonio contraído por personas que no han alcanzado la edad mínima establecida por el artículo 14 de la ley 14.394. Es un matrimonio *nulo* (ya que la causa de la invalidez es un acto cierto, rígido) y afectado de nulidad *relativa*.

*Titulares de la acción*: a) el cónyuge incapaz, es decir, aquel menor que no ha llegado a la edad legal para contraer matrimonio (16 ó 14 años según se trate de varón o mujer); b) los que en su *representación* habrían podido oponerse a la celebración del matrimonio, es decir, que no son todas las personas enumeradas en

el artículo 21 de la ley de matrimonio civil, sino solamente: el padre en ejercicio de la patria potestad; el tutor, y el Ministerio pupilar.

*Confirmación del acto:* a) confirmación *ipso iure*: cuando la mujer hubiere concebido cualquiera fuere la edad (art. 14, ley 14.394); b) confirmación tácita: cuando habiendo llegado a la edad núbil, los esposos siguieron cohabitando.

*Prescripción de la acción:* el plazo es de 10 años (art. 4023 CC) y se cuenta desde que se ha alcanzado la edad legal (16 y 14 años) siempre, claro está, que no se haya extinguido la acción por confirmación del acto.

2. *Locura* (art. 85, inc. 2, LMC): El matrimonio contraído con este impedimento es *anulable*, por ser la causa de invalidez fluida y susceptible por consiguiente de apreciación judicial.

*Titulares de la acción:* a) el cónyuge insano cuando recobrase la salud mental. Si se trata de un demente declarado en juicio deberá previamente obtener el levantamiento de la interdicción; pero hasta tanto, podría demandar la nulidad su curador; b) el cónyuge sano, si hubiere ignorado la falta de salud mental al momento de la celebración del matrimonio. En todo caso compete al cónyuge sano demostrar la ignorancia de la enfermedad.

Para Mazzinghi la causa de la invalidez es el *error* del sano respecto de la salud mental del otro contrayente; c) la nulidad puede ser alegada también por todos los que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio (art. 21 LMC).

*Confirmación del acto:* a) por el cónyuge insano, cuando recuperada la salud mental, sigue cohabitando; b) por el cónyuge sano, cuando conocida la enfermedad, sigue cohabitando.

*Caducidad de la acción:* Tanto para el cónyuge sano como para el insano, la acción caduca cuando uno y otro han confirmado el acto. Si ambos cónyuges lo han confirmado, el derecho a pedir la nulidad caduca para todos los que hubieren podido oponerse a la celebración del matrimonio ya que la vida marital, como desarrollo pleno y en común de la vida conyugal pone obstáculo irremediable al ejercicio de la acción por los demás legitimados.

Si en cambio, sólo hubiere sido confirmado el acto por el cónyuge sano, o sólo por el insano, conservan la acción sus parientes, el curador en su caso, y el Ministerio público.

*Prescripción de la acción:* es de 10 años (art. 4023 CC). Para Mazzinghi es de aplicación el artículo 4031 que es de dos años para el caso de la acción del alienado mental que luego recupera la razón, y también para el otro cónyuge ya que incurrió en error.

El punto de partida de la prescripción varía: a) para el cónyuge sano desde que conoció la falta de salud mental del otro: b) para el insano, desde que recuperó la razón, salvo que se tratare de un demente interdicto, en cuyo caso el término inicial de prescripción será la fecha de la sentencia de levantamiento de la interdicción; c) para los demás legitimados, la acción prescribe a los 10 años de la celebración del acto.

3. *Vicios del consentimiento. Simulación:* Según el artículo 85, inciso 3º, primer párrafo de la Ley de Matrimonio Civil, puede reclamarse la anulación del matrimonio “cuando el consentimiento adoleciera de alguno de los vicios a que se refiere el artículo 16”.

En esta materia son de aplicación los principios generales que sobre vicios de la voluntad legisla nuestro Código Civil, aunque adecuados a las peculiares características del acto matrimonial.

Los defectos a que se refiere el artículo 16 de la ley 2393 son el error, el dolo y la violencia: a) *error:* para poder ser invocado debe tratarse de error de hecho esencial y excusable, es decir, debe ser la causa determinante del acto y recaer sobre un elemento esencial de la relación jurídica que, en el supuesto de matrimonio, queda restringido a error sobre la persona con la cual se celebra el acto. Como se ha visto en el Capítulo IV, puede tratarse de error sobre la identidad física, de hipotética posibilidad, aunque puede darse en los casos de matrimonios por poder (Spota) o “a distancia” (Belluscio). También se contempla el error sobre la identidad de la persona civil, que puede recaer sobre el complejo de nociones que constituyen la identidad civil de la persona, es decir, sobre los atri-

butos que conforman la personalidad civil (Salvat, Frías, Fassi); o sólo sobre ciertos atributos (el estado, el nombre, el lugar de nacimiento, la edad) (Machado, Llerena, Lafaille, Busso). Para Belluscio, de los elementos del estado civil de la persona, no puede considerarse relevante la edad, pero en cambio pueden tener importancia ciertos errores sobre el estado de familia (T. I, N° 270, pág. 520). Por su parte, Mazzinghi sostiene que el artículo 16 —que es una norma imperfecta que debe ser sustituida por un texto análogo al art. 443 del Anteproyecto de 1954—, no agota el estudio del vicio de error, contemplando los siguientes supuestos: 1) el error espontáneo que recae sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil, conforme al artículo 16 de la ley de matrimonio civil; 2) la ignorancia de la demencia padecida por el otro cónyuge al tiempo de la celebración de matrimonio (art. 85, inc. 2 LMC) y 3) el error sobre la naturaleza del acto que excluye el consentimiento (art. 924 del CC y art. 14 LMC); b) *Dolo*: debe reunir en principio los requisitos de los artículos 932 y siguientes del Código Civil, es decir, debe ser grave, ser la causa determinante del acto; no debe haber dolo recíproco; pero en cuanto al requisito del derecho común, de que el dolo cause un daño importante, no se lo exige para la nulidad matrimonial, dado que es elemento configurante del vicio sólo en los actos patrimoniales; c) *Violencia*: son aplicables los artículos 936 y siguientes del Código Civil. El consentimiento es una declaración libre que la violencia, sea física o moral, coarta. Sobre la *vis absoluta* se señala que sólo es concebible a través de ejemplos académicos, como el caso de la firma arrancada a una persona por otra que le lleva la mano, lo que frente a la presencia del oficial público se torna en una posibilidad quimérica, salvo que recayese también sobre aquél o contare con su complicidad (Llam-bías, C.C. anotado, coment., art. 16, LMC). Pero en cuanto a la violencia moral o intimidación, los supuestos son posibles e invalidan el acto siempre que reúnan los requisitos generales de la *vis compulsiva*.

El artículo 85, inciso 3° de la ley 2393 remite solamente al artículo 16 de la ley como causales de nulidad relativa, y nada dice sobre la *simulación* como vicio propio del acto jurídico matrimonial. Es negada por importante doctrina como defecto del matrimonio

que permita su declaración de nulidad, principalmente porque adjudican a la declaración del oficial encargado del Registro Civil, el rol de ser constitutiva del acto, no siendo fácil que este funcionario participe de la falsedad de los contrayentes. Para otra doctrina, que comparto, el papel que cabe al oficial público es el de un agente indispensable para recepcionar el consentimiento, dar fe de que se ha prestado ante él y cumplimentar la forma exigida por la ley. Pero el vínculo matrimonial surge del *querer sincero* de las partes: en el supuesto de conflicto entre la voluntad real y la declarada, debe prevalecer la primera, lo que conduce a admitir la hipótesis del matrimonio simulado (Conf.: Mazzinghi, T. 1, Nros. 60 a 64). Enrolado en esta posición, nos dice Francisco A. M. Ferrer: "Carece de sentido que el derecho otorgue eficacia decisiva a la voluntad declarada y como consecuencia de ello considere subsistente la unión matrimonial, cuando detrás de la apariencia no hay nada, cuando del matrimonio sólo queda un vínculo legal abstracto, vacío de contenido humano, que ni a los pseudo cónyuges ni a la sociedad interesa mantener. Ningún valor se defiende manteniendo en pie una simple ficción jurídica hueca de contenido vital. Todo lo contrario, se denigran las instituciones" (*El consentimiento matrimonial, los principios del Derecho canónico y los vicios de simulación y dolo*, JA nº 5196, pág. 11).

Una firme tendencia jurisprudencial admite la simulación como vicio matrimonial.

*Legitimación activa:* Para los vicios de error, dolo o violencia, el artículo 85 de la ley 2393 concordante con el 1048 del Código Civil, otorgan el ejercicio de la acción únicamente al cónyuge que sufrió el error, fue víctima del dolo o padeció la violencia.

*Confirmación del acto:* a) por el marido, si hubo cohabitación durante tres días después de conocido el error, el dolo, o suprimida la violencia; b) por la mujer, cuando habiendo cesado el vicio cohabita durante treinta días después.

*Caducidad:* La acción caduca cuando la víctima ha confirmado el acto. Aunque haya cesado el vicio la acción queda en potencia mientras no se cumplan íntegramente los plazos de cohabitación.

La diferencia de plazos para el varón y la mujer obedece a un fundamento de cortesía hacia la "debilidad femenina" (Mazzinghi,

Borda) o si se quiere a la mayor dificultad que puede presentar para ella la interrupción de la cohabitación (Belluscio).

*Prescripción*: es de dos años, contados desde que haya cesado el vicio que generaba la anulabilidad (art. 4030 CC).

4. *Impotencia* (art. 85, inc. 4º LMC): Se trata de una causal propia del acto matrimonial, que refiere a la impotencia *coeundi* o sea a la falta de aptitud de uno de los cónyuges para la realización del acto sexual. No comprende por tanto la imposibilidad de concebir o esterilidad (impotencia *generandi*).

Su fundamento radica en la consideración de la ineptitud para el cumplimiento de uno de los fines sustanciales del matrimonio.

Puede tratarse de impotencia física (malformaciones, destrucción traumática o quirúrgica, etc.) o psíquica (fobia del acto sexual; la simple frigidez no es causa de nulidad de matrimonio ya que no impide el acceso carnal).

En los casos de impotencia recíproca traducida en repugnancia invencible que impide la consumación del matrimonio, o de otras situaciones irreversibles que imposibilitan razonablemente una unión normal —aun cuando la impotencia no esté debidamente acreditada—, los tribunales se han inclinado a admitir la anulabilidad del matrimonio (1ª Inst. Civil, 16-6-52, LL 67, 253; Cám. Nac. Civ. Sala D, 20-5-57, LL 88, 115; Cám. Nac. Civ., Sala E, 19-3-68, LL 130-462; SC Bs. As., 17-964, JA 26-1975-377; Juzg. C. y C. 3ª Nom. Sta. Fe, 15-6-78, Juris. Sta. Fe, El Imparcial, T. I, Nº 56).

*Caracteres*: Para que la impotencia sea causal de nulidad de matrimonio debe ser: *absoluta, manifiesta y anterior al matrimonio*:

a) *absoluta*: es la imposibilidad total, categórica, cierta e inequívoca de unión sexual con el otro cónyuge. Prayones la entendía como imposibilidad de mantener relaciones sexuales con cualquier persona del otro sexo (*erga omnes*) pero esta comprensión es inaceptable desde que la prueba de la potencia respecto de otras personas es inadmisibles por cuanto las relaciones extramatrimoniales están prohibidas e incluso a veces calificadas como delito penal; b) *manifiesta*: es decir, que debe resultar de una prueba seria, científica y objetiva, fehacientemente comprobada, aunque no haya anomalías perceptibles a simple vista; c) *anterior al matrimonio*: como causa

de nulidad debe existir al momento de celebración del matrimonio, descartándose la impotencia sobreviniente. Generalmente se pone de manifiesto con motivo o en ocasión del matrimonio. Su falta de consumación la presume como impotencia anterior a las nupcias, aunque de hecho cada caso queda librado a las circunstancias y a su apreciación judicial.

*Legitimación activa*: el ejercicio de la acción corresponde exclusivamente al cónyuge no impotente. En caso de impotencia recíproca ambos cónyuges pueden ejercer la acción (Conf.: Borda, Díaz de Guijarro, Spota, Llambías).

Algunas hipótesis plantean interrogantes sobre la procedencia de la acción: tales los casos de anulación del matrimonio por impotencia del marido si la esposa ha concebido después de la celebración del matrimonio.

Una posibilidad podría darse por adulterio de la mujer: en este caso sólo la esposa podría pedir la nulidad (art. 85, inc. 4 LMC), pero si no lo hace, se daría la absurda situación de que sus hijos serán tenidos como de su marido, quien no puede desconocer, por imperio del artículo 252 del Código Civil, la paternidad legítima basada en la impotencia anterior al matrimonio (Conf.: Belluscio, T. II, Nº 407, pág. 155).

Otros problemas plantearían los casos de concepción por inseminación artificial: creo que si es homóloga o heteróloga, con consentimiento del marido impotente, la mujer carecería de la acción de nulidad de su matrimonio, porque la estabilidad de los vínculos familiares voluntariamente creados pone freno moral a su pretensión de invalidar el vínculo. Igual fundamento rechaza la acción del marido contra la esposa impotente en las mismas hipótesis.

Si la inseminación artificial fuere *no consentida* por el marido impotente, la acción debe persistir en favor de la mujer, porque aunque su ejercicio pondría de manifiesto su delito, resulta más grave todavía que se le imponga al marido la pena de soportar de por vida la afrenta de su esposa y una ficticia paternidad.

*Caducidad de la acción*: se produce si el impotente adquiere o recupera potencia sexual y consuma su matrimonio. Potencia y cohabitación extinguen la acción de nulidad.

**Confirmación:** el acto se confirma cuando desaparecida la causal de anulabilidad, por adquisición o recuperación de potencia sexual, el matrimonio se consuma con la consiguiente continuación de la vida marital.

**Prescripción de la acción:** es de aplicación el artículo 4023 del Código Civil. El plazo decenal es el más razonable dada la posibilidad de que la potencia se adquiera por cualquier medio terapéutico.

La prescripción corre desde la celebración del matrimonio.

#### IV. ACCION DE NULIDAD

##### 6. Cuestiones procesales.

A) **Competencia:** Conforme lo dispone el artículo 104 de la ley 2393 la acción de nulidad de matrimonio debe intentarse en el domicilio de los cónyuges, o ante el juez del último domicilio si el marido no lo tuviere ya en la República. Los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940 someten igualmente la acción a la jurisdicción de los jueces del domicilio conyugal.

Nuestra legislación no define el “*domicilio conyugal*” pero su concepto puede inferirse del artículo 90, inciso 9º del Código Civil: “es el lugar en que los cónyuges viven de consuno con intención de permanecer en él, haciéndolo el principal centro de sus relaciones y la morada habitual de la familia” (Llambías, C.C. anot., coment. art. 104 LMC). Los esposos separados de hecho conservan jurídicamente el domicilio común. En ciertos casos especiales, por ejemplo, desconociéndose el domicilio conyugal actual, se considerará como tal al último domicilio.

En cuanto al *procedimiento* a seguir, es el ordinario, con las garantías que este tipo de proceso implica (plazos largos, amplitud de la prueba, debate amplio, etc.).

El Ministerio Fiscal es parte en el proceso de nulidad de matrimonio, ya que están comprometidos intereses de orden público familiar; puede además recurrir la sentencia de primera instancia, velando en todos los supuestos tanto de evitar la colusión de las partes como de comprobar la plena prueba de la causa legal invocada.

Las acciones de nulidad de matrimonio y de divorcio, pueden interponerse simultáneamente y nada obsta para que se ordene la acumulación de ambas. Si se plantean conjuntamente, o se alega la nulidad en el juicio de divorcio, previamente deberá resolverse sobre la nulidad del matrimonio y sólo si es rechazada pasar a resolver sobre el divorcio.

B) *Medios de prueba*: Todos los medios de prueba son admisibles menos la confesión, dada la prohibición de disolver el vínculo por mutuo acuerdo.

C) *Legitimación*: La legitimación activa ha sido tratada a propósito de cada una de las causales de nulidad analizadas.

En cuanto a la legitimación pasiva debe tenerse en cuenta que entablada contra uno de los cónyuges, la acción debe promoverse contra el otro. Si quien la intentare fuere alguno de los terceros legitimados para hacerlo, debe ser promovida contra ambos contrayentes a fin de que la sentencia resulte oponible a ambos.

En los casos de ejercicio de la acción de nulidad *post mortem* debe darse intervención a los herederos del cónyuge fallecido.

## 7. Extinción de la acción.

### A) *Confirmación del acto*:

La extinción de la acción por confirmación del acto sólo puede darse en los casos de nulidad relativa (art. 1058 CC). Los distintos casos han sido expresados con motivo del análisis de las causales de nulidad.

Para Díaz de Guijarro y Belluscio no existe obstáculo para aceptar la confirmación *expresa* a través de una declaración formal de voluntad, una vez cesado el vicio que afecta al matrimonio, con los requisitos del artículo 1061 del Código Civil, sin necesidad de celebrar nuevas nupcias. Otro caso de confirmación expresa se daría en la transacción en favor de la validez del matrimonio "cuando la acción de nulidad relativa la entabla un tercero" (Belluscio, T. II, Nº 444, pág. 227; para este autor no es posible la transacción si uno de los cónyuges demanda la anulación).

En cambio para Borda sólo sería posible confirmar expresamente el matrimonio mediante una nueva celebración, siendo así

desdoroso poner de manifiesto el vicio; “no habiendo razón alguna para autorizar tal procedimiento cuando los cónyuges tienen otra vía legal, suficiente y discreta, para confirmar el acto” (*Familia*, I, Nº 177, pág. 12).

B) *Caducidad: Regla general y excepciones (art. 86 LMC): evolución legal.*

**REGLA GENERAL:** La acción de nulidad de matrimonio caduca por la muerte de uno de los cónyuges.

El artículo 224 del texto originario del Código Civil decía: “La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los *dos* esposos”, disposición que reprodujo el artículo 86 de la ley 2393 en 1888. La ley 17.711 ha suprimido la palabra “*dos*” (literalmente confusa al intérprete) ya que “en vida de los esposos” —como lo indica el texto vigente—, puede significar “en vida de ambos esposos” como “en vida de uno u otro de los esposos”. Mas de los antecedentes de la elaboración de la nueva redacción del artículo 86, resulta que no ha habido propósito de innovar y que el sentido de la disposición no ha variado. Por tanto, la regla general sigue siendo la misma: la muerte de uno de los esposos produce la caducidad de la acción de nulidad del matrimonio.

*Primera excepción* (art. 86, 1ª parte): La ley contiene, ya desde su originaria redacción, una excepción a la regla general de caducidad. Admite que el cónyuge del primer matrimonio del bigamo entable la demanda de nulidad del segundo matrimonio, ya habiendo muerto el bigamo, el segundo cónyuge, o ambos.

Si se opusiere la nulidad del primer matrimonio, se juzgará previamente esta oposición: es decir que en caso de bigamia, a la acción de nulidad del segundo matrimonio puede oponerse la nulidad del primero, debiendo lógicamente resolverse en primer término sobre la validez o invalidez del primer matrimonio, de la cual depende la eficacia del segundo.

La interpretación de esta excepción a la regla general motivó discrepancias en la doctrina, habiéndose formulado un criterio de aplicación estricta, y otro que sostuvo que debía condicionarse su

aplicación a la existencia de intereses legítimos que merecieran prevalecer sobre la norma general. Estas cuestiones se debatieron en el III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961) resultando aprobadas entre sus Recomendaciones, como una segunda excepción a la regla general de caducidad, la siguiente: ...“La prohibición no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez de la unión, si la nulidad se funda en los impedimentos de bigamia, incesto o crimen y la acción es intentada por ascendientes o descendientes”. Esta propuesta orientó la agregación al texto del artículo 86, de la excepción incorporada por la ley 17.711.

*Segunda excepción:* Redactada a inspiración de la Recomendación del Congreso Nacional de Córdoba, la segunda parte del artículo 86 habilita el ejercicio de la acción de nulidad de matrimonio, a pesar de la muerte de uno de los esposos o de ambos, cuando se dan los siguientes *requisitos*:

a) que no se trate de nulidad entablada por la nulidad misma, es decir, descarta la posibilidad de la acción *pura* que sólo persigue la invalidación del matrimonio sin hacer depender de ella el goce o la titularidad de otros derechos. Este requisito surge en el nuevo párrafo del artículo 86, que condiciona el ejercicio de la acción a que “para determinar el derecho del accionante” sea necesario examinar la validez de la unión. Es preciso entonces que la declaración de nulidad se relacione con el reconocimiento de otro derecho, patrimonial o no (acceso a la herencia, legitimidad de los hijos, etc.);

b) que la invalidez se funde en la existencia de matrimonio afectado de nulidad absoluta por haberse contraído en violación de los impedimentos de ligamen, parentesco en grado prohibido (impropiamente la ley lo llama “incesto”), o crimen;

c) que la acción sea ejercida por ascendientes o descendientes del causante, no distinguiéndose entre parentesco legítimo o extramatrimonial. Hubiera sido plausible ampliar la legitimación activa a los hermanos, facultados por los artículos 21 y 84 de la ley 2393 para deducir la acción de nulidad.

### C) *Prescripción.*

Aun cuando la ley 2393 no prevé expresamente plazos de prescripción de las acciones tendientes a obtener la nulidad relativa del matrimonio, la mayoría de la doctrina acepta que son aplicables las normas del Código civil al respecto.

El instituto de la prescripción, que procura dar certeza y seguridad a los derechos evitando que su titular dilate indefinidamente el ejercicio de las acciones que le correspondan, si deseable en el campo patrimonial, "lo es con mayor razón en el derecho de familia, ya que seguridad y certeza son condiciones de las cuales el estado de familia debe estar investido" (Mazzinghi, T. I, n° 146, pág. 403).

Hay autores que se pronuncian en cambio, por la imprescriptibilidad de la acción. Belluscio por los fundamentos que expone al sostener que las acciones de estado de familia son imprescriptibles (T. I, Cap. IV, n° 49). Por su parte Fassi se basa en el régimen de especialidad de nulidades matrimoniales, del cual resulta que la prescripción no podría producirse por no estar expresamente prevista en ninguna disposición legal; además por no tratarse de acciones patrimoniales (*El matrimonio y las normas...*, pág. 816 y siguientes).

Creo que el orden familiar y la estabilidad de los vínculos familiares constituidos sobre la base de matrimonio viciado pero subsanable en su raíz, aconsejan admitir la prescripción de las acciones de nulidad matrimonial. Al estudiar las distintas causales de nulidad relativa se han señalado los plazos respectivos.

### D) *Transacción. Renuncia. Desistimiento de la acción. Caducidad de la instancia judicial.*

La transacción en los procesos de nulidad de matrimonio, está expresamente admitida por el artículo 843 del Código civil, siempre que sea en favor del matrimonio.

La renuncia está también admitida en los mismos casos que la transacción; pero ni una ni la otra son extintivas de la acción de nulidad si hay otras personas habilitadas para ejercerla.

El dejar transcurrir los plazos de caducidad o de prescripción sin interponer la acción, implica renuncia tácita. Lo mismo el desistimiento y la caducidad de la instancia judicial.

Obviamente estas situaciones se refieren a matrimonios afectados de nulidad relativa, y pueden darse únicamente en caso de acto *viciado*, pero no en los supuestos de matrimonios *inexistentes*, insusceptibles de ser consolidados.

## V. EFECTOS DE LA NULIDAD DE MATRIMONIO

### 8. A) Efectos generales.

1. Cualquiera fuere la causal invocada, los efectos de la nulidad de matrimonio son idénticos, esté afectado de nulidad absoluta o de nulidad relativa: priva al acto de sus efectos propios o normales con retroactividad al momento de su celebración (art. 1050 CC.), pero con las trascendentales limitaciones impuestas por la excepcional institución del matrimonio putativo.

En general la declaración de nulidad extingue el vínculo conyugal y el parentesco por afinidad que tuvo su fuente en el acto anulado, restando calidad legítima a los vínculos paterno-filiales emergentes de la unión.

El matrimonio será provisionalmente válido hasta la sentencia de anulación (art. 1046 CC.) y por consiguiente el título de estado matrimonial tendrá efectos *erga omnes* hasta la declaración que anule el matrimonio con efecto retroactivo a su celebración.

Importa señalar que si bien el matrimonio deja de ser eficaz como acto jurídico, no pierde eficacia como *hecho* jurídico invocable a otros efectos, por ejemplo, como elemento probatorio en juicio de filiación extramatrimonial.

2. Deben anotarse algunas excepciones al principio general de ineficacia del acto: a) *Derecho de terceros*: en virtud del artículo 92 de la ley de matrimonio civil, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros contrayentes de buena fe. La disposición hace viable la persecución del cobro de los respectivos créditos contra cualquiera de los pseudos cónyuges por deudas

comprendidas en el artículo 6 de la ley 11357; b) *emancipación*: conforme lo establece el artículo 132 del Código civil, la emancipación operada como consecuencia del matrimonio, subsiste hasta la sentencia de nulidad, convalidándose indirectamente los actos jurídicos otorgados hasta ese momento por el menor; c) *plazo de espera*: rige para la mujer el impedimento matrimonial establecido en el artículo 93 de la ley de matrimonio civil.

#### **B) Matrimonio de mala fe (art. 89 ley 2393).**

En este caso, el matrimonio “no producirá efecto civil alguno”, dice la norma legal, pero refiriéndose a que el acto matrimonial deja de producir sus efectos normales no desde la sentencia que declara su nulidad, sino desde su celebración (*ab-initio*).

Los efectos serán los siguientes: a) *la unión* será reputada como concubinato, dice el artículo 89 en sentido peyorativo de esta unión de los sexos; b) *ausencia de régimen de bienes*: no habiendo matrimonio no cabe referencia alguna a régimen patrimonial matrimonial. Habrá sociedad de hecho sólo cuando se pruebe su existencia, siendo entonces de aplicación los artículos 1663, 1664, 1779, 1785 del Código civil. Si no se prueba la sociedad de hecho, el aspecto económico del concubinato podría resolverse por el principio del enriquecimiento sin causa. Las convenciones prematrimoniales (art. 1217 CC.) y las donaciones para después de la muerte (arts. 1238 y ss. CC.) quedan sin efecto, ya que se trata de capitulaciones o convenciones condicionadas a la validez del vínculo. Las donaciones hechas con posterioridad a la celebración del matrimonio inválido deben regirse por las reglas relativas a donaciones entre concubinos; c) *carácter de la filiación*: la ley 2393 considera a los hijos como ilegítimos “y en la clase en que los pusiese el impedimento que causare la nulidad”, párrafo que a la luz de la ley 14.367 debe leerse como: hijos ilegítimos o extramatrimoniales, sin distinción alguna. Borda se interroga sobre si la aplicación estricta del principio general de anulabilidad de los actos al matrimonio, es equitativo respecto a los hijos habidos de la unión, a quienes con independencia de la mala fe de los contrayentes, sería más justo con-

siderarlos como legítimos (*Familia*, T. I, nº 221), solución adoptada por los Códigos español, suizo, mexicano y venezolano.

### C) Matrimonio putativo.

Es aquel matrimonio nulo que fue celebrado de buena fe por uno o por ambos contrayentes. El principal efecto de este matrimonio es que, aun anulado, la sentencia no opera retroactivamente, sino que el acto produce los efectos de matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad.

El régimen es propio de la materia matrimonial y consagra una doble excepción: 1) al principio general de las nulidades de los actos jurídicos, que establece la retroactividad de la sentencia a la fecha de realización del acto, y 2) a la regla procesal que retrotrae el efecto de la sentencia a la fecha de la traba de la litis.

La teoría del matrimonio putativo se desarrolló en el Derecho canónico (canon 1015); fue recepcionada en el antiguo derecho francés y llevada al Código Napoleón de donde se expandió por efecto de la codificación a las legislaciones civiles modernas. Vélez Sársfield la tomó del Proyecto de Freitas (arts. 1447 a 1453) y finalmente pasó a los artículos 87 a 92 de la ley 2393.

#### 1. *Presupuestos del matrimonio putativo:*

a) que exista matrimonio inválido (nulo o anulable). Si el matrimonio fuese *inexistente*, no podría hablarse de matrimonio putativo, desde que aquél no produce efectos civiles conforme lo preceptuado por el artículo 14 de la ley 2393.

b) que haya mediado celebración en forma legal. Si se hubiere celebrado sólo en forma religiosa no sería suficiente para gozar de los beneficios del régimen excepcional.

c) que haya habido buena fe al menos de una de las partes, y que esa buena fe exista al momento de la celebración del matrimonio, careciendo de relevancia el conocimiento ulterior de la causa de nulidad del acto.

#### 2. *Noción de buena fe:*

El artículo 90 de la ley de matrimonio civil da la noción de buena fe y sus elementos configurativos: consiste en la ignorancia

o error de hecho —o en la circunstancia insuperable (violencia)—, existente al momento de la celebración del acto, de una causa que afecte la validez del matrimonio.

El fundamento del tratamiento especial que el legislador otorga al matrimonio así celebrado radica en el amparo de la honestidad, lealtad y recto proceder de la conducta de los contrayentes.

La buena fe es fácilmente apreciable cuando la nulidad deriva de un impedimento. Tratándose de otras causas de nulidad, ha de entenderse que, si son vicios de la voluntad, será de buena fe el contrayente que lo ha sufrido, aun cuando padeciéndolo, hubiere tenido “conocimiento” de él, como en el caso de violencia. Para el supuesto de impotencia, ha de considerarse de buena fe aún al cónyuge que la padece cuando se pruebe que no conocía su deficiencia, ya que puede ocurrir que el defecto se ponga de manifiesto con motivo del matrimonio.

El error a que se refiere el artículo 90 es error esencial y excusable (arts. 923 a 929 CC.). La excusabilidad del error de hecho que exigen los principios generales se acentúan en la redacción del artículo 90 al configurar la mala fe en el conocimiento que los cónyuges hubiesen tenido, o *debido tener* de la causa de nulidad. La simple duda debe interpretarse en el sentido de que existió mala fe.

Se excluye expresamente a la ignorancia o error de derecho como configurante de la buena fe (art. 90 1er. párrf.).

### 3. Prueba de la buena fe:

Debe desecharse la posición doctrinaria según la cual la buena fe se presume y por tanto no precisa probarse (Borda, Fassi, Belluscio y otros). Esta doctrina se fundamenta en que la buena fe se presume en el derecho privado (los arts. 2362 y 4008 del CC. no serían más que aplicaciones del principio general), y en que el instituto del matrimonio putativo responde a valoraciones de orden superior que le hacen merecer el favor legal. Se ha señalado que sin embargo, las circunstancias del caso permiten a veces inducir la mala fe: tal ocurre cuando median los impedimentos de ligamen (respecto de quien está casado), incesto y crimen. “En estos casos, dice Borda, el cónyuge que alegue su buena fe debe demostrar

que tenía razones legales serias para creer que su anterior esposa había fallecido; o que ignoraba el parentesco; o que no sabía que el asesinado estaba casado con quien luego fue su esposa (*Familia*, I, nº 231).

Comparto la posición contraria, sostenida por Guastavino y por Molinario. Guastavino estima inaplicable analógicamente el artículo 4008 del Código civil pues extenderlo a cualquier hipótesis donde se discutiese la buena o la mala fe sería arriesgarse a generalizaciones inexactas, a más de que entrar en la posesión de una cosa no tiene la trascendencia vital y social de la celebración del matrimonio; señala que Vélez Sársfield no estableció la presunción de buena fe en el matrimonio nulo a pesar de haberlo propuesto el artículo 93 del proyecto español de 1851; que el propio artículo 90 de la ley 2393 presupone en ciertos casos la mala fe, así al referirse al conocimiento que las partes hubieren debido tener del impedimento; que ese texto legal requiere la excusabilidad del error o la circunstancia de haber sido provocado por dolo, lo que debe ser probado.

Molinario considera que quien se halla en una situación ilícita debe asumir todas las consecuencias que derivan de esa ilicitud, salvo que la ley disponga expresamente que ese principio no rija, y además que el régimen de matrimonio putativo sería una excepción al principio de que el matrimonio anulado no produce efecto alguno, y —como toda excepción—, debe ser probada por quien la invoca.

Creo que el beneficio del matrimonio putativo debe ser acordado a quien alega y prueba verosímelmente su buena fe.

**Matrimonio putativo mediando buena fe de ambos contrayentes.**

La sentencia de nulidad en este caso no opera retroactivamente, produciendo el matrimonio putativo todos los efectos de matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad, y con relación a los hijos concebidos antes de la sentencia, definitivamente (art. 87 LMC).

## 1. Efectos en cuanto a los cónyuges:

a) Cesan los deberes de *fidelidad* y de *cohabitación*.

b) El deber de *asistencia* perdura sólo en su aspecto material, limitado a la prestación de alimentos en caso necesario (inc. 1º). La locución "en caso necesario" se refiere a que la falta de medios de subsistencia tiene que ser grave y apremiante, es decir que fuesen de toda necesidad (arg. art. 80 LMC). El derecho a alimentos se extingue si su beneficiario contrae matrimonio, vive en concubinato o lleva una vida inmoral (Belluscio).

El derecho de los parientes afines a percibir alimentos se extingue, como consecuencia de la extinción del parentesco.

c) El domicilio legal de la mujer casada cesa, y los contrayentes tendrán el domicilio (real) que cada uno establezca.

d) La mujer perderá el apellido marital, salvo si así lo pidiere al juez, si fuere cónyuge de buena fe y tuviere hijos (art. 11 Ley 18.248).

## 2. Efectos patrimoniales:

a) *Disolución de la sociedad conyugal* (arts. 1291 y 1312 CC.), corresponde liquidarla dividiendo por mitades los bienes gananciales (art. 1315 CC.). El inciso 2 del artículo 87 dice que "*En cuanto a los bienes (la nulidad tendrá), los mismos efectos del fallecimiento de uno de los cónyuges*", expresión incorrecta, que debió decir "la anulación produce los mismos efectos que la disolución por muerte", y no los mismos efectos que la muerte (art. 1448 inc. 2 del proyecto de Freitas, fuente del art. 230 del Código de Vélez Sársfield). El único efecto de la nulidad es la disolución del régimen de bienes.

b) *Vocación sucesoria*: Se extingue con la sentencia de nulidad, pero hasta tanto la vocación sucesoria se mantiene; si fallece uno de los cónyuges, el otro lo hereda.

Si a la misma sucesión concurre el cónyuge de un anterior matrimonio válido, el cónyuge putativo carece de derechos hereditarios en la sucesión del bigamo (arg. art. 1316 y su nota CC.).

Si en cambio concurrieran dos cónyuges de buena fe de distintos matrimonios, heredarían ambos.

c) *Donaciones hechas en el contrato prematrimonial*: la segunda parte del inciso 2 del artículo 87 ha perdido vigencia, al haber sido derogado el inciso 4º del artículo 1217 del Código civil.

### 3. *Efectos en cuanto a los hijos*:

a) Los hijos nacidos durante el matrimonio putativo, son legítimos, cualquiera fuere el impedimento que provoca la nulidad del matrimonio. Los hijos *nacidos* antes del matrimonio putativo, y los hijos *concebidos* antes del matrimonio putativo y nacidos después, quedarán *legitimados* por el subsiguiente matrimonio.

b) *Tenencia de hijos*: Es de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 76 de la ley de matrimonio civil, con la salvedad de que para el caso adquiere relevancia absoluta, el interés de los menores, al no existir atribución de *culpa*.

c) *Patria potestad*: La titularidad corresponderá a ambos padres putativos, y el ejercicio se regulará conforme a las normas referentes a los padres legítimos.

### 4. *Otros efectos*:

a) *Emancipación*: subsiste respecto de ambos cónyuges (art. 132 CC.).

b) *Derecho a pensión*: atendiendo a su finalidad asistencial, debe reconocerse derecho a pensión al viudo aun cuando la invalidez del vínculo haya sido declarada con anterioridad a la muerte de su cónyuge, si ha gozado del derecho alimentario del artículo 87 inciso 1º (Conf.: Bidart Campos, pág. 749).

### **Matrimonio putativo con buena fe de uno solo de los contrayentes.**

En este caso los efectos de matrimonio válido se dan sólo en favor del cónyuge de buena fe, pero respecto de los hijos los efectos se producen en igual forma que en el caso de buena fe de ambos.

## 1. *Efectos en cuanto a los cónyuges*

a) *Cesación de derechos y deberes derivados del matrimonio*: Cesan los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia espiritual. El derecho alimentario se mantiene para el cónyuge de buena fe (arts. 88 y 87 LMC), pero el cónyuge de mala fe no podrá exigir que el de buena fe le preste alimentos (art. 88 inc. 1º).

b) *Apellido marital*: la mujer contrayente de mala fe perderá el derecho de llevar el apellido de su esposo (arg. art. 11 Ley 18.248).

c) *Domicilio*: cesa el domicilio legal de la mujer casada.

## 2. *Efectos en cuanto a los bienes*:

a) El cónyuge de buena fe puede invocar la existencia de sociedad conyugal para reclamar la mitad de los gananciales, o liquidar la masa de bienes como si se tratara de una sociedad de hecho si le conviene por sus aportes. En caso de bigamia, la esposa legítima tiene derecho a la mitad de los gananciales adquiridos hasta la disolución de su matrimonio (art. 1316 CC.); los derechos del segundo cónyuge putativo sólo pueden ejercerse hasta el límite donde comiencen a afectar los del primer cónyuge del bigamo.

b) *Contrato de matrimonio*: Sus ventajas sólo cesan respecto del cónyuge de mala fe, aprovechando al de buena fe, quien conserva las donaciones del artículo 1217 inciso 3º del Código civil.

## 3. *Efectos respecto de los hijos*:

a) Los hijos son legítimos o quedan legitimados en igual forma que en el caso de buena fe de ambos contrayentes. La calidad de legítimos existe con relación a los dos padres, en virtud de la indivisibilidad del estado de familia.

b) *Patria potestad*: los derechos emergentes de la patria potestad cesan respecto al cónyuge de mala fe, pero se mantienen las obligaciones (art. 88 inc. 3º LMC). El ejercicio de la patria potestad, y la tenencia de los hijos menores corresponde exclusivamente al cónyuge de buena fe.

#### 4. Otros efectos:

a) *Vocación sucesoria*: el cónyuge de mala fe hereda a su hijo como padre extramatrimonial en las condiciones del artículo 3584 del Código civil (si fuere padre *natural* y lo hubiere reconocido).

b) *Acción resarcitoria de los daños y perjuicios*: "El contrayente de buena fe tiene acción resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos, contra el de mala fe y contra los terceros que hubieran provocado su creencia de que no mediaban impedimentos dirimientes, que hubieran ejercido sobre él violencia, realizando maniobras dolosas o colaborando en las realizadas por el contrayente de mala fe, provocando su error o el desconocimiento de la impotencia del otro contrayente" (Belluscio, T. II, 467, 4), acción que resulta de la combinación de los artículos 91 y 109 de la ley de matrimonio civil. Si los autores del hecho que generó la causa fueron varios, su responsabilidad es solidaria, de acuerdo con la regla general propia de todo hecho ilícito. Es indemnizable el daño material y el daño moral (art. 109 LMC. y art. 1078 CC.).

El plazo de prescripción de la acción resarcitoria es de dos años (art. 4037 CC.), es decir el correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual, y su punto de partida es la fecha en que la sentencia que anula el matrimonio pasa en autoridad de cosa juzgada.