

d) NULIDAD DE MATRIMONIO

a) *Acción de nulidad*. Por el art. 86 de la ley Mat. Civil la muerte de uno de los esposos extinguía la acción de nulidad. Sólo se hacía excepción del cónyuge, que en todo tiempo podía deducirla contra un segundo matrimonio contraído por su otro cónyuge. Para los otros parientes quedaba clausurada la posibilidad de ventilar post mortem la nulidad del matrimonio. La cuestión era saber si los parientes podían o no intentar la acción cuando se trataba de defender sus derechos hereditarios en la sucesión del cónyuge fallecido, y dio lugar a una de las más brillantes y eruditas polémicas de nuestra doctrina civil, que fue zanjada por la ley 17.711 que modificó el art. 86. Se agregó un tercer párrafo que expresa: "La prohibición no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez de la unión, cuando la nulidad se funda en los impedimentos de ligamen, incesto y crimen y la acción es intentada por ascendientes o descendientes". Queda así abierta la acción de nulidad post mortem a los herederos bajo las siguientes condiciones: 1) Que no se entable la nulidad por la nulidad misma, sino como presupuesto de otra acción para cuyo progreso sea necesario declarar la nulidad del matrimonio impugnado. O sea, el derecho del accionante depende de la validez de la unión. El caso más frecuente, señala con razón Borda (28), será el de los herederos que pretenden excluir al cónyuge de la herencia del premuerto. 2) Que la nulidad se funde en los impedimentos de ligamen, incesto o crimen. 3) Que el accionante sea ascendiente o descendiente, con lo cual quedan excluidos los colaterales (29).

(28) BORDA, *ob. cit.* nº 304; y *Familia*, 5ª ed. t. I, nros. 203 y 204. Un resumen de la brillante polémica doctrinaria que precedió a la reforma del art. 86 LMC, lo trae Borda en *La Reforma*, nº 301 y en la 4ª ed. de *Familia*, t. I, nº 205 y también BELLUSCIO, *La acción de nulidad del matrimonio después de la muerte de uno de los cónyuges*, en J.A. 1972-15-pág. 123.

(29) La exclusión de los colaterales es criticada por MOLINARIO: *Las soluciones del III Congreso Nacional de Derecho Civil con relación a*

b) *Alimentos y nulidad de matrimonio*. El problema se planteaba respecto a si era procedente o no la discusión sobre la validez del vínculo matrimonial en el juicio de alimentos provisionales. La Cámara Nacional Civil en pleno resolvió por mayoría el 23/9/1965 que en principio en la acción por alimentos no debe discutirse la validez del vínculo que se invoca para pedirlos ⁽³⁰⁾. Esta opinión conducía a reconocer efectos jurídicos al matrimonio celebrado en fraude a la ley argentina. Para impedirlo, la ley 17.711 agregó el art. 68 bis a la ley de matrimonio civil, que dispone: "En el ejercicio de la acción de alimentos provisionales entre esposos no es procedente la previa discusión de la validez legal del título o vínculo que se invoca, excepto en los casos de matrimonios celebrados en el extranjero, en que se admitirá la justificación sumaria de que los contrayentes estaban domiciliados en el país al tiempo de celebrarlo y que mediaba impedimento de ligamen en la República" ⁽³¹⁾.

4) DIVORCIO POR PRESENTACION CONJUNTA

Esta nueva institución del derecho de familia introducida por la ley 17.711 ha sido, sin duda, una de las reformas más trascendentales. El nuevo texto legal incorporado como art. 67 bis a la ley 2393 dispone: "Transcurridos dos años del ma-

la primera norma del art. 86 LMC, en La Ley, t. 108, p. 974, n° 27; y en *Algunas reflexiones sobre la cuasi inexistencia temporal; de la unidad jurisdiccional en cuestiones familiares y del régimen de la buena fe en materia de nulidad matrimonial*, en J.A. 1971-10-p 86, cap. V; por LLAMBÍAS, *Estudio de la Reforma del Cód. Civil*, Bs. As. 1969, pág. 422, y MAZZINGHI, *Derecho de Familia*, Bs. As. 1971, n° 140. Sobre la legitimación del ministerio fiscal para promover la acción de nulidad de matrimonio después de la muerte de uno de los cónyuges, véase BELLUSCIO, trabajo citado en nota anterior.

⁽³⁰⁾ La Ley, t. 120, p. 196, y J.A. 1965-VI-434, con nota de LÓPEZ OLACIREGUT, que adhiere a la opinión de la minoría.

⁽³¹⁾ ZANNONI, *Las partidas de matrimonio extranjeras y la discusión de su validez legal en la acción de alimentos*, La Ley, t. 134, pág. 1409; y *Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges*, Bs. As., 1977, cap. VI.

rimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal. El Juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes, tendrán carácter reservado y no constará en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno”.

“Fracasada la conciliación se convocará otra audiencia dentro de un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres. Si también ésta resultare estéril porque no se logra el avenimiento, el juez decretará su separación personal cuando, según su ciencia y conciencia, los motivos aducidos por las partes señ suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando indicar cuáles son los hechos aducidos. Esta decisión tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos, pero sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores, los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos”.

“Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta tramitará por vía sumaria”.

“La decisión judicial determinará, a instancia de partes, cuál de los cónyuges quedará al cuidado de los hijos, para lo cual tendrá en cuenta lo que aquéllos acuerden, si el interés superior de los menores no aconsejare otra solución. En cualquier caso, podrá modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconsejen las circunstancias”.

La reforma respondió a una necesidad impostergable, explica uno de sus principales autores, pues había que terminar con la farsa de los juicios de divorcio simulados, en los que todo se acordaba de antemano: lo que se diría en los escritos de las partes, lo que habrían de manifestar los testigos, quién quedaría a cargo de los hijos, cómo se dividirían los bienes. Si los cónyuges están de acuerdo en la decisión de se-

pararse, es inútil que la ley pretenda obligarlos a seguir viviendo, pues de cualquier modo se separarán. Por consiguiente, era indispensable encontrar un procedimiento que hiciera innecesario el pleito, y se halló la fórmula que concibe el divorcio por presentación conjunta ⁽³²⁾.

No obstante las críticas de fondo que se han hecho contra esta nueva institución ⁽³³⁾, cabe reconocer que ofrece una posibilidad a los cónyuges de evitar, por medio de un trámite sencillo y rápido, las amargas y onerosas secuencias de un juicio de divorcio contencioso, que a veces suele prolongarse durante años, y en cuyo transcurso se complica a parientes, amigos y profesionales, y sólo conduce a exacerbar las pasiones y suscitar rozamientos entre las personas vinculadas al pleito. Tal posibilidad es ya de por sí un progreso en relación a la legislación anterior, que imponía a los cónyuges como única forma de obtener la separación judicial el procedimiento contencioso con todas sus complicaciones y riesgos, ignorando la realidad y fomentando la simulación.

5) OTRAS CUESTIONES REFERIDAS AL DIVORCIO

a) *Medidas cautelares.* La ley 17.711 sustituyó el art. 68 de la ley 2393 por el siguiente texto: "Deducida la acción de divorcio o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, determinar a quien corresponde la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien le corres-

⁽³²⁾ BORDA, *La Reforma de 1968*, nº 307.

⁽³³⁾ BELLUSCIO sostiene que la reforma deja sin solución el más serio de los problemas del derecho de familia que existe en la actualidad, y quizás el más grave de todos del derecho civil: el divorcio vincular (*El divorcio por mutuo consentimiento*, La Ley, t. 130, p. 997, nº 14). Desde otra postura diametralmente opuesta, LLAMBÍAS resalta el sentido dramático de la reforma por la proclividad al divorcio vincular que ella engendra (*Estudio de la Reforma*, pág. 397).

pondiere recibirlos y a los hijos, como también las expensas necesarias para el juicio de divorcio”.

Hay dos reformas sustanciales: en primer lugar, la norma derogada disponía que puesta la acción de divorcio o antes de ella, el juez podía “decretar el depósito de la mujer en casa honesta”. Era una terminología que se adecuaba a la incapacidad de hecho que soportaba la mujer casada en el régimen del código civil. Tratándose de una incapaz, al producirse la separación, era “depositada” en casa de sus parientes o en otra casa honesta. La reforma ha consagrado la solución que fue elaborada por la jurisprudencia a través de los años: en definitiva es el juez quien decide cuál de los cónyuges se ha de retirar del hogar conyugal tomando como base ciertas pautas, que se dejan libradas al criterio judicial⁽³⁴⁾.

En segundo lugar, la nueva norma ya no dispone que el juez debe fijar “los alimentos que han de prestarse a la mujer”, como lo establecía la anterior. Ahora dispone que se deben fijar “los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien le correspondiere recibirlos”. El legislador ha entendido que el marido también puede pedir alimentos cuando esté imposibilitado de proveerse recursos.

b) *Imputación de los alimentos pasados durante el juicio de divorcio.* Generalmente durante el trámite del juicio, el marido debe pasarle alimentos provisorios a su mujer, que por lo común los solicita al iniciar el juicio. El Código no preveía si esos alimentos debían o no imputarse a la parte que correspondía a la mujer en la liquidación de la sociedad conyugal, lo que dio origen a una jurisprudencia contradictoria. El nuevo art. 1306, en su segundo párrafo, aclara la cuestión al disponer: “Los alimentos que pasó uno de los cónyuges al otro durante el trámite del juicio, se imputarán en la

⁽³⁴⁾ Véase: GARBINO, Guillermo, *Exclusión del hogar conyugal*, El Derecho, t. 39, p. 1163; y ZANNONI, *La exclusión o el retiro del hogar conyugal durante el juicio de divorcio*, en J. A. 1976-III-p. 690, y *Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges*, Bs. As., 1977 cap. III.

separación de bienes a la parte que correspondía al alimentado, a menos que el Juez, fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiese hacerlos pesar sobre el alimentante". Sin embargo aun se discute la naturaleza jurídica de los alimentos pagados durante el trámite del juicio ⁽³⁵⁾.

c) *Tenencia de hijos*. El antiguo art. 76 de la L.M.C. disponía: "Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre. Los mayores de edad, se entregarán al esposo que, a juicio del juez sea el más a propósito para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido o por la mujer preferente derecho a tenerlos". El nuevo texto incorpora respecto a la tenencia de los menores de cinco años, una solución ya elaborada por la jurisprudencia: la salvedad de que si existen causas graves se puede preferir al padre, y por ello establece: "Salvo causas graves, los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre".

Respecto de los hijos mayores de cinco años, también ha modificado la solución. Ahora dispone: "Los mayores de esa edad quedarán a cargo del cónyuge inocente, a menos que esta solución fuere inconveniente para el menor; si ambos cónyuges fueren culpables, el juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos, según las circunstancias del caso". La nueva norma cambia el criterio para obtener la tenencia. Antes se tenía en cuenta la aptitud del progenitor para educar a sus hijos, ahora se erigió como principio fundamental la inocencia en el divorcio. La doctrina ha criticado casi unánimemente esta reforma, y propugna volver al criterio de la norma derogada ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ BELLUSCIO, *Manual de Der. de Familia*, Bs. As., 1974, t. I, n^o 245; ZANNONI, *Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges*, Bs. As. 1977, cap. II.

⁽³⁶⁾ RAFFO BENEGAS y SASSOT, *La tenencia de los hijos y el divorcio*, J. A. doc. 1971 p. 811; BELLUSCIO, *Manual*, t. I, N^o 277; LLAMBIAS, *Estudio de la reforma*, págs. 4-8 y sgtes.; CRESPI, en *Examen y crítica*

d) *Costas del juicio de divorcio.* La cuestión de si el marido estaba obligado a pagar las costas declaradas a cargo de la esposa en el juicio de divorcio, dio lugar a una jurisprudencia confusa. El nuevo art. 52 L.M.C. ha consagrado la solución de que “en ningún caso un cónyuge responderá con sus bienes propios ni con la parte de gananciales que le correspondan, por las costas declaradas a cargo del otro en el juicio de divorcio”, la cual se concilia con el principio de separación de deudas establecidos en los arts. 5 y 6 de la ley 11.357.

e) *Declaración de culpabilidad del cónyuge inocente.* La cuestión se planteaba cuando el cónyuge declarado culpable del divorcio por sentencia firme, pretendía luego demandar al cónyuge inocente para que se declare su culpabilidad, por hechos posteriores a dicha sentencia. La jurisprudencia fue contradictoria y hubo un plenario de la Cámara Nacional Civil ⁽³⁷⁾ que negó la posibilidad de intentar la nueva acción. No obstante, la ley 17.711, acogió la solución expuesta por Borda en su fundado voto en minoría en el citado plenario, y en otro fallo anterior, compartida por la mayoría de nuestra doctrina y propiciada por las Primeras Jornadas de Derecho Civil, reunidas en Santa Fe en 1963, sobre la base de una ponencia

de la reforma del Cód. Civil, t. 4 vol. 1º, p. 181, La Plata, 1973; KEMENAJER DE CARLUCCI, *La culpa en el divorcio y la tenencia de los hijos mayores de cinco años*, en La Ley, 1975-D-p. 258; ESCRIBANO, en *El Derecho*, diario del 5.XII.68, nº XI in fine. En las VI JORNADAS DE DER. CIVIL, celebradas en Santa Fe, noviembre de 1977, FRANCISCO A. M. FERRER, presentó la siguiente ponencia: “La tenencia de los hijos menores, mayores de cinco años, en la situación de cónyuges divorciados, debe ser acordada por el juez al progenitor que sea más idóneo para ejercerla en interés de los menores sin que la declaración de cónyuge inocente implique para ello un derecho preferente”. En comisión contó con la aprobación de Belluscio, Fassi, Zannoni, Araujo, Bendersky, Azpiri, D’Antonio, Gil Iglesias, Lafiandra, León, Bossert, Paz, Rolando, Szmulewicz, Imas, García Mele, Di Lella, Uriarte, Wagmaister. En contra Yugano, Cafferata y Maurino. No se alcanzó a tratar en plenario.

⁽³⁷⁾ CNCiv. en pleno 29.4.65, *El Derecho*, t. 10, p. 693, y en La Ley, t. 118, p. 312.

cia del Dr. Alberto D. Molinario (³⁸). El nuevo texto agregado como art. 71 bis de la ley 2393, dispone: "Decretado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, puede éste pedir la declaración de culpabilidad del otro en juicio ulterior, cuando hubiere incurrido en adulterio, infidelidad o en grave conducta moral posterior a la sentencia".

Con esta nueva norma se termina definitivamente otra cuestión: consagra el principio de que el deber de fidelidad subsiste después de la sentencia de divorcio, cuestión que antes había dado lugar a opiniones encontradas.

6) SOCIEDAD CONYUGAL

a) *Convenciones matrimoniales.* La ley 17.711 derogó los incisos 2º y 4º del art. 1217. Respecto al segundo, desde la ley 11.357 la mujer tenía derecho a administrar sus bienes sin necesidad de que hiciera reserva de su derecho en las convenciones matrimoniales, por tanto esta disposición no se justificaba más. El inciso cuarto importaba una excepción a la prohibición de pactos sobre herencia futura (art. 1175 C. C.) y del testamento conjunto. Nada parece justificar tal excepción, afirma Borda, tanto más cuanto que los esposos se heredan recíprocamente. Y además, esta norma nunca había tenido aplicación práctica en nuestro país (³⁹). Sin embargo, hay autores que sostienen que como se ha mantenido la vigencia de diversas disposiciones que se refieren a las donaciones entre cónyuges para después de la muerte (arts. 1232, 1233, 1234,

(³⁸) Voto de Borda en el fallo de la CNCiv. Sala A, La Ley, t. 94, p. 21. Las Primeras Jornadas de Der. Civil reunidas en Santa Fe en 1963 aprobaron la siguiente ponencia presentada por MOLINARIO: "Dentro del régimen de la ley 2393 es posible la deducción por el cónyuge declarado culpable, a raíz de un primer juicio de divorcio por separación personal, de una nueva acción, con el objeto de lograr la declaración de culpabilidad del cónyuge que aparece como inocente en dicha sentencia, en virtud de hechos no invocados en la acción anterior, promovida o no por vía reconvenzional, pero que fue rechazada, o sobreviniente a dicha sentencia". Esta ponencia también fue aprobada por SPOTA (nota en El Derecho, t. 7, p. 861), quien ya se había manifestado en nota en J.A. 1956-II-182. Sobre el tema y antecedentes: BORDA, *Familia*, t. I, nº 536, quater.

(³⁹) BORDA, *La Reforma de 1968*, nº 300.

1235, 1236 y 1237, y 75 de la ley 2393), la derogación del inc. 4º sólo tiene el efecto de no permitir esas donaciones en las convenciones matrimoniales, lo cual no involucra la prohibición de hacerlas fuera de ellas, en cuyo caso deben observar las formas requeridas en los arts. 1810 y sgtes. (4º).

b) *Bienes que la integran*. En primer lugar se derogó el art. 1224, que daba lugar a serias dificultades interpretativas. Expresaba: "Si no hubiese escritura pública o privada de los bienes que los esposos llevan al matrimonio, se juzgará que éste se contrae, haciéndose comunes los bienes muebles y las cosas fungibles de ambos; y disuelta la sociedad se tendrán como bienes adquiridos durante el matrimonio. Lo mismo se juzgará si no hubiere prueba por escrito de los muebles y cosas fungibles que durante el matrimonio adquieran marido o mujer, por herencia, legado o donación". Alrededor de este artículo se debatió la cuestión de la tipificación de la sociedad conyugal, dividiéndose la doctrina y jurisprudencia en dos corrientes definidas hasta la sanción de la ley 17.711.

Una opinión se fundaba en la primera parte del artículo transcrito e interpretaba que a falta de inventario en la convención prenupcial de los muebles aportados al matrimonio, la comunidad comprendía a todos ellos, además de las ganancias. Para que mantengan carácter propio, necesariamente los cónyuges debían excluirlos de la comunidad mediante la acción del inventario en la convención matrimonial, o probar por escrito que se adquirieron en el curso del matrimonio por herencia, donación o legado. De no cumplirse esas formalidades solemnes, los muebles aportados se hacían gananciales. Ello surge del carácter imperativo de la redacción de la norma y de su ubicación en el capítulo referente a las convencio-

(4º) GUASTAVINO, *Pactos sobre herencias futuras*, Bs. As., 1968, nº 238 y 242; GUAGLIANONE, *Régimen patrimonial del matrimonio*, Bs. As., 1968, t. I, nº 173 y VIDAL TAQUINI, *El régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., 1971, nº 239 y 240. Estos dos últimos autores dicen que la donación mortis causa debe respetar en todo caso la forma testamentaria (art. 1790).

nes matrimoniales. Esta corriente tipifica a la sociedad conyugal como una comunidad de ganancia y parcial de muebles.

La otra tesis sostenía que el art. 1224 no caracterizaba a la sociedad conyugal en cuanto a la extensión de la masa de bienes comunes, sino se refería a una cuestión de prueba; establecía simplemente una presunción *juris tantum*, presumiendo que los bienes muebles eran gananciales, a menos que por cualquier medio se acreditase fehacientemente que no lo eran. Esta norma debe coordinarse con el art. 1271, con el cual, enseñaba Segovia, forma un todo, y los dos artículos deben explicarse el uno por el otro. El art. 1271 dispone que pertenecen a la sociedad conyugal como gananciales los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a algunos de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, donación o legado, lo que, a contrario sensu, significa que si se prueba que le pertenecían deben considerarse propios. A lo que agregaban que no era costumbre en el país hacer convenciones prenupciales o dejar documentado de otra manera los aportes de los cónyuges a la sociedad, y sería injusto que por la omisión de algo que nadie hace ni puede hacer sin desdoro se conviertan en gananciales bienes muebles cuantiosos, no obstante que se pruebe de modo terminante que fueron aportados al matrimonio. Para esta doctrina, la sociedad conyugal es una comunidad de ganancias ⁽⁴¹⁾.

La ley 17.711 al derogar el art. 1224 resolvió la cuestión, adoptando el régimen de comunidad de gananciales. Recobra así plena generalidad, afirma Borda, la regla del art. 1271 y se elimina la controversia respecto a la prueba que debía producirse para desvirtuar la presunción del carácter común de los bienes muebles y cosas fungibles ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Véase un resumen de las distintas opiniones doctrinarias en VIDAL TAQUINI, *ob. cit.* nros. 147 a 161.

⁽⁴²⁾ BORDA, *La reforma de 1968*, n° 329; GUASTAVINO, *Modificación al régimen jurídico conyugal*, Bs. As. 1968 (separata de la Revista del Notariado, n° 699), págs. 8 y 9.

En segundo término, se excluye de la masa común a los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales. La ley 17.711 agregó un último párrafo al art. 1272 por el cual establece que tales bienes son propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial. Era la solución de Bibiloni consagrada en el art. 678 de su Anteproyecto ⁽⁴³⁾.

Por último, los frutos naturales o civiles de bienes pertenecientes a hijos de un matrimonio anterior de la esposa, administrados por ésta, eran calificados como propios de ella por el art. 3º de la ley 11.357; al derogarse este precepto, dichos bienes se califican según las reglas generales del art. 1272, que los caracteriza como gananciales si son recibidos durante la existencia de la sociedad conyugal.

c) *Administración de la sociedad conyugal*. La ley 17.711 ha venido en este tema a perfeccionar y clarificar el sistema ya instaurado por la ley 11.357. El nuevo art. 1276 dispone: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el art. 1277".

"Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición corresponde al marido, salvo también lo dispuesto en el artículo siguiente".

"Uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas".

Han quedado derogados los arts. 1276 del C. C. y 52 de la ley 2393. Ahora el marido definitivamente dejó de ser el

⁽⁴³⁾ BIBILONI, *Anteproyecto*. ed. Kraft, Bs. As. 1939, art. 678 y nota, t. I, págs. 283/286. En contra de la reforma: LLAMBÍAS, *Estudio de la Reforma*, pág. 354 y sgtes, quien refiere además los antecedentes de la cuestión; comparar: CRESPI, en *Examen y crítica de la reforma del C. Civil*, t. 4-vol. 1º, p. 53.

administrador de la sociedad conyugal. Hay dos masas de bienes gananciales administradas en forma separada por cada uno de los cónyuges, con la limitación establecida por el art. 1277 en lo que se refiere a la facultad de disponer. Tal situación, a la que se agrega la separación de la responsabilidad instaurada por la ley 11.357, le hace decir a Vidal Taquini que no hay más sociedad conyugal, que durante el matrimonio el régimen es de separación de bienes. El régimen de comunidad, sostiene, ha desaparecido, el actual es de separación de bienes, y con la disolución del régimen participa un cónyuge en las ganancias o en los bienes adquiridos por el otro (44). Sin embargo, la mayoría de los autores estima que se mantiene como régimen legal de bienes el sistema de comunidad conyugal, con responsabilidad y administración divididas y gestión conjunta para la disposición de ciertos bienes gananciales (45).

El nuevo sistema legal establece una completa igualdad de los cónyuges respecto a sus derechos de administrar y disponer de los bienes de la sociedad conyugal. Se exceptúan los bienes cuya administración y disposición corresponden al marido porque no se puede determinar su origen o la prueba fuere dudosa (2º párrafo, art. 1276). Es un resabio, dicen Fassi y Bossert, del predominio del varón sobre la mujer (46). Se ha planteado el problema de determinar cuáles son esos bienes. La Dra. Méndez Costa en un detenido estudio concluye que se trata de aquellos casos en que no se puede probar fehacientemente el nombre del cónyuge titular de los de-

(44) VIDAL TAQUINI, *ob. cit.* nº 225 y 234. También LÓPEZ DEL CARRIL, *Los regímenes patrimoniales después de la reforma introducida por la ley 17.711*, La Ley, t. 139, p. 1177.

(45) GUASTAVINO, *Modificación al régimen jurídico matrimonial*, nros. IV y V; LLAMBÍAS, *ob. cit.* p. 370, BELLUSCIO, *El régimen matrimonial de bienes en la reforma del C. Civil*, La Ley, t. 131, p. 1.458, y *Manual*, t. II, nº 303; ZANNONI, nota en La Ley, t. 133, p. 339; MÉNDEZ COSTA, *El sujeto de la gestión de los bienes gananciales*, J. A. 12-1971, p. 823, nº IV; SPOTA, *Sobre las reformas al C. Civil*, Bs. As., *Sociedad Conyugal*, Bs. As., 1977, t. I, nº 93, p. 93. Comparar: CORNEJO, *El régimen de bienes en el matrimonio y la Ley 17.711*, La Ley, t. 132, p. 1.350.

(46) FASSI-BOSSERT, *ob. cit.*, t. II, p. 15. nº 14.

rechos que recaen sobre un bien. El origen de un bien, afirma, está determinado cuando consta quién es el "titular" del derecho o los derechos sobre el mismo, sin que sea necesaria la mención del origen de los fondos empleados en su adquisición (47).

La ley 11.357 en su art. 3º, ap. 2º, inc. c) presumía que el marido tenía un mandato para administrar los bienes de su mujer mientras ésta no hiciera una manifestación contraria de voluntad en un registro especial o, en su defecto en el registro de mandatos. En la práctica tal manifestación de voluntad en contrario nunca se inscribía en el Registro, y el mandato legal a favor del marido era un riesgo. La ley 17.711 suprimió el art. 3 de la ley 11.357, y en el 3er. párrafo del nuevo art. 1276 establece que uno de los cónyuges no puede administrar los bienes del otro, propios o gananciales, sin que se le haya conferido mandato conforme a las reglas comunes de este contrato. La única diferencia es que el cónyuge mandatario no está obligado a rendir cuentas (48).

d) *Actos de disposición de bienes gananciales.* La ley 17.711 ha establecido un sistema de gestión conjunta para los actos de disposición de ciertos bienes gananciales. El nuevo art. 1277 dispone: "Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consenti-

(47) MÉNDEZ COSTA, *Algunos aspectos de la gestión de bienes de los cónyuges*, Bs. As., 1971 (separata de la Revista del Notariado, Nº 716), nº I. En contra: CAFFERATA, *Administración y disposición de bienes en la sociedad conyugal*, Córdoba, 1972, quien sostiene que si en el instrumento de adquisición de un bien la mujer no deja constancia del origen de los fondos con los que efectúa la misma (art. 1246), la administración y disposición de ese bien corresponde al marido (pág. 31).

(48) Véase MÉNDEZ COSTA, *Mandato entre cónyuges*, J.A. doctrina 1971, p. 311.

miento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes”.

“También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aún después de disuelta la sociedad conyugal, tratándose en este caso de bien propio o ganancial”.

“El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido”.

Con esta reforma que exige la intervención de ambos cónyuges en la gestión de bienes comunes, se ha adoptado un sistema de antiguo origen y que actualmente predomina en la legislación comparada (49).

Borda explica que el fundamento del nuevo régimen de gestión conjunta de los cónyuges es doble: en primer lugar, acentuar la unidad del matrimonio y el carácter societario de los bienes gananciales, haciendo más viva y operante la comunidad conyugal; y en segundo término, proteger a uno de los cónyuges (principalmente la mujer) contra la falta de aptitud, la ligereza o la mala fe del cónyuge administrador (50).

No obstante que la norma exige el “consentimiento” de ambos cónyuges, la doctrina mayoritaria entiende que es el cónyuge administrador quien dispone del bien y presta su “consentimiento”; el cónyuge no administrador, el que no es

(49) CAFFERATA, *ob. cit.*, págs. 44 y sgtes.; BORDA, *La reforma de 1968*, nº 343.

(50) BORDA, *Familia*, t. I, nº 394. Para CAFFERATA el fundamento se encuentra en la igualdad jurídica de los esposos, en el propósito de la ley de llenar de un contenido distinto la actividad patrimonial del matrimonio, en la afirmación del carácter común de los bienes adquiridos durante la unión (*ob. cit.*, pág. 49/50). GUASTAVINO piensa que “el espíritu de la ley ha sido más que deducir una consecuencia lógica jurídica del principio de la capacidad femenina y más que aspirar a una cohesión conyugal en la gestión del patrimonio común, el de prevenir el fraude en las relaciones pecuniarias entre los esposos” (*Modificación del régimen jurídico conyugal*, p. 13).

titular del bien, sólo presta su "asentimiento" o "conformidad" al acto ⁽⁵¹⁾.

En cuanto a la naturaleza de esa conformidad, venía o asentimiento, también hay discrepancias doctrinales: para Guastavino crea una incapacidad de derecho por la cual uno de los esposos no puede disponer válidamente de determinados bienes ⁽⁵²⁾; para Méndez Costa, y Cafferata el art. 1277 contiene una restricción a la facultad de libre disposición que el art. 1276 ha concedido a los esposos ⁽⁵³⁾; Fassi y Bossert entienden que se trata de una limitación de facultades en la administración de cosas de una sociedad ⁽⁵⁴⁾.

La exigencia del art. 1277 se refiere a determinadas categorías de bienes gananciales: inmuebles, derechos o bienes muebles registrales, y por excepción un bien propio: el inmueble propio de uno de los cónyuges en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces, aún después de disuelta la sociedad conyugal.

El consentimiento de ambos cónyuges se requiere para disponer; gravar o hacer aportes de dominio o uso a sociedades de los bienes gananciales determinados en la misma norma y para la transformación o fusión de sociedades de personas ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵¹⁾ GUASTAVINO, *ob. cit.*, cap. VI, CAFFERATA, *ob. cit.*, p. 49; PELOSI, art. 1277 del C. Civil (*Cuestiones relativas al consentimiento*), Rev. del Notariado, n° 700, p. 759; BELLUSCIO, *Manual*, t. II, n° 368; BORDA, *Familia*, t. I, n° 395; VIDAL TAQUINI, *ob. cit.*, n° 255. En contra: FASSI-BOSSERT, *ob. cit.*, t. II, pág. 53, n° 6, sostienen que la ley exige el "consentimiento" de ambos cónyuges.

⁽⁵²⁾ GUASTAVINO, *Naturaleza del requisito del asentimiento conyugal*, La Ley, t. 153, p. 632.

⁽⁵³⁾ MÉNDEZ COSTA, *El art. 1277 y la capacidad de los cónyuges*, Gaceta del Notariado, n° 49/50, p. 487 y CAFFERATA; *ob. cit.*, pág. 55.

⁽⁵⁴⁾ FASSI-BOSSERT, *ob. cit.*, T. II, n° 5, pág. 53.

⁽⁵⁵⁾ En general sobre el art. 1277 consultar GUASTAVINO, *Modificación...* caps. VIII y IX; CAFFERATA, *ob. cit.*, caps. IV, V y VI; FASSI-BOSSERT, t. II, comentario al art. 1277; BORDA, *Familia*, t. I, nros. 397 a 401 bis. Sobre el concepto de actos de disposición véase MÉNDEZ COSTA, *Actos de disposición y actos de administración*, Bs. As., 1970, (separata de la Rev. del Notariado, N° 711).

La doctrina en general considera que no tienen validez el mandato general otorgado por un cónyuge a favor del otro para todos los actos de disposición que éste quiera realizar, ni una autorización genérica por la que exprese su consentimiento para los actos del otro comprendidos en el art. 1277 (56).

Si uno de los cónyuges negare injustificadamente su consentimiento para otorgar el acto, puede solicitarse la autorización supletoria del juez, que incluso puede ser posterior (57). En principio, es el cónyuge que quiere disponer o gravar quien debe solicitar la autorización judicial, pero si éste ha asumido una obligación de otorgar un acto jurídico (escriturar p. ej) a favor de un tercero, que requiere para su perfeccionamiento el asentimiento de su cónyuge, no hay obstáculo legal para que el tercero subrogándose en los derechos del cónyuge disponente accione contra el otro para obtener la autorización judicial supletoria puesto que nos encontramos en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Así lo admiten prestigiosos autores (58).

Si la exigencia del art. 1277 es violada, el acto que se otorgue sin el asentimiento del cónyuge no administrador o sin venia judicial estará viciado de nulidad relativa (59).

(56) CAFFERATA, *ob. cit.* págs. 58/59; *Invalidez del asentimiento conyugal general y anticipado*, en La Ley, t. 1975-D-603; GUASTAVINO, *Modificación...* pág. 33/34; MÉNDEZ COSTA, *Mandato entre cónyuges*, citado; BORDA, *Familia*, t. I, nº 396; FASSI-BOSSERT, *ob. cit.*, t. II, pág. 56, nº 17; VIDAL TAQUINI, *ob. cit.*, nº 255. Por la validez: PELOSI, *ob. cit.*, Rev. del Notariado, nº 700, p. 758 y MAZZINGHI, *ob. cit.*, t. II, nº 273.

(57) GUASTAVINO, *Modificación...*, *ob. cit.*, cap. XI.

(58) FASSI, nota en La Ley, t. 1975-A-212; GUASTAVINO, *Subrogación en las acciones derivadas de la falta de asentimiento conyugal (arts. 1196 y 1277)*, en La Ley, t. 151, pág. 965; BELLUSCIO, *Promesa de enajenación de inmueble ganancial sin asentimiento del cónyuge del enajenante*, La Ley, 1975-A-219; VIDAL TAQUINI, *ob. cit.*, nº 263, pág. 270/271; FASSI-BOSSERT, *ob. cit.*, t. II, p. 86, nº 87 y en contra ARAUJO, *Improcedencia de la subrogación en acciones derivadas de la falta de asentimiento conyugal*, JURIS, t. 43, p. 259; y *Más reflexiones sobre el asentimiento del cónyuge en los actos de disposición*, La Ley, 1975-B-1188; BORDA, nota en EL DERECHO 21.10.77.

(59) BORDA, *Familia*, t. I, nº 405; GUASTAVINO, *Modificación...*, cap. XII; FASSI-BOSSERT, t. II, p. 102, nº 122. En contra CAFFERATA,

e) *Disolución de la sociedad conyugal en caso de divorcio.* De acuerdo al antiguo art. 1306, en caso de divorcio, sólo el cónyuge inocente tenía derecho a pedir la separación. Es decir, la sentencia de divorcio no producía la disolución de la sociedad conyugal; debía pedirla el cónyuge inocente. Y si ambos eran culpables, la jurisprudencia interpretaba que cualquiera de los cónyuges podía pedir la disolución. Pero también se discutía si la disolución se producía el día de la sentencia definitiva, de la interposición de la demanda, de su notificación o de la traba de la litis. Esta incertidumbre daba lugar a situaciones realmente injustas a las que ha puesto fin la ley 17.711 al disponer en el nuevo texto del art. 1306: "La sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe". La disolución se produce ahora en forma automática, y con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda. Para los terceros tendrá efectos a partir de la sentencia. Borda opina que respecto a los terceros la sociedad se reputa disuelta a partir del momento en que se haga efectiva la partición (⁶⁰).

f) *Separación de hecho y sociedad conyugal. Antecedentes de la reforma en la jurisprudencia santafesina.* La cuestión de si la separación de hecho es una causal o no de disolución de la sociedad conyugal ha dividido desde antiguo a nuestra doctrina y jurisprudencia. Al comienzo se sostuvo que la sociedad conyugal sólo se disuelve por las causas taxativamente enumeradas en el art. 1291, entre las cuales no figura la separación de hecho, de tal manera que la mujer tiene participación en lo que ganare el marido después de haberse separado, si esta separación es de hecho. La primera reacción contra es-

ob cit., pág. 55/58, quien sostiene que se trataría de un acto inoponible.

(⁶⁰) BORDA, *La reforma de 1968*, nº 322. Cambia así su opinión manifestada en el *Tratado (Familia)*, t. I, nº 438, y nota 598.

ta doctrina partió de la Cámara Civil 2ª de la Capital en 1923 ⁽⁶¹⁾, que sostuvo que la separación de hecho había provocado la disolución de la sociedad conyugal, con lo cual rechazó la pretensión de una mujer que habiendo abandonado a su esposo y vivido largos años en concubinato con un tercero, se presentó en la sucesión de su cónyuge reclamando la mitad de los bienes que éste había adquirido después del abandono. La solución fue seguida por numerosos fallos que sentaron la doctrina de que la separación de hecho disuelve la sociedad conyugal.

La Cámara Civil Primera, de la Capital, en cambio pronto retornó a la vieja tesis de que la separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal y así los esposos no pierden los derechos recíprocos como socios ⁽⁶²⁾.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires desarrolló una teoría intermedia: resolvió en 1928 que si bien la sociedad conyugal se disuelve sólo por las causales del art. 1291, el derecho a los gananciales que pudiera corresponder al cónyuge supérstite debe concretarse a los bienes adquiridos con anterioridad a la separación de hecho de los cónyuges por aplicación del enriquecimiento sin causa que siempre es principio de derecho civil al decir de Marcadé ⁽⁶³⁾. Más tarde, el Dr. Argañaraz, integrante de la Corte, en un voto en la causa Ceglie y Bianchi c. Toto del 6.5.1938 ⁽⁶⁴⁾, crea una nueva doctrina: el derecho a los gananciales se funda en el funcionamiento normal de la sociedad conyugal; en el cumplimiento de sus deberes legales por parte de cada uno de los esposos, entre ellos el de la convivencia (arts. 51 y 53 de la L.M.C.). La culpa no puede engendrar derechos. Basta consi-

⁽⁶¹⁾ C. Civ. 2º Capital. 8.8.23, G.F., t. 46. p. 35.

⁽⁶²⁾ 24.10.30, G.F. t. 89, p. 65. Véase el análisis de la jurisprudencia de las Cám. Civ. 1ª y 2ª de la Capital en FASSI, *Separación y abandono de hecho*, en Estudios de Der. de Familia, La Plata. 1962, págs. 364 y sgtes.

⁽⁶³⁾ Citada por FASSI en el estudio citado en nota anterior.

⁽⁶⁴⁾ S.C. Bs. As. 6.5.38, voto Dr. Argañaraz, en La Ley, t. 10, pág. 1028/1029.

derar que el art. 1315 sólo ha considerado el caso del normal funcionamiento de la sociedad conyugal a fin de conferir a cada uno de los cónyuges el derecho a la mitad de los gananciales, para concluir que el cónyuge causante de la separación de hecho no puede ampararse en dicho texto legal que ha excluido esa situación de sus previsiones.

En los Tribunales santafesinos se dio la misma evolución jurisprudencial. La Sala 2ª de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, el 23.7.1924 resolvió que la comunidad legal de bienes que crea el matrimonio no puede ser disuelta por la simple separación de hecho de los cónyuges, ni aún mediando divorcio, pues es indispensable la separación judicial de bienes, y, en consecuencia, le reconoce a la heredera de la esposa derecho a la mitad de los bienes adquiridos por el marido después de la separación y hasta la muerte de aquélla (65). La misma Sala 2ª de la Cám. Civil y Com. de Rosario, con distinta integración, cambia de criterio en un fallo del 5.11.1937: la separación de hecho disuelve la sociedad conyugal (art. 1262, 1735 inc. 2º, y 1769, C. C.). Los socios tienen derecho a reclamar y obtener la liquidación de los bienes adquiridos por la sociedad hasta el momento de la separación (66). La misma doctrina se aplica en un fallo del 12.4.1940 de la Sala 3ª de la Cám. Civ. y Com. de Rosario (67) y también la sostuvo el juez civil y comercial Dr. Artcabaro de Rosario, en sentencia del 15.2.1943 (68).

Pero es la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, Sala 1ª, que integrábamos con los Dres. Cabal y De Feo, que desarrolla en un fallo del 10.8.1945 otra teoría ecléctica o intermedia: si bien la separación de hecho no constituye una causal de disolución de la sociedad conyugal, la mujer que ha abandonado el hogar por largos años y hasta la muerte del

(65) J.T.S.F., t. 3, p. 287.

(66) J.T.S.F., t. 16, p. 674.

(67) J.T.S.F., t. 19, p. 135.

(68) Rep. de S.F., t. 3, p. 14.

marido, viviendo en ese período en concubinato con otros hombres, queda excluida de beneficiarse con los bienes que después de la separación adquirió aquél con su trabajo. La vieja máxima romana "propiam turpitudinem alegans no es audiens" impide que una mujer que faltó a sus obligaciones e hizo una vida irregular pueda volver después de muchos años a reclamar los derechos que esa ley reconoce a los esposos que cumplen sus obligaciones. El fundamento de ese principio se encuentra en la buena fe, las buenas costumbres y el orden público (voto del Dr. Cabal, al cual adherimos) (69).

La misma Cámara, reunida en tribunal pleno el 26.11.1948 con el voto nuestro al que adhirieron los demás camaristas, Dres. De Feo, Reyes, Sabaté y Viñas Balugera en una demanda de divorcio y separación de bienes promovida por una mujer después de más de treinta años de haber abandonado a su esposo y con el designio de partir, a título de gananciales, los bienes que el demandado había adquirido en los años posteriores a la separación, sostuvo que "la actora, a partir de la separación de hecho, producida por su culpa, carece de todo derecho a reclamar a título de socia, su parte en los gananciales sobre los bienes adquiridos por el marido con posterioridad a esa fecha. Por consiguiente, la sentencia que declara la separación de bienes debe tener efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el abandono de la esposa, con arreglo al art. 1776 C. C. aplicable a la sociedad conyugal por disposición expresa del art. 1262 y no oponerse esa norma a las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio. De este modo, concluyo diciendo que su pretensión no debe ser acogida en los límites que postula, por ser contraria al orden público familiar, a la moral y a las buenas costumbres" (70). Esta doctrina fue también aplicada por otro fallo posterior del 14.5.1958 de la Sa-

(69) Sala 2da. del Sup. Trib. de Sta. Fe, 10.8.45, en J.T.S.F., t. 24, pág. 353.

(70) Sup. Trib. de Sta. Fe en pleno 26.11.48, en J.T.S.F., t. 27, pág. 416.

la 2ª de la misma Cámara Civil y Com., integrada por los Dres. Torres del Sel, Moscoso, Bordes Crespo, Rodríguez Sager y Pinto (71).

Y este fue el criterio que prevaleció en la jurisprudencia: la separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal, pero razones de moral y equidad autorizan a negarle al cónyuge culpable sus derechos de socio, y tal solución fue acogida por la ley 17.711 (72) que agregó como último párrafo del art. 1306 la siguiente disposición: "Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable". Obviamente, si ambos son culpables, ninguno tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación.

g) *Recompensas entre cónyuges*: La reforma, atendiendo al incontenible proceso de deterioro que sufre nuestro signo monetario y acogiendo la doctrina jurisprudencial anterior a la ley 17.711, ha contemplado una de las cuestiones más complejas que se plantean al liquidar la sociedad conyugal: las recompensas entre cónyuges, y en el nuevo art. 1316 bis ha dispuesto: "Los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinarán reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso". Indudablemente, en épocas de inflación como las que nos toca padecer, sería de una tremenda injusticia calcular el valor de la inversión a la fecha en que se hizo, tal vez muchos años atrás. Por eso es justa la solución de la reforma que

(71) JURIS, t. 15, p. 163 y J.A. 1958-IV-366.

(72) BORDA, *Familia*, t. I, nº 430, pág. 320 y jurisprudencia citada en nota 586. FASSI-BOSSERT, en cambio, sostiene que en la reforma de la ley 17.711 se consagra la doctrina elaborada por la Suprema Corte de Bs. As. (*ob. cit.*, t. II, nº 49, pág. 383).

actualiza los créditos a la fecha de la disolución de la sociedad, dejando el monto del reajuste librado al arbitrio judicial ⁽⁷³⁾.

7) FILIACION

a) *Excepción legal a la presunción de paternidad.* El art. 250 del C. Civil permitía el ejercicio de la acción de desconocimiento de paternidad por el marido o sus herederos cuando el hijo nacía después de trescientos días desde el momento en que había separación de hecho unida a la separación legal, definitiva o provisoria, decretada en juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio. Pero si los legitimados para promover la acción no la ejercían, seguía vigente la presunción de paternidad del marido.

La reforma de 1968 estableció en su lugar: "Si hubiere juicio de divorcio o nulidad de matrimonio y la mujer tuviere algún hijo nacido después de 300 días desde que la separación tuvo lugar, no se presume la paternidad del marido salvo que se probare que medió reconciliación privada al tiempo de la concepción". No es ya el marido o sus herederos quienes deben tomar la iniciativa de negar la paternidad. La presunción de paternidad del marido ha desaparecido y quien pretenda atribuir al esposo la paternidad deberá probar la reconciliación de los esposos al tiempo de la concepción.

b) *Requisito previo para intentar la acción de filiación.* La ley 17.711 agregó al art. 3 de la ley 14.367 el siguiente párrafo: "Cuando la filiación cuyo reconocimiento se intenta, importe dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida,

⁽⁷³⁾ BORDA, *La reforma de 1968*, n° 358, en contra LLAMBIAS, *Estudio de la reforma*, págs. 388 y sgtes. quien sostiene que el enunciado de la ley es vago y compromete la seguridad jurídica porque deja librado a criterio de los jueces la determinación de la recompensa, y expresa que los créditos debieron determinarse teniendo en cuenta el valor que representen al tiempo de la sentencia. Aprueban la reforma FASSI-BOSSERT, t. II, n° 4, pág. 484, y para el análisis de la nueva norma págs. 485 y sgtes.

deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción tendiente a desconocer esta última". En consecuencia, es absolutamente indispensable para promover la acción de filiación (legítima o extramatrimonial) que el accionante no ostente un estado incompatible con la filiación que pretende. Tal sería el caso de una persona que tiene título de estado de hijo legítimo y pretende demandar a un tercero de quien pretende ser hijo extramatrimonial. Previamente deberá impugnar y destruir el estado que ostenta, demostrando que no es hijo de la persona que aparece como su padre legítimo. No es necesario que el juicio de impugnación de la paternidad sea previo, pues según la nueva disposición puede plantearse simultáneamente (74).

c) *Impugnación de la filiación extramatrimonial.* La ley 17.711 derogó el art. 4 de la ley 14.367, que otorgaba la acción de impugnación del reconocimiento sólo a los herederos forzosos del reconociente, la cual caducaba a los 90 días desde que el reconocimiento les fuere notificado. La disposición era excesivamente rigurosa, privaba de acción a otros legítimos interesados en atacar la filiación extramatrimonial y el plazo de caducidad era exiguo. Se volvió al régimen del Código Civil: 1) art. 335 que atribuye la acción de impugnación a todos los que tengan interés en hacerlo, y no fija plazo para su ejercicio, siendo, por consiguiente, imprescriptible y 2) art. 4029, según el cual la acción del hijo reconocido contra el reconocimiento hecho por su padre se prescribe por dos años desde que el hijo llega a la mayor edad. La norma no prevé el caso del reconocimiento hecho después de llegar el reconocido a la mayoría de edad; en tal supuesto el plazo se cuenta a partir del reconocimiento o desde que el reconocido tuvo conocimiento de la falsedad de la filiación (75).

(74) BORDA, *Familia*, t. II, n° 749, Sobre filiaciones superpuestas, ver LÓPEZ DEL CARRIL, *Filiación*, cap. 19, Bs. As., 1976.

(75) BORDA, *La reforma de 1968*, n° 361. Para BELLUSCIO (*Manual*, t. II, n° 477), y LÓPEZ DEL CARRIL (*ob. cit.* n° 654) el plazo es de caducidad.

d) *Hijos legítimables*. El art. 311 dispone que los hijos nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres. Se refiere aquí a los hijos naturales (art. 324). La sanción de la ley 14.367 que equiparó a todos los hijos nacidos fuera del matrimonio (naturales, incestuosos y adulterinos), planteó el problema de si la legitimación podía ser extendida a todos ellos, o si por el contrario, subsistía el requisito del art. 311. La tendencia dominante en la doctrina y jurisprudencia fue considerar que el art. 311 continuaba imponiendo un requisito a la legitimación independiente de la calificación de los hijos, que no había sido derogado. La solución la consagró la ley 17.711 porque mantuvo el art. 311, y además agregó un nuevo párrafo: en caso de ausencia con presunción de fallecimiento, el hijo concebido después de cumplidos los plazos para la declaración de muerte presunta (arts. 22 y 23 ley 14.394) puede ser legitimado. De acuerdo al art. 31, ley 14.394, sus padres podían casarse al momento de la concepción, por lo cual el agregado implica la vigencia del requisito del art. 311, pues de lo contrario no tendría sentido (⁷⁶).

8) TUTELA Y CURATELA

a) El art. 390 que refiere al orden en que se ejerce la tutela legítima fue modificado en sus incisos 3º y 4º. Al tercero, que designa a las abuelas paternas y maternas, se le suprimió el párrafo "si se conservan viudas", o sea que ya no

(⁷⁶) BORDA, *La reforma de 1968*, nº 362; y *Familia*, t. II, nº 758; LÓPEZ DEL CARRIL, *ob. cit.*, nº 222; BELLUSCIO, *Manual*, t. II, nº 485; CNCv. Sala C. 17.11.77, en *La Ley*, 1978-B-p. 20; CNCiv. Sala C, 9.3.78; en *La Ley*, 1978-C-p.22; En contra, sosteniendo que es posible a legitimación del hijo adúltero; CNCiv. Sala E, 19.2.76, con nota de María J. MÉNDEZ COSTA, en *J.A.* 1976-IV-202; CNCiv. Sala D, 9.6.1977, con nota de E. ZANNONI, en *La Ley*, 1977-D, pág. 332.

se exigirá más ese requisito para que sean tutoras las abuelas. Y el inciso cuarto, que sólo confería el derecho a la tutela a los hermanos varones y de éstos prefería el de mayor edad, fue modificado sustancialmente. Ahora lo confiere "a los hermanos o medios hermanos, cualquiera fuere el sexo".

b) Del art. 477 la reforma suprimió la palabra "varones", por tanto, ahora "los hijos mayores de edad" son curadores de sus padres o madre viudo declarado incapaz. Las hijas mujeres, entonces, están también habilitadas para ejercer la curatela.

c) La ley 17.711 acogió una jurisprudencia correctora de la ley al derogar el inc. 8º del art. 450, que prohibía al tutor el préstamo de dinero de sus pupilos por más ventajosas que sean las condiciones y agregar un nuevo inciso, nº 13, que faculta al tutor "prestar dinero de sus pupilos. La autorización sólo se concederá si existen garantías reales suficientes".

VII. LEYES POSTERIORES A LA REFORMA DE 1968 QUE HAN MODIFICADO EL DERECHO DE FAMILIA

1. *La ley 18.248 del 10.6.1969, sobre el nombre de las personas naturales.*

Esta ley vino a llenar un vacío de nuestro Código Civil, que no contenía disposiciones sobre el nombre de las personas. La materia estaba regida por la costumbre y por algunas disposiciones aisladas de leyes que incidentalmente se ocupaban de la materia (leyes 13.252, 14.367, 14.586, decretos-leyes 8204/63 y 2015/66). La ley 18.248 ha reglamentado orgánicamente todas las cuestiones referentes al nombre, lo que significa, sin duda, un destacado progreso en el perfeccionamiento de nuestra legislación civil. En lo que respecta concretamente al de-

recho de familia, las incidencias de esta ley son muy importantes, y se refieren a diversas situaciones:

a) *Nombre del hijo extramatrimonial*. El hijo extramatrimonial *reconocido* por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior (a pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre, y el interesado podrá solicitarlo ante el Registro Civil a partir de los 18 años, art. 4). Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los dos años de haber cumplido los 18 años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior. Si la madre fuese viuda, llevará su apellido de soltera (art. 5).

Si se trata de un hijo extramatrimonial *no reconocido*, el oficial del Registro Civil lo anotará con un apellido común, salvo que hubiese usado apellido en cuyo caso se le impondrá éste. Si mediare reconocimiento posterior, el apellido se sustituirá por el del progenitor que lo reconociere, en la forma ordenada en el artículo anterior. Si fuese conocido por el apellido inscripto, estará facultado para mantenerlo, de acuerdo con las reglas del mismo artículo. Toda persona mayor de 18 años que careciere de apellido podrá pedir ante el Registro Civil la inscripción del que hubiese usado (art. 6).

b) *Nombre de la mujer casada*. La mujer, al contraer matrimonio, añadirá a su apellido el de su marido precedido por la preposición "de". Si la mujer fuese conocida en el comercio, industria o profesión por su apellido de soltera, podrá seguir usándolo después de contraído el matrimonio para el ejercicio de esas actividades (art. 8).

Decretado el *divorcio*, será optativo para la mujer llevar o no el apellido del marido (art. 9). Es decir, luego de la sentencia de divorcio, desaparece el deber para la mujer casada de usar el apellido marital. En adelante sólo será un derecho (77). Pero "cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer divorciada el uso del apellido de su cónyuge" (art. 9, párrafo 2º).

En caso de *divorcio vincular*, la mujer pierde el apellido marital. Pero la cónyuge inocente que no pidió la disolución del vínculo, será autorizada a usarlo cuando tuviera hijos (art. 11, 3ª cláusula).

Decretada la *nulidad* de matrimonio, la mujer perderá el apellido marital. Sin embargo, si lo pidiera, será autorizada a usarlo, cuando tuviera hijos y fuese cónyuge de buena fe (art. 11, 1ª y 2ª cláusulas) (78).

La ley no ha previsto el caso de *separación de hecho* de los cónyuges, pero corresponde entender que subsiste la obligación de llevar el apellido marital, puesto que la obligación sólo cesa en caso de divorcio (79). Si no obstante, la mujer separada de hecho no usa el apellido del marido, no corresponde aplicarle ninguna sanción, pues la ley no prevé ninguna (80).

(77) Un plenario de la Cám. Nac. Civil del 23/12/66, La Ley, t. 125, p. 156, por mayoría, y siguiendo el ilustrado voto del Dr. Llambias, resolvió lo contrario al establecer que no bastaba la conformidad del marido para autorizar judicialmente a la mujer a suprimir el uso del apellido de aquél. Sin embargo, la opinión de la minoría, expuesta en primer término por el Dr. Demaría, que sostuvo que el uso del apellido del marido no debe considerarse obligatorio para la mujer divorciada, fue en definitiva el criterio adoptado por la ley 18.248.

(78) Adolfo PLNER, critica la solución de la ley en los casos de divorcio vincular y nulidad de matrimonio al permitir que siga usando el apellido marital en determinados supuestos: "Donde no hay matrimonio ni marido, dice, no puede haber apellido marital" (*La ley del nombre*, en J.A., Doctrina, 1969, nº XII, p. 495).

(79) BORDA, *La ley del nombre*. La Ley, t. 136, p. 1203, nº 21; BELLUSCIO, *Derecho de Familia*, Bs. As., 1976, t. II, nº 532.

(80) En contra BORDA, *estudio citado*, La Ley, t. 136, p. 21, sostiene que la supresión del apellido marital revela la falta de voluntad de unirse y, por tanto, la pérdida de la vocación sucesoria (art. 3575).

La *viuda* está autorizada para requerir ante el Registro Civil la supresión del apellido marital. Si contrayere nuevas nupcias, perderá el apellido de su anterior cónyuge (art. 10). Es correcto el criterio consagrado de que cesa el deber legal de la viuda de llevar el apellido de su extinto esposo. En cambio, la exigencia de requerir ante el Registro Civil "la supresión del apellido marital" aparece como una solución desacer-tada por cuanto en esa oficina no existe ninguna inscripción específica que agregue el del marido al propio de la mujer, por lo cual no habría asiento de donde suprimir el apellido marital (⁸¹).

El caso de ausencia con presunción de fallecimiento tam-poco está previsto en la ley. Sin embargo, por la similitud con la muerte real, se podrá regir analógicamente por la norma del art. 10 (⁸²).

c) *La Protección del nombre y la familia*. Dispone el art. 20: "La persona a quien le fuere desconocido el uso de su nombre, podrá demandar su reconocimiento y pedir se prohi-ba toda futura impugnación por quien lo negare; podrá orde-narse la publicación de la sentencia a costa del obligado".

El art. 21 establece que si el nombre que pertenece a una persona fuese usado por otra para su propia designación, ésta podrá ser demandada para que cese en el uso indebido, sin perjuicio de la reparación de los daños, si los hubiera.

Y el segundo párrafo agrega que cuando el nombre fue-ra utilizado maliciosamente para la designación de cosas o per-sonajes de fantasía y causare perjuicio moral, podrá demandar-se el cese del uso y la indemnización de los daños. En am-

(⁸¹) PLINER, *estudio citado*, J.A. Doctrina, 1969, nº XIII; BELLUS-cio, *ob. cit.*, t. II, p. 402, nº 532.

(⁸²) BELLUSCIO, *ibidem*; MOISSET DE ESPANES, nota en J.A. 1975, t. 25, p. 404. En contra C.N.Civ. Sala D, 3/10/74, J.A. 1975, t. 25 p. 404, que sostiene que para la esposa del ausente subsiste la obli-gación de usar el apellido del marido hasta que contraiga nuevas nup-cias, momento en que recién se disuelve el vínculo del primer ma-trimonio (art. 31, ley 14.394).

bos casos, el juez podrá imponer las sanciones que autoriza el art. 666 bis del C. C.

La protección del nombre se relaciona directamente con el grupo familiar, porque el apellido, además de constituir un derecho subjetivo del titular, tiene un carácter de derecho de familia, desde que se transmite o se adquiere por los vínculos de filiación (legítima, extramatrimonial o adoptiva) y por los del matrimonio⁽⁸³⁾. Por lo tanto, como dicen PLANIOL y RIPERT, el nombre patronímico o de familia (apellido) no pertenece en propiedad a una persona determinada: es común a todos los miembros de la familia⁽⁸⁴⁾. Cuando se defiende el apellido, en realidad no sólo se actúa en interés propio, sino también en interés de los demás integrantes de la familia, porque el nombre, enseña RÉBORA, es el primero de los atributos externos del grupo familiar, y su protección legal es una manifestación de la realidad de la familia en el campo de lo jurídico⁽⁸⁵⁾.

Sobre la base de estas ideas, sin duda, la ley 18.248 ha otorgado legitimidad para accionar en defensa del nombre no sólo al titular, sino también a su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 22). El legislador ha considerado, dice BORDA, que todo el núcleo familiar está interesado en la protección del nombre⁽⁸⁶⁾, precisamente porque el nombre es el atributo externo del grupo familiar y es común a todos sus miembros.

(83) SPOTA, *Tratado*, t. I, vol. 3 (3), n. 1174.

(84) PLANIOL-RIPERT, *Tratado Práctico de Der. Civil Francés*, ed. La Habana, t. I, nº 97.

(85) RÉBORA, *La Familia*, Bs. As., 1926. t. I, ns. 170 y 174, págs. 261 y 265.

(86) BORDA, *La ley del nombre*, cit., La Ley, t. 136, p. 1208, nº 35. Pero si la acción ha sido intentada por el propio titular del nombre, sus parientes carecerán de acción y lo decidido judicialmente hará cosa juzgada respecto de ellos (nº 35).

2. Ley 19.134 del 21 de julio de 1971 sobre adopción.

La ley 19.134 sustituyó la primera ley de adopción n^o 13.252 de 1948, e introduce en nuestro derecho la institución de la adopción plena, a la vez que mantiene el régimen de la adopción simple, sistema doble que es aceptado por la mayoría de las actuales legislaciones civiles extranjeras ⁽⁸⁷⁾.

La nueva ley consta de 37 artículos (el último es de forma) y comprende cinco capítulos: el primero se refiere a disposiciones de carácter general; el segundo a la adopción plena; el tercero a la adopción simple; el cuarto a la nulidad e inscripción, y el último a los efectos de la adopción conferida en el extranjero.

El mensaje que acompaña a la ley expresa que las reformas propuestas tienden a eliminar impedimentos y restricciones en lo que hace a las posibilidades de adoptar y ser adoptado; a jerarquizar el vínculo adoptivo y agilizar los trámites y evitar situaciones incongruentes, estimándose que las modificaciones propuestas han de dar gran arraigo a la adopción y contribuirán ciertamente a solucionar en gran parte el problema de los menores abandonados o desamparados.

Se ha criticado severamente la nueva regulación legal de la adopción, incluso se ha propiciado su derogación al poco tiempo de entrar en vigencia. Se ha censurado que no se haya recabado la opinión de las instituciones universitarias y de los juristas eximios de nuestro país. Pero lo cierto es que la reforma era necesaria y la nueva ley, sin duda, no obstante sus errores y omisiones y la necesidad de mejorar su técnica, perfecciona el régimen legal vigente al instituir la adopción plena junto con la simple. Y también cabe observar que la práctica de la adopción se extiende cada vez más en nuestros usos sociales, según lo revela la experiencia tribunalicia, por

(87) Sobre legislación comparada que acepta la división de la adopción en plena y simple, ver BELLUSCIO, *El doble régimen de la adopción*, en La Ley, t. 144, pág. 776, cap. III.

lo cual el nuevo instrumento legal ha respondido a una sentida necesidad social de facilitar la adopción.

a) *Disposiciones generales.*

En las disposiciones generales de la ley, encontramos en primer lugar los requisitos que debe reunir la persona que va a ser adoptada. El principio consagrado en el art. 1º es que todo menor no emancipado puede ser adoptado, o sea extiende la posibilidad de adopción a todos los menores de 21 años no emancipados por matrimonio o por habilitación de edad, ampliando el criterio de la ley derogada que limitaba la adopción a los menores de 18 años. Con carácter excepcional, la ley permite la adopción de mayores de edad y siempre que se trate del hijo del otro cónyuge y que medie consentimiento del adoptado (art. 1º, 2º párr.). Admite también la ley la adopción del propio hijo extramatrimonial (arts. 2 y 6) (86). Ha desaparecido la prohibición de adoptar hermanos, que contenía la ley anterior (art. 5 inc. d).

(86) A favor, BORDA, *Familia*, t. II, nº 776; ZANNONI-ORQUIN, *La adopción y su nuevo régimen legal*, Bs. As., 1972, nº 42. En contra, MOLINARIO, *De la inconveniencia de la adopción y de los horrores que origina la ley 13.252*, en J.A. 1966-VI, nº 23.

Sin embargo, la posibilidad de adoptar el propio hijo extramatrimonial o el hijo del cónyuge ha dado lugar a diversas situaciones conflictivas que provocaron numerosos pronunciamientos judiciales y estudios doctrinarios.

a) Caso en que ambos progenitores conjuntamente y sin estar unidos en matrimonio, solicitan la adopción del hijo extramatrimonial reconocido por ambos (CNCiv. Sala , 24.2.72, J.A. 1972, t. 14, p. 169; BIDART CAMPOS, nota en *El Derecho*, t. 72, p. 753 y t. 73, p. 809; MAZZINGHI, nota en *El Derecho*, t. 73, p. 825; SZMULEWICZ, *Interpretación del concepto de matrimonio en la ley de adopción*, en diario *La Ley* del 29.V.78.

b) Caso en que el concubino solicita la adopción simple del hijo de su concubina (CNCiv. Sala D, 10.2.77, *La Ley*, 1977-C-411; CNCiv. Sala B, 14.3.77, *La Ley*, 1978-A-560; CNCiv. Sala D, 14.6.77, *La Ley*, 1977-C-413; MÉNDEZ COSTA, *Adopción y concubinato*, en J.A. 1977-III-614; GOLDSCHMIDT, *La adopción dentro del llamado matrimonio mejicano*, *El Derecho*, t. 73, p. 241; y *Contradicción entre las Salas D y B de la Cám. Nac. Civ. con respecto a la adopción dentro del llamado matrimonio mejicano*, *El Derecho*, t. 73, p. 569; LÓPEZ DEL CARRIL, *La adopción y la filiación legítima y extramatrimonial*, en

De acuerdo con el art. 3 se podrán adoptar uno o varios menores de uno u otro sexo, simultánea o sucesivamente. Pero si ya hay dos adopciones, el criterio para conceder nuevos pedidos debe ser restrictivo (art. 4, in fine). Queda suprimida la limitación de la ley anterior según la cual sólo podía adoptarse a un menor de cada sexo por persona o matrimonio.

La existencia de descendientes, legítimos o no, del adoptante, dispone el art. 4, no impide la adopción, pero en tal caso aquéllos podrán ser oídos por el juez o tribunal, si lo considerasen necesario y fuesen mayores de ocho años. Se suprime así la prohibición de la ley anterior que impedía adoptar a quien tuviera descendientes (art. 5 incs. a y b) ⁽⁸⁹⁾.

En lo que respecta al adoptante, debe tener por lo menos treinta y cinco años cumplidos, exceptuándose a los matrimonios que llevaran más de cinco de casados, o que aún no habiendo transcurrido ese lapso se encontrasen en la imposibilidad de procrear (art. 5 inc. a). Reduce la edad mínima del adoptante, pues la ley derogada la fijaba en 40 años; y el plazo para el matrimonio sin hijos, que lo establecía en 8 años.

El adoptante debe ser por lo menos 18 años mayor que el adoptado, salvo cuando se adoptare el hijo propio o cuando el cónyuge supérstite adoptare al hijo adoptivo del premuerto (art. 4) ⁽⁹⁰⁾.

La Ley, 1977-C-407; BOSSERT-ZANNONI, *La adopción simple del hijo de la concubina*, El Derecho, t. 73, p. 581; MAZZINGHI, *Hacia un plenario en materia de adopción*, El Derecho, t. 73, p. 835; MOLINARIO, *Concubinato y adopción*, en La Ley, 1978-A-560.

c) Caso de adopción del propio hijo extramatrimonial solicitada por su progenitor, pero engendrado cuando éste estaba unido en matrimonio con una tercera persona y subsistiendo el vínculo matrimonial al tiempo de la adopción (CNciv. Sala E, 18.11.77 en diario La Ley del 4.4.78 con nota de BOSSERT-ZANNONI.

⁽⁸⁹⁾ En contra MAZZINGHI, *La nueva ley de adopción*, en El Derecho, t. 39, p. 1137; GOYENA-COPELLO, *Meditaciones sobre la nueva ley de adopción*, La Ley, t. 143, p. 981/982; LÓPEZ DEL CARRIL, *Las nuevas leyes de adopción 19.134 y 19.126*, La Ley, t. 144, p. 997, cap. V. BORRDA, t. II, n° 775. A favor de la reforma, BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, Bs. As., 1974, t. II, n° 504; y ZANNONI-ORQUIN, *ob. cit.* N° 37.

⁽⁹⁰⁾ Sobre esta norma y sus antecedentes: BELLUSCIO, *trab. citado*, La Ley, t. 144, n° 23.

Para pretender la adopción el adoptante deberá demostrar que ha tenido al menor bajo su guarda durante un año (art. 6). Esta condición no se requiere cuando se adopta al hijo o hijos extramatrimoniales del adoptante o al hijo o hijos de su cónyuge. Se redujo el período de guarda que en la ley anterior era de dos años, y además se suprimió no se sabe por qué la exigencia de la ley 13.252 de que se hubiese tratado al menor con "los cuidados de un padre". No obstante, tal circunstancia el juez la debe tener en cuenta para considerar cumplido el requisito (⁹¹).

El adoptante, además, debe tener cualidades morales y personales adecuadas y medios de vida suficientes, cuestión que queda librada al criterio prudencial del juez (art. 10 inc. d).

El abuelo no puede adoptar a sus nietos (art. 5 inc. b). Es una disposición nueva que no contenía la ley derogada y carece de precedentes. Se suprime de esta forma la interpretación judicial favorable a la adopción de los nietos por sus abuelos (⁹²). La norma es criticada con razón porque impedirá que en el futuro se resuelvan esas situaciones con criterio jurídico y humano (⁹³).

El tutor sólo podrá adoptar al pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela (art. 7).

Fuera de estos impedimentos pueden adoptar tanto los hombres como las mujeres, los casados, viudos, divorciados o

(⁹¹) ZANNONI-ORQUIN, *ob. cit.*, nº 41; BELLUSCIO, *Manual*, t. II, nº 500, p. 233.

(⁹²) CNCiv Sala C, 15/6/64, *La Ley*, t. 115, p. 63; CNCiv Sala D, 30/4/69, *JA* 1970-t.6-p. 468.

(⁹³) BELLUSCIO, *Manual*, t. II, nº 500; además: BORDA, t. II, nº 784, quien se pregunta por qué si el padre puede adoptar sus propios hijos extramatrimoniales, el abuelo no puede tener la posibilidad de adoptar a sus nietos, cuando en este caso la adopción puede tener más justificación que en ningún otro. En igual sentido: LÓPEZ DEL CARRIL, estudio cit., *La Ley*, t. 144, págs. 988/999, nº VI. En contra: ZANNONI-ORQUIN, *ob. cit.*, nº 39, quienes coinciden con el impedimento porque el abuelo en ausencia de los padres asume ministerio legis la tutela legítima (art. 390 CC) y no requiere entonces valerse del instituto de la adopción.

solteros (⁹⁴). Pero nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser que los adoptantes sean cónyuges (art. 2). Los cónyuges pueden adoptar en común a un hijo pero si es uno solo de ellos el que adopta, necesita el consentimiento del otro. Sin embargo, no será necesaria esa conformidad: 1) cuando medie divorcio por culpa de uno de los cónyuges, para el cónyuge inocente; 2) cuando el divorcio es por culpa de ambos cónyuges o por mutuo consentimiento; 3) cuando se encuentren separados de hecho sin voluntad de unirse; 4) cuando el cónyuge ha sido declarado insano, en cuyo caso podrá oírse al curador y 5) cuando el cónyuge ha sido declarado ausente con presunción de fallecimiento o en las circunstancias que prevé el art. 22 de la ley 14.394.

b) *Forma de la adopción.*

La filiación adoptiva se constituye únicamente por sentencia judicial a instancias del adoptante (art. 1). El juez tiene facultades soberanas para considerar la conveniencia de la adopción para el adoptado (art. 10 inc. d), incluso si juzgara que no lo es puede rechazarla aunque estén reunidos todos los requisitos formales (⁹⁵). Es competente el juez del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda (art. 10 inc. c).

Son partes en el juicio el adoptante y el ministerio de menores (art. 10 inc. b). Los padres podrán ser citados al juicio y pedir que se los tenga por parte (art. 12). Pero no serán necesariamente citados y no se admitirá su presentación espontánea en los siguientes casos: 1) cuando hubieran perdido la patria potestad; 2) cuando se hubiese confiado espontáneamente el menor a un establecimiento de beneficencia o

(⁹⁴) En general, se critica que un soltero pueda adoptar, LÓPEZ DEL CARRIL, *trabajo cit.*, La Ley, t. 144, p. 1205; BELLUSCIO, *Manual*, t. II, nº 514, SÁNCHEZ BUSTOS, *El estigma de la adopción*, en E.D., t. 39, p. 1133/1134; ZANNONI-ORQUIN (*ob. cit.*, nº 65 y 66) consideran que no puede admitirse la adopción plena por un soltero, aunque sí podría adoptar en forma simple.

(⁹⁵) BORDA, t. II, nº 790; BELLUSCIO, *Manual*, t. II, nº 506.

de protección de menores, público o privado, por no poder proveer a su crianza y educación, y se hubiese desentendido injustificadamente del mismo en el aspecto afectivo y familiar durante el plazo de un año; 3) cuando hubiesen manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial o por instrumento público, 4) cuando el desamparo del menor sea evidente o por haber sido abandonado en la vía pública o sitios similares y tal abandono sea comprobado por autoridad judicial (art. 11) (⁹⁶).

El juez o tribunal podrá oír personalmente al adoptado, siempre que fuese mayor de diez años, y a cualquier persona que se estime conveniente en beneficio del menor (art. 10 inc. c). Además, podrá ordenar las medidas de pruebas e informaciones que estime necesarias (art. 10 inc. c). Las audiencias serán privadas y el expediente reservado y secreto (inc. g).

La acción podrá interponerse antes de cumplido el plazo de guarda del menor, pero la sentencia sólo surtirá efecto a partir del vencimiento de aquél (art. 10 inc. f). La sentencia tendrá efecto retroactivo a la fecha de la promoción de la acción (art. 13).

c) *Adopción plena.*

Puede ser adoptante por adopción plena cualquier persona casada, viuda, divorciada o soltera que reúna los requisitos establecidos por la presente ley (art. 15). El segundo párrafo del mismo artículo agrega: "Cuando la guarda del me-

(⁹⁶) Se critica esta norma por entender que es violatoria del principio constitucional de la defensa en juicio; BORDA, t. II, n^o 792; BELLUSCIO, *Manual*, t. II, n^o 508, pero excluye el caso en que los padres hayan perdido la patria potestad; GOYENA, COPELLO, *trab. cit.*, La Ley, t. 143, p. 984/985; MAZZINGHI, *trab. cit.*, E. D., t. 39, p. 1125/1126; ZANNONI-ORQUIN, *ob. cit.* n^o 59, LÓPEZ DEL CARRIL, *trab. cit.*, La Ley, t. 144, nros. VII y VIII; ZANNONI, *Citación de los padres del adoptado en el proceso de adopción*, J. A., t. 26-1975-p. 480.

nor hubiese comenzado durante el matrimonio y el período legal se completare después de la muerte de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio”.

Sólo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a los menores: a) huérfanos de padre y madre; b) que no tengan filiación acreditada; c) que se encontraren en algunas de las situaciones previstas en el art. 11 (art. 16).

La adopción plena confiere al adoptado los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo, no sólo respecto del adoptante, sino de toda su familia. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre, y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales (art. 14) ⁽⁹⁷⁾.

El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, pero podrá adicionar el segundo apellido de éste, si fuera compuesto, o bien el de la madre adoptiva. Esta adición podrá hacerse a pedido de los adoptantes o bien a pedido de los mismos adoptados después que hubieren cumplido los 18 años. Si el adoptante fuese viuda o mujer casada cuyo marido no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido de soltera de aquélla, a menos que existan causas justificadas para ponerle el de casada (art. 17). En caso de adopción post mortem, el adoptado llevará el apellido del adoptante fallecido (art. 18).

En cuanto al nombre de pila o prenombre, el art. 13 de la ley 18.248 ha consagrado el criterio jurisprudencial ante-

⁽⁹⁷⁾ En contra de los efectos de la adopción plena, porque chocan contra la realidad que se resiste a tal asimilación entre la filiación de sangre y la adoptiva; MAZZINGHI, *trabajo cit.*, E.D., t. 39, p. 1123; GOYENA COPELLO, *trab. cit.*, La Ley, t. 143, p. 986; BORDA, t. II, n° 798; BELLUSCIO se limita a observar que no se justifica la preferencia de la ley por la adopción plena porque puede ser más beneficioso para el adoptado que no se extinga su vínculo con la familia de origen y que la adopción plena sólo se debería otorgar a matrimonios (*Manual*, t. II, n° 503).

rior al disponer: "Cuando se adoptare a un menor de seis años, los adoptantes podrán pedir el cambio del nombre de pila o la adición de otro. Si fuere de más edad, se le podrá agregar otro nombre después del que anteriormente tenía el adoptado, con la limitación del art. 3 inc. 5° (que el número de nombres no exceda de tres).

La adopción plena es irrevocable (art. 18).

Impide, una vez acordada, todo reconocimiento del adoptado por sus progenitores consanguíneos o el ejercicio de acciones de reclamación de la filiación de aquél contra éstos, salvo que tuviere por objeto la prueba del impedimento matrimonial del art. 14 (art. 19).

d) *Adopción simple.*

Según el art. 21 es facultad privativa del juez o tribunal otorgar la adopción simple cuando sea más conveniente para el menor y concurren circunstancias excepcionales. El otorgamiento podrá ser únicamente de oficio y no deberán atenderse a su respecto peticiones de las partes. Resulta así que la adopción simple es excepcional, pues sólo se otorga cuando no es aconsejable destruir las relaciones de parentesco entre el adoptado y su familia de origen, pero las partes no la pueden solicitar, los jueces únicamente la decretan de oficio si la estiman conveniente y concurren circunstancias excepcionales. Pero realmente no se alcanza a comprender cuál es el fundamento de esta prohibición que impide a los jueces atender las peticiones de las partes respecto al carácter de la adopción, imponiéndoles así la obligación de solicitar siempre la adopción plena, aún cuando puedan existir fundados motivos que indiquen al adoptante la conveniencia de no desvincular definitivamente al menor de su familia de sangre (98).

En cuanto a los efectos, la adopción simple confiere al adoptado la posición de hijo legítimo, pero no crea vínculo

(98) BORDA, t. II, n° 801.

de parentesco entre él y la familia de sangre del adoptante. Los hijos adoptivos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí (art. 20). Es decir, el adoptado simple es hijo legítimo del adoptante, pero mientras en la adopción plena ese carácter lo tiene con respecto al adoptante y a su familia de sangre, en la simple sólo lo goza con relación al adoptante.

La adopción simple no extingue los derechos y deberes derivados del vínculo de sangre del adoptado con su familia de origen. Se exceptúa la patria potestad del padre o madre de sangre e inclusive el derecho a la administración y usufructo de los bienes del menor, que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge, en cuyo caso el padre o la madre de sangre continúan en el ejercicio de la patria potestad (art. 22).

La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio. La viuda del adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su esposo premuerto (art. 23). En cuanto al nombre de pila, rige lo dispuesto en el art. 13, ley 18.248.

La adopción simple es fuente de vocación sucesoria ab intestato: el adoptante hereda ab intestato al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres legítimos; pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de sangre, ni ésta hereda los bienes que el adoptado hubiere recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás casos, los adoptantes excluyen a los padres de sangre (art. 24) (⁹⁹).

El adoptado y sus descendientes legítimos o extramatrimoniales heredan por representación a los ascendientes del

(⁹⁹) Sobre los antecedentes de esta norma: ZANNONI-ORQUIN, *ob. cit.*, n° 91. Los autores observan la omisión del legislador en relación al supuesto de que muerto el adoptado sin cónyuge, ascendientes u otros parientes consanguíneos con vocación sucesoria, los bienes recibidos a título gratuito de su familia de sangre los recibirá el fisco (n° 92). En igual sentido: BELLUSCIO, *Manual*, t. II, N° 517, BORDA, t. II, n° 805.

adoptante siempre que no se dé la prohibición hereditaria del art. 3582, pero no son herederos forzosos. Los descendientes legítimos o extramatrimoniales del adoptado heredan por representación al adoptante y son herederos forzosos, siempre que no se dé la prohibición hereditaria del art. 3582 C. C. (art. 25).

Se ha criticado la primera parte de esta disposición porque la adopción simple no crea vínculo de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante, por lo cual es una contradicción que el adoptado herede por representación a los ascendientes del adoptante, con quienes no está unido por ningún vínculo de parentesco, violándose así la norma del art. 3551 (100).

El art. 26 establece los impedimentos matrimoniales para la adopción simple: no pueden contraer matrimonio: a) el adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes, o los hijos adoptivos entre sí; b) el adoptado con el cónyuge del adoptante, ni el adoptante con el cónyuge del adoptado. Se derogó el impedimento que contenía la ley anterior: entre los hijos adoptivos y los hijos de sangre del adoptante.

El art. 27 agrega que el matrimonio celebrado contraviniendo estos impedimentos estará afectado de nulidad absoluta, solucionando así el problema planteado por la ley anterior que nada establecía al respecto (101).

La adopción simple no impide el reconocimiento del adoptado por sus padres de sangre ni el ejercicio de la acción de

(100) GOYENA COPELLO, *trab. cit.*, La Ley, t. 143, p. 988; MAZZINGHI, *estudio cit.*, El Derecho, t. 39, pág. 1128; LÓPEZ DEL CARRIL, *estudio cit.* La Ley, t. 144, nº XII, y *Derecho sucesorio del adoptante y del adoptado*, en La Ley, t. 148, p. 1193, nº V; MAFFIA, *Los derechos sucesorios en la nueva ley de adopción*, JA Doctrina 1972, p. 515, nº 11; BORDA, t. II, nº 806.

(101) BORDA no está de acuerdo con esta solución: si no obstante los impedimentos, el matrimonio se celebra, la solución debería ser, sostiene, la revocación ipso jure de la adopción. Entre ese vínculo puramente legal y el derecho natural de casarse, debería primar el matrimonio. En igual sentido: MAZZINGHI, *trab. cit.*, El Derecho, t. 39, p. 1129.

filiación ni la legitimación del adoptado, ni el reconocimiento de los padres ni el ejercicio de la acción de filiación o la legitimación alterarán los efectos de la adopción (art. 29).

c) *Extinción de la adopción: Revocación y nulidad.*

La adopción plena es irrevocable. La adopción simple, según el art. 28 es revocable en los siguientes casos: a) Por haber incurrido el adoptado o el adoptante en indignidad en los supuestos previstos por el C. Civil para impedir la sucesión y también por haberse negado alimentos sin causa justificada; y b) por acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuere mayor de edad. La revocación extingue desde su declaración judicial y para lo futuro los efectos de la adopción, con excepción de los impedimentos matrimoniales (102).

Tanto la adopción plena como la simple pueden ser anuladas. El art. 30 dispone que sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones del C. Civil se aplicarán las siguientes reglas:

1. Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a los preceptos referentes a: a) la edad del adoptado; b) la diferencia de edad entre adoptante y adoptado.

2. Adolecerá de nulidad relativa la adopción en violación de los preceptos referentes a: a) la edad mínima del adoptante; b) vicios del consentimiento.

Resulta claramente del texto que son aplicables a la adopción las reglas generales sobre nulidad de los actos jurídicos, con lo cual se evita la discusión que se produce en materia de nulidad de matrimonios.

(102) Los autores critican esta limitación final: si el vínculo adoptivo se extinguió por la revocación no se justifica mantener los impedimentos matrimoniales entre quienes son extraños (ZANNONI-ORQUEN, *ob. cit.*, nº 94; BORDA, t. 11, nº 811; GOYENA COPELLO, *trab. cit.*; La Ley, t. 143, p. 989; LÓPEZ DEL CARRIL, *trab. cit.*, La Ley, t. 144, p. 1013; BELLUSCIO, *trab. cit.*, La Ley, t. 144, p. 803, nº 52; MAZZINCHI, *trab. cit.*, El Derecho, t. 39, p. 1129).

3. *Ley 21.040 sobre régimen de visitas entre parientes, del 6.10.75* ⁽¹⁰³⁾

La ley 21.040 introdujo el art. 376 bis al Cód. Civil que dispone: "Los padres, tutores o curadores de los menores e incapaces o quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas, deberán permitir las visitas de los parientes que, conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos. Si se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo con las circunstancias del caso".

Organiza el derecho de visitas entre parientes sobre el concepto de familia derivado del derecho alimentario ⁽¹⁰⁴⁾. El fundamento del derecho de visitas se encuentra en los lazos de afectividad que la ley supone que deben existir entre parientes ⁽¹⁰⁵⁾, y asimismo en la solidaridad familiar y en el fortalecimiento de la unión de la familia ⁽¹⁰⁶⁾.

Las personas visitadas pueden ser tanto incapaces (menores o mayores de edad) y capaces (enfermos o imposibilitados que están bajo el cuidado de terceros). Las personas visitantes son todos aquellos parientes que están unidos a las personas visitada por vínculos alimentarios recíprocos de fuente legal. Las personas que deben permitir las visitas son

⁽¹⁰³⁾ El proyecto fue aprobado por la C. de Senadores el 24/7/75, por la de Diputados el 11/9/75, el Poder Ejecutivo dejó pasar el lapso constitucional que tiene para vetar leyes (art. 70 CN), y quedó promulgada de hecho, publicándose en el Boletín Oficial el 6/10/75, por lo cual entró en vigencia el 15/10/75. Véase: GUASTAVINO: *Régimen de visitas en el derecho de familia, Art. 376 bis del C. Civil*, en JA 1976-I-654, n° 4; y MOLINARIO, *Estudio del art. 376 bis del C. Civil*, en La Ley 1976-D-851, ns. 10 y 11.

⁽¹⁰⁴⁾ MOLINARIO, *estudio cit.*, n° 1. Estima que debería haberse estructurado sobre el concepto de familia derivado del derecho hereditario.

⁽¹⁰⁵⁾ MOLINARIO, *trab. cit.*, n° 14.

⁽¹⁰⁶⁾ GUASTAVINO, *estudio cit.*, n° 7, y jurisprudencia allí citada.

los padres, tutores, curadores o otros cuidadores (directores de hospitales, clínicas e institutos de internación de enfermos e insanos mentales) (107).

La negativa a las visitas se canaliza mediante la oposición que funciona como excepción o defensa que se alega contra la pretensión de establecer un régimen de visitas. La ejercen como derecho las personas que debieran permitir las visitas, y sólo se puede fundar en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, y para dilucidarla la norma legal impone el trámite sumario (108).

VIII. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución argentina sancionada en 1853 no contiene ninguna disposición referente a la familia; ni siquiera la menciona. Pero la omisión es explicable: para la ideología dominante en aquella época la sociedad estaba estructurada sólo por individuos aislados, y entre ellos y el Estado no se interponía ninguna asociación o grupo natural.

La reforma constitucional de 1949, acorde con las constituciones europeas y americanas dictadas después de la primera guerra mundial, que reconocen a la familia como unidad social primaria y la colocan bajo su protección, introdujo en su art. 37 apartado II, respecto a la familia, la siguiente declaración de superlativa importancia:

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

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

(107) Respecto a personas visitantes, visitadas y quienes deben autorizar las visitas, y doctrina y jurisprudencia sobre régimen de visitas, véase GUASTAVINO, *trab. cit.*, nos. 9 a 37.

(108) MOLINARIO entiende, con razón, que se debió establecer el trámite sumarísimo (*trab. cit.*, nº 22).

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

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

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

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

La declaración es poco feliz, pareciera referirse sólo al aspecto de la seguridad social de la familia; no la reconoce como grupo fundamental de la sociedad, ni establece que la familia se asienta sobre el matrimonio. No le ha dedicado un tratamiento especial, como lo hubiese merecido por sus importantes proyecciones sociales, económicas, jurídicas y políticas. Y por último, la referencia es ocasional; se le dedica el último párrafo de una norma que habla del trabajo, de la seguridad social y la organización gremial. Por ello, una futura reforma constitucional, debiera consagrar en normas expresas y categóricas el reconocimiento y protección del grupo familiar (¹⁰⁹).

Por lo demás la cláusula constitucional conforme con la clasificación de Cooley, que la jurisprudencia de la Corte de la Nación acepta, no es de aquellas que por sí misma sea operativa. Es menester, por tanto, que la acción legislativa dé al programa constitucional, un contenido actual y preciso, puesto que las múltiples leyes y reglamentaciones administrativas asistenciales, algunas vigentes de muchos años atrás, aunque

(¹⁰⁹) Véase el proyecto de norma constitucional sobre la familia elaborado por Félix LAFIANDRA (h.), en su trabajo publicado en *La Ley*, t. 89, p. 828/829. Propone, incluso, que la familia debe ser representada y participar activamente con los poderes públicos y órganos de gobierno que traten, estudien o resuelvan problemas de interés familiar. En este sentido, FERRER, FRANCISCO A. M.: *Proyecciones políticas de la familia*, en JA 1977-II-p. 783, n° VI.

congruentes con las bases constitucionales, exigen en todo caso una orgánica sistematización que dé firmeza y unidad a los objetivos de protección familiar.

IX. LAS TENDENCIAS MODERNAS DEL DERECHO DE FAMILIA

Las orientaciones del derecho de familia contemporáneo, a las cuales nuestro país no ha permanecido ajeno, pueden resumirse así: ⁽¹¹⁰⁾

a) En la legislación comparada ha avanzado mucho en los últimos años la tendencia intervencionista del Estado, que amplía su esfera de acción, no deteniéndose ya en los umbrales de la familia. Ha asumido muchas de las funciones antes encomendadas a la institución familiar, y controla la educación y cuidado de los hijos. La patria potestad, concebida antes como un poder absoluto e ilimitado del padre, se considera hoy como una función establecida en interés de los propios hijos. Y así la define la ley 10.903, como el conjunto de "derechos y deberes" que los padres tienen sobre la persona y bienes de sus hijos menores no emancipados, con lo cual adecuó el régimen del código civil a la concepción moderna, y acentuó el intervencionismo estatal mediante el contralor del ejercicio de la patria potestad a través de sanciones que llegan incluso a privar de la potestad paterna o suspender en su ejercicio a aquellos padres que no estén en

⁽¹¹⁰⁾ Pueden consultarse: COSENTINI, FRANCISCO, *Las recientes tendencias reformadoras en el derecho de familia*, Panamá, Imprenta Nacional, 1927; y del mismo autor: *Le droit de famille. Essai de réforme*, París, 1929; p. 499 y sgtes.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1976, t. V-1º, págs. 63 y sgtes.; GATTI, HUGO, *Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges*, Madrid, 1959; LÓPEZ DEL CARRIL, *Las transformaciones de la familia en el derecho actual*, La Ley, 1978-C- pág. 957; MULLER-FREIENFELS, *Las modernas tendencias del desarrollo del derecho de familia*, Rev. de la Facultad de Derecho, nº 29, junio de 1964, Caracas; LLORENS, *Evolución del derecho de familia en cuanto a la filiación y relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges*, Revista Notarial, La Plata, nº 893, nov.-dic. 1975; GNECCO, *El gobierno de la familia y la igualdad jurídica del hombre y la mujer*, La Plata, 1974; etc.

condiciones morales de desempeñarla satisfactoriamente o que abusen de su autoridad.

Planiol y Ripert aprueban el movimiento intervencionista del Estado en cuanto se inspira en una idea de protección de los miembros más débiles de la sociedad. Expresan, sin embargo, el deseo que compartimos plenamente, de que el Estado tenga órganos capaces de ejercer ese derecho de intervención, y que no se vea tentado de aumentar sus atribuciones en detrimento de la autoridad paterna, olvidando que la familia es una sociedad natural cuyo padre es el jefe ⁽¹¹¹⁾.

b) En la época actual ha hecho crisis el principio de jerarquía de las filiaciones. En las legislaciones modernas tiende a imponerse el principio de igualdad jurídica entre las dos grandes especies de filiación, la matrimonial y la extramatrimonial ⁽¹¹²⁾. Incluso el criterio igualitario se ha insinuado en fundamentales textos de carácter supranacional (Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10.12.48, art. 25, ap. 2º dice: "todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social"; la Carta de los Derechos del Niño, aprobada por la misma Asamblea de las Naciones Unidas el 20.11.59, acepta y desarrolla el principio).

Indudablemente, la tradición de nuestro país no autoriza a creer que puedan equipararse los hijos legítimos y los extramatrimoniales. En cambio, era razonable pensar en un mejoramiento del trato dado en el Código Civil a los hijos ilegítimos. Numerosos proyectos legislativos, inclusive los trabajos de Bibiloni y el proyecto de la Comisión Reformadora de 1936 ⁽¹¹³⁾, tanto como el espíritu amplio de múltiples resoluciones administrativas y judiciales, permitieron vislumbrar esta corriente que culminó por imponerse con la ley 14.367.

⁽¹¹¹⁾ PLANIOL Y RIPERT, *Trat. Práctico de Der. Civil Francés*, ed. La Habana, 1939, t. 2, p. 10.

⁽¹¹²⁾ Sobre legislación comparada contemporánea sobre filiación, véase CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, t. V-2º, cap. CXXVIII.

⁽¹¹³⁾ BIBILONI, *ob. cit.*, t. I, art. 747, p. 548; *Proyecto de Reforma*, art. 472.

c) Se produce también en nuestro tiempo el fenómeno de la emancipación de la mujer, una característica propia de la sociedad industrial y urbana de nuestra época. Se le reconoce a la mujer, cualquiera sea su estado, el pleno ejercicio de todos sus derechos, tanto en el ámbito político como en el civil. Esto trae como consecuencia la consagración amplia del principio de la igualdad jurídica de los cónyuges. Esta evolución se inicia en nuestro país con la ley 11.357. La Constitución de 1949, art. 37, ap. II, consagró ese principio. Y aun cuando fue derogada, hay que destacar la Convención Interamericana sobre concesión de derechos civiles a la mujer (Bogotá, 1949), que otorgó a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre, ratificada por nuestro país por ley 14.467 del 23-9-58. La ley 17.711 adecuó el derecho interno a los postulados de la Convención de Bogotá.

Sin embargo, se ha destacado que es necesario todavía igualar el ejercicio de ciertos derechos respecto de los cuales, se dice, subsiste aún una injustificada distinción: 1º) El derecho del padre y de la madre de ejercer conjuntamente la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados (¹¹⁴), y 2º) el derecho de ambos cónyuges para fijar de común acuerdo el domicilio conyugal, pues ambas son prerrogativas ejercidas hasta ahora exclusivamente por el hombre dentro del hogar (art. 264 C. C., y 53 L. M. C.) (¹¹⁵).

El principio de la codirección de la vida familiar, ejercido en forma conjunta e igualitaria por los cónyuges, que provoca una mayor intervención judicial en la solución de los conflictos conyugales, es la tendencia que se afirma en la legislación comparada. En nuestro país se ha perfilado una fuer-

(¹¹⁴) BONDER-SZMULEWICZ, *Igualdad jurídica de los cónyuges: efectos en el ámbito familiar*, La Ley, t. 144, p. 1116. En las 6tas. Jornadas de Der. Civil celebradas en Santa Fe en noviembre de 1977, en la Comisión del tema correspondiente a la patria potestad, las Dras. Ditaranto y Szmulowicz suscribieron un despacho en minoría que propiciaba que "La patria potestad debe ejercitarse en forma conjunta por el padre y por la madre, con las excepciones que se determinen en la ley".

(¹¹⁵) BONDER-SZMULEWICZ, *ibidem*.

te corriente dirigida a otorgarle a la madre una ingerencia mayor en el ejercicio de la patria potestad (116).

d) Junto con la emancipación de la mujer y la consagración del principio de la igualdad jurídica de los cónyuges, se observa una transformación completa del régimen que regula los intereses patrimoniales de los esposos. En los países de régimen comunitario, como el nuestro, la sociedad conyugal sufre una transformación profunda en su estructura y funcionamiento. No se abandona el régimen de comunidad, pero se modifica, incluyendo otros principios jurídicos propios del régimen de separación de bienes que tienden a darle a la mujer una esfera propia de acción y desenvolvimiento libre de sus actividades, a la vez que se le reconoce una mayor ingerencia en la disposición de los bienes comunes. Tal es, sin duda, la reforma introducida por la ley 17.711 a la sociedad conyugal, completando la evolución iniciada con la ley 11.357.

e) También en el ámbito de las relaciones personales de los cónyuges, se procura robustecer la eficacia de los deberes emergentes del matrimonio, incriminando la conducta del obli-

(116) En las mismas Jornadas citadas en nota 114, el despacho en mayoría de la Comisión sobre patria potestad, elaborado sobre la base de ponencias de Molinario, Paz y Yungano, fue el siguiente: "Debe mantenerse el régimen de titularidad de la patria potestad tal como está legislado en el Código Civil argentino. Sólo se requerirá la autorización conjunta del padre y de la madre en los casos siguientes:

1. — Para contraer matrimonio.
2. — Para autorizar al menor a establecer residencia fuera del domicilio de los padres.
3. — Para que el menor salga transitoria o definitivamente del territorio de la República.
4. — Para la internación del menor en establecimientos educativos o correccionales o ingreso en instituciones religiosas o de las fuerzas armadas y de seguridad.
5. — Para cualquier acto de disposición de bienes inmuebles o bienes muebles registrables.
6. — En los demás casos en que las leyes expresamente lo establezcan.

Si hubiere desacuerdo o imposibilidad de obtener el consentimiento del otro cónyuge, la cuestión será resuelta por el juez por la vía sumaria".

gado que no cumpla los deberes asistenciales a su cargo. Se ha creado así la figura delictiva del abandono de familia, que en nuestro país la prevé la ley 13.944.

f) En lo que respecta al divorcio, se observa en las modernas leyes matrimoniales y recientes reformas legislativas, una tendencia a sustituir el régimen del divorcio sanción, que concibe el divorcio vincular o la separación personal como una sanción contra el cónyuge que ha violado sus deberes matrimoniales, convirtiendo a la culpa en el fundamento del régimen de divorcio, por el sistema del divorcio remedio, que elimina la culpa y autoriza la disolución del matrimonio por situaciones objetivas de anormalidad de la vida conyugal, sin entrar a indagar quién es el causante de la situación, puesto que aquí ya no hay sanción para los cónyuges desde que se prescinde de la culpa. A esta concepción responde el divorcio consensual o por mutuo consentimiento, y también admite la enfermedad mental, la impotencia, la enfermedad contagiosa, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable como causal de divorcio o separación personal⁽¹¹⁷⁾.

A la vez, dentro del marco de la concepción del divorcio remedio, también se destaca una tendencia general hacia el divorcio absoluto o vincular en las legislaciones contemporá-

Aprobaron esta ponencia: Araujo; Di Lella; Fassi; Lafiandra (h.); Maurino; Yungano; Zannoni; Paz; Uriarte; Gayoso; Druille; Bossert; Ferner; García Mele; Wagmaister; Bendersky.

Hubo otro despacho en primera minoría que sostenía: "No debe modificarse el régimen vigente de la patria potestad ni establecerse supuesto alguno de concurrencia en su ejercicio", suscripto por los Dres. Gil Iglesias, D'Antonio, Azpiri.

El despacho de la tercera minoría fue el de las Dras. Ditaranto y Szmulewicz, citado en nota 114. Ninguno de los despachos alcanzó mayoría de votos en el plenario, por lo cual las Jornadas no aprobaron ninguna recomendación.

Sobre el tema del ejercicio compartido de la patria potestad, véase MOLINARIO, *El veto de la ley 21.182*, en *La Ley*, t. 1976-C-p. 682, donde se encuentran los fundamentos de su ponencia.

(117) GROSNIERE, *La réforme du divorce*, París, 1976, nº 3 y 6; BELLUSCIO, *Recientes reformas legislativas en materia de divorcio*, en *La Ley*, t. 142, p. 1015, nº IV; FERRER, *El matrimonio y sus efectos personales en la ley italiana de 1975*, en *JA* 1978-II-654, ns. 12, 13 y 16.

neas, subsistiendo el régimen de divorcio limitado únicamente en España, Irlanda, Filipinas, Argentina y Chile ⁽¹¹⁸⁾.

Nuestro país tampoco ha quedado al margen de esta evolución. El divorcio por presentación conjunta introducido por la ley 17.711, es en realidad una forma de separación consensual, a pesar de que los cónyuges deben invocar causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, y que el juez tenga facultades para rechazar la demanda. Las causas graves no hay que probarlas, y salvo muy raras excepciones, siempre se admite la demanda. Por lo tanto, en la práctica funciona esta institución como un divorcio consensual o por mutuo consentimiento. Tal, por otra parte, fue la intención de los autores de la reforma ⁽¹¹⁹⁾.

Y en cuanto al divorcio vincular, indudablemente nuestro país no tardará muchos años en adaptarse a la tendencia mundial que lo admite.

g) Por último, se observa en la legislación moderna de América una tendencia a regular los efectos jurídicos del concubinato (C. Civil Federal de 1928; C. Civil de Venezuela de 1942; Ley 236 del Paraguay), e incluso a equipararlo lisa y llanamente con el matrimonio, con la finalidad de proteger a los concubinos (Código de la Familia de Bolivia de 1973; C. Civil de Guatemala de 1963; Ley de Uniones de Hecho de 1956, de Panamá) ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Sobre legislación comparada véase: SIMO SANTONJA, *Divorcio y separación*, Madrid, 1973. Brasil ha sido el país que más recientemente ha incorporado el divorcio vincular a su legislación civil, habiendo debido reformar previamente para ello su Constitución mediante la Enmienda constitucional nº 9 del 28/6/77, que modificó su art. 175, el cual disponía que el matrimonio era indisoluble, y ahora establece que podrá ser disuelto en los casos expresamente previstos por la ley, siempre que haya previa separación judicial por más de tres años. Y luego se sancionó el 26/12/77 la ley 6515 de divorcio (Consúltese: LIMONGI FRANCA, *A lei do divórcio, comentada e documentada*, Sao Pau'lo, 1978).

⁽¹¹⁹⁾ BORDA, *La reforma de 1968*, cit., nº 306.

⁽¹²⁰⁾ Sobre legislación iberoamericana del concubinato, consúltese ZANNONI, *El concubinato*, Bs. As., 1970, cap. VIII, y *La ilegitimidad conyugal en Iberoamérica*, La Ley, t. 135, p. 1407.

En nuestro país son muy limitados los efectos reconocidos al concubinato en la legislación civil (art. 3573, reformado por la ley 17.711 —caso de matrimonio in extremis—; art. 2953 —concepto de familia para el derecho de uso y habitación— y art. 15 de la ley de locaciones 21.342). En todos los casos, se incluye implícitamente al concubino o concubina entre los beneficiarios de los derechos que otorgan las citadas normas, sin mencionarlos expresamente.

Se puede citar, además, la tendencia jurisprudencial a admitir la acción de daños y perjuicios por la muerte del concubino si la damnificada demuestra que vivía del auxilio y los recursos del muerto (C. N. Civ. Sala F, 14.3.67, LL 127-151), y en materia de filiación, se ha establecido que el concubinato de la madre con el presunto padre durante el período de la concepción constituye una presunción juris tantum de paternidad extramatrimonial del concubino (Cám. Civ. 1ª Cap., 21.5.26, J.A. 24-66; Cám. 1ª Civil y Comercial Stgo. del Estero, 20-11-61, J.A. 1963-II-276; C.N. Civ. Sala A, 29-11-60, J.A. 1961-IV-5; Cám. Fed. de Resistencia, 10-XII-59, J.A. 1961-IV-5, nº 34, etc.).

Pero es en el ámbito de la seguridad social donde ha tenido más desarrollo en nuestro país la protección a los concubinos tanto en la legislación como en la jurisprudencia (¹²¹).

X. EL DERECHO DE FAMILIA, LA ETICA Y LOS VALORES INMUTABLES DE INDOLE EMOCIONAL

En materia de familia, el Derecho no es todo, aunque la estructura jurídica no deje de influir sobre sus propios desti-

(¹²¹) Véase GUASTAVINO, *Los matrimonios aparentes ante la seguridad social*, en *La Ley*, t. 156, p. 1386; BELLUSCIO, *El derecho a pensión de la concubina en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, *La Ley* 1975-C-261; CARBONE, *La denegatoria del derecho a pensión de la concubina del causante*, JA 1976-IV-161; BIDART CAMPOS, *La equiparación de la concubina a la viuda para el otorgamiento de pensión*, JA 1962-VI-460; y del mismo autor *La pensión a la concubina*, en *Rev. Der. del Trabajo*, nº XII, abril 1962, Bs. As.; etc.

nos. Es característica del derecho de familia la índole más bien moral que jurídica de sus normas (¹²²). “Antes que jurídico, la familia es un organismo ético”, expresa De Ruggiero y agrega: “De la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose los a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos; por ello se explica el fenómeno, peculiar en el Derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el Derecho es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social. El Estado interviene para fortalecer los vínculos, para garantizar la seguridad de las relaciones, para disciplinar mejor el organismo familiar y dirigirle rectamente para la consecución de sus finalidades; sin que la ley constituya, como en otras relaciones de derecho privado, la única norma reguladora” (¹²³).

Bonniecse expresa una simple verdad cuando dice que el sentimiento moral es el alma de la familia (¹²⁴). El jurista francés, sin pensarlo, quizás, reitera el espíritu de una vieja ley de partida sobre los motivos morales: “Son el comienzo, e medio, e acabamiento de la vida de familia, e sin ellos ninguna familia podría ser”.

Keyserling, en *La vida íntima*, discurre luminosamente sobre los valores inmutables de índole emocional que pertenecen a la familia: Si el hombre quiere ser humano tiene que cultivar ante todo la intimidad. La vida de familia crea y garantiza —ahora y siempre— la atmósfera íntima más completa

(¹²²) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, t. V-1º, pág. 44; GUASTAVINO, *Derecho de Familia Patrimonial: Bien de Familia*, Bs. As., 1962, nº 14. p. 34, y autores citados en nota 94.

(¹²³) DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, t. II-2º, trad. de Serrano Suárez y Santa Cruz Teijeiro, Madrid, s/f, parág. 103, pág. 7.

(¹²⁴) BONNECASE, *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia*, Puebla (México), 1945, pág. 27.

y perfecta. La familia es necesaria al hombre para que florezca en él lo que sólo a él le caracteriza: el alma, organismo de los sentimientos superiores. El hombre se deshumaniza literalmente cuando su esfera emocional decrece. Todos los pueblos hostiles a la familia tarde o temprano, han terminado por un empobrecimiento del alma (¹²⁵).

Enmanuel Gounot en un estudio de las semanas sociales católicas de Francia ha dicho con profundidad de filósofo: "La familia no es un fin, en sí. Está —debe estar— al servicio de la persona. El Estado, en efecto, tiene primacía sobre la familia cuando actúa, así, en favor de la persona, que es el fin común de la familia y del Estado" (¹²⁶).

XI. EL DERECHO DE FAMILIA EN LA SISTEMÁTICA JURÍDICA

La concepción tradicional, aceptada por los más grandes juristas contemporáneos, que se remonta a la doctrina romana, postula que el derecho de familia pertenece al *ius privatum*.

Oertmann enseña que el derecho civil sirve para la regulación de los intereses particulares, y todos los intereses específicos del individuo se pueden referir en último término a dos tendencias fundamentales: la propia conservación y la conservación de la especie. El derecho civil procura la satisfacción de estas dos tendencias. A impulsar y proteger la primera, corresponden los derechos de las personas, derecho de las obligaciones y derechos reales; a la segunda, los derechos de familia y sucesión (¹²⁷).

El profesor de la Universidad de Bolonia, Antonio Cicu, es quien plantea en 1914 la disidencia en términos categóricos

(¹²⁵) CONDE DE KEYSERLING, *La vida íntima*, trad. de López-Ballesteros, Madrid, 1934, págs. 69 y sgtes.

(¹²⁶) GOUNOT, *Persona y familia*, México, 1947, págs. 145, 166 y 172.

(¹²⁷) OERTMANN, *Introducción al derecho civil*, Barcelona, 1933, párag. 3, págs. 23 y sgtes.

con esta concepción tradicional (¹²⁸). Al derecho de familia según su doctrina, no pueden aplicarse los principios y conceptos propios del derecho privado porque ocupa una categoría autónoma por la diversidad de estructura y objeto. Parte de una distinción entre el derecho público y el privado, según la cual en el primero el individuo se halla en una relación de subordinación con respecto al fin del derecho, en tanto que en el segundo está en una posición de libertad con respecto al mismo; de allí deduce que en la relación jurídica de derecho privado los intereses tutelados son distintos y opuestos, mientras que en la de derecho público no es admisible un interés del individuo opuesto al del Estado; sólo se dan voluntades convergentes en la satisfacción de un interés único superior, el del Estado. En la relación jurídica familiar también encontramos voluntades convergentes en la satisfacción de interés superior: el interés familiar. El derecho de familia tiene autonomía respecto al derecho privado, y afinidad con el derecho público. Y concluye en la tripartición del derecho objetivo, porque el derecho de familia se diferencia del derecho público por el interés que tutela; en uno es el interés familiar, y en otro es el interés del Estado. Por lo tanto, al lado del derecho público y derecho privado, existiría el derecho familiar.

En nuestro país esta teoría ha sido rechazada por la doctrina (¹²⁹). Al margen del punto de partida de la doctrina de Cicu, constituido por el criterio para distinguir el derecho público del privado basado en el interés protegido por la norma cuya refutación hace caer por la base la construcción tripartita (¹³⁰), cabe observar que si por derecho privado se entien-

(¹²⁸) CICU, *Derecho de Familia*, trad. de Sentis Melendo, Bs. As., 1947; *La filiación*, trad. de Giménez Arnau y Santacruz Teijeiro, Madrid, 1930, cap. I.

(¹²⁹) Véase la refutación de DÍAZ DE GUILJARRO, *Tratado de Der. de Familia*, Bs. As., 1953, n° 176; BORDA, t. I, n° 2; y GUASTAVINO, *ob. cit.*, en nota 122, n° 13; MAZZINGHI, *Derecho de Familia*, Bs. As., 1971, t. I, n° 1; ZANNONI, *Derecho de Familia*, Bs. As., 1978, t. I, n° 12; BELLUSCIO, *Der. de Familia* t. I, n° 9, págs. 37/38, Bs. As., 1974.

(¹³⁰) BORDA, t. I, n° 2; GUASTAVINO, *ob. cit.* en nota 122, n° 13, págs. 30 y sgtes.

de el área del derecho que toca más de cerca lo que el hombre siente como más "profundo y entrañable" (131), y si la familia brinda al hombre el ámbito de intimidad más perfecto que hace florecer en él los valores, sentimientos y emociones superiores que lo caracterizan como ser humano, en este sentido, la familia y su regulación legal seguirán perteneciendo al derecho civil. La familia, como decía Gounot, no es un fin en sí; está al servicio de la persona humana, cuyos intereses regula el derecho civil.

XII. LA GLORIA DE VELEZ SARFIELD

Vélez Sársfield con su obra magna arraigó, fomentó y fortaleció las costumbres, los ideales y los sentimientos que dan expresión genuina a nuestro pueblo. El derecho, como todo vehículo de cultura, ha sido hecho para el hombre. Y Vélez construyó su código con caracteres indelebles para el hombre argentino; para la familia argentina; para el Estado argentino. Su obra legislativa ha sido y es el instrumento más poderoso y completo de la unidad civil de la Nación. Ese es su mérito y esa es su gloria imperecedera que ha comprometido para siempre la gratitud nacional.

(131) FERRERAS, *El derecho de familia en la sistemática jurídica*, en Boletín del Instituto de Der. Civil de la Facultad de Derecho de Córdoba, 1943, n.º 4, pág. 269. STOLFI, *Diritto Civile*, Torino, 1921, vol. V, págs. 31 y sgtes.