



**PROYECTO DE REFORMA
DEL
CODIGO CIVIL**

LIBRO II

ACTAS DE LA SECCION DE DERECHO CIVIL

TOMO II

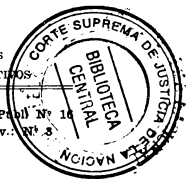
BUENOS AIRES

1946

4

FEDERACIÓN ARGENTINA DE COLEGIOS DE ABOGADOS
INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS

I. A. E. L. — Publ. N° 18
Secc. Der. Civ. — N° 3



PROYECTO DE REFORMA

DEL

CODIGO CIVIL

LIBRO II

ACTAS DE LA SECCION DE DERECHO CIVIL

TOMO II

BIBLIOTECA CORTE	
N° 21	18.660
UBICACION	C 886
FICHA MATERIA	

BUENOS AIRES

1944



**PROYECTO DE REFORMA
DEL
CODIGO CIVIL**

LIBRO II

ACTAS DE LA SECCION DE DERECHO CIVIL

TOMO II

Editor propietario
Instituto Argentino de
Estudios Legislativos

ADVERTENCIA

Al dar a publicidad el segundo tomo de los trabajos de la Sección de Derecho Civil de este Instituto, la Mesa Directiva se complace en ratificar, en toda su amplitud, el juicio que emitiera al publicar el primero, acerca del excepcional valor de dichos trabajos, como estudio crítico del Proyecto de Reforma del Código Civil de 1936.

El acertado método de trabajo, el examen profundo y sutil y debate sereno y siempre erudito que caracterizaron el primer volumen, perduran, como rasgos esenciales, también en el presente que corresponde al Libro II del Proyecto.

Al expresar su reconocimiento a los distinguidos juristas que componen la Sección, por la inestimable cooperación prestada con un noble afán de contribuir al perfeccionamiento de las instituciones básicas de la República, como lo son las de derecho civil, la Mesa Directiva espera que este nuevo aporte del Instituto ha de constituir un útil elemento de estudio y antecedente de singular autoridad para la reforma proyectada.

Buenos Aires, agosto de 1944.

1

ACTAS



REUNION N° 45

—Buenos Aires, nueve de junio de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Arturo Acuña Anzorena, Enrique V. Galli, Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

SECCION PRIMERA

DEL MATRIMONIO

TITULO I

Régimen de las personas en el matrimonio

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

PUNTO 1°—Indicación del doctor Spota para que se suprima la primera parte del artículo 333, en virtud de su carácter doctrinario y porque, implícitamente, estaría contenido en la segunda parte del mismo artículo.

PUNTO 2°—Proposición del doctor Galli para que se suprima la segunda parte del artículo 334, restableciéndose así el texto del artículo 102 de la ley de matrimonio actual.

PUNTO 3°—Sugestión del doctor Rayces para que el artículo 335, en virtud de su carácter transitorio, se incluya en el título suplementario del proyecto.

Concepto del matrimonio. Declaración de principios. (Art. 333).

Intervención del ministerio público. (Art. 334).

Nulidad. Leyes aplicables. (Art. 335).

Competencia. Domicilio de los cónyuges. (Art. 336).

PUNTO 4º — Proposición del doctor Vico para que se estudie la congruencia entre el artículo 336 con el 361, en cuanto este último acuerda al marido la facultad de fijar el domicilio, de suerte que una vez usado este derecho por el esposo, aun la falta de la mujer para seguirlo no impediría que se tratara de domicilio del matrimonio, debiéndose considerar esta proposición también con respecto a la norma establecida en el inciso 3º del artículo 31.

Competencia. (Art. 362).

PUNTO 5º — Proposición del doctor Spota para que se considere si, a semejanza de lo dispuesto en el artículo 51 del proyecto preliminar de Código Civil italiano, en el libro que trata de las personas y del derecho de familia, conviene establecer en el artículo 336 alguna preferencia para el domicilio constituido en la República en los casos en que el marido pretendiera trasladarle al extranjero.

Leyes aplicables. Validez. (Art. 337, inc. 1º).

PUNTO 6º — Indicación del doctor Vico, en el sentido de que si hubiere de admitirse el divorcio absoluto, convendría suprimir el inciso 2º a que se refiere la nota puesta al pie del artículo 337, inciso 1º.

Derechos y deberes de los cónyuges. (Art. 337, inc. 2º).

PUNTO 7º — Proposición del doctor Vico para que en el inciso 2º del artículo 337 se exprese que los derechos y deberes de los cónyuges, son los atinentes a las relaciones personales, pero no a las patrimoniales.

Efecto del matrimonio en cuanto a los cónyuges. (Art. 337, inc. 2º).

PUNTO 8º — Proposición del doctor Vico para que, si se hiciera la referencia en el inciso 2º al capítulo VI de este mismo título, pudiese salvarse la dificultad que tiene en vista la potencia anterior del mismo.

Convenciones matrimoniales otorgadas en el extranjero. Validez y efecto. (Art. 337, inc. 3º).

PUNTO 9º — Proposición del doctor Vico para que en substitución del inciso 3º del artículo 337, se restablezca lo determinado en el sistema vigente en el título de la sociedad conyugal, a los fines de que la validez y efecto de las convenciones matrimoniales otorgadas en el extranjero, se rijan por la ley del lugar en que hubieren sido celebradas.

Régimen de los bienes. (Art. 337, inc. 4º).

PUNTO 10. — Proposición del doctor Vico, a fin de que en el inciso 4º y en sus diversos apartados del artículo 337, en reemplazo del sistema proyectado, se adopte el que surge del tratado de Montevideo, es decir, con el objeto de que, sea para muebles como para inmuebles, los bienes de los cónyuges se rijan por la ley del domicilio que estos últimos hayan establecido o convenido antes de la celebración del matrimonio o,

en su defecto, el domicilio del marido en el momento de la celebración del mismo.

PUNTO 11. — Proposición del doctor Spota, con respecto al artículo 338, a fin de que, teniendo en cuenta que la Comisión ha aceptado en su exposición de motivos las acciones resarcitorias por ruptura de la promesa de matrimonio y que suprime el texto del artículo 8º de la ley de matrimonio civil, se reglamente tal acción de resarcimiento de los daños materiales y morales ocasionados por dicha ruptura de promesa matrimonial.

PUNTO 12. — Proposición del doctor Spota, a fin de que se establezca expresamente como causal que impide la celebración del matrimonio, el vínculo derivado de la adopción, el cual no está consignado especialmente en la enumeración de por sí taxativa del artículo 339.

PUNTO 13. — Proposición del doctor Spota para que se examine, con respecto al inciso 2º del artículo 339, si conviene prohibir la celebración de matrimonios entre parientes consanguíneos del tercer grado o, por lo menos, ser reglamentado.

PUNTO 14. — Proposición del doctor Spota, a fin de que en el inciso 4º del artículo 339, se dispense de la edad requerida, por motivos graves, entre los cuales hallárase el supuesto de que la mujer menor hubiere quedado en cinta.

PUNTO 15. — Proposición del doctor Galli para que, en el artículo 339, inciso 8º se considere si la expresión «excluyente del discernimiento», hace inoficioso que se agregue: «o de la voluntad», ya que la falta de discernimiento implica la inexistencia de voluntad.

PUNTO 16. — Indicación del doctor Rayces para que se examine si es necesario considerar en la nómina de los impedimentos el caso del inciso 8º, del artículo 339, cuando la falta de discernimiento o de la voluntad ya sería un óbice para la validez de cualquier acto jurídico.

PUNTO 17. — Proposición del doctor Spota para que se considere en su debido tiempo, que sería al tratar de la oposición, si en los casos de falta de discernimiento a que se refiere el artículo 339, inciso 8º, no convendría que se oyera al ministerio público antes de suspender la celebración de un matrimonio, recabando la conformidad de aquél.

Promesa de matrimonio. Acciones resarcitorias. (Art. 338).

Impedimentos. Adopción. (Art. 339).

Impedimentos. Parientes consanguíneos del tercer grado. (Art. 339, inc. 2º).

Impedimentos. Requisito de la edad. Dispensa. (Art. 339, inc. 4º).

Impedimentos. Falta de discernimiento o de la voluntad. (Art. 339, inc. 8º).

Impedimentos. Falta de discernimiento o de la voluntad. Validez de acto jurídico. (Art. 339, inc. 8º).

Impedimento. Falta de discernimiento. Intervención del ministerio público. (Art. 339, inc. 8º).

Inpedimento. Divorcio. Supresión del inc. 10. (Art. 339 y del 386).

PUNTO 18. — Proposición del doctor Vico para que se suprima el inciso 10, colocado al pie del artículo 339, así como el artículo 386 de su referencia. Hace notar que la referencia del artículo 385 constituye un error material; se trata, en realidad, del artículo 386.

Matrimonio contraído sin venia. Sanción. (Art. 341).

PUNTO 19. — Proposición del doctor Vico para que se considere si corresponde suprimir la sanción que contiene el artículo 341, o por lo menos limitarla.

Concepto del matrimonio. Declaración de principios. (Art. 333).

PUNTO 1º — El doctor Lafaille hace presente que el art. 333, en su primera parte, contiene una declaración de principios, que no parece tan fuera de lugar ante las consecuencias que de ellos se derivan para el intérprete. Observa, además, que ciertos códigos que asumen una actitud completamente opuesta en materia de familia, como el soviético, son de carácter principista y dogmático. La Comisión —añade— había proyectado, en un principio, formar con este período un artículo único; pero luego se pensó agregarle la segunda parte para atribuir al precepto una finalidad inmediata, sin perjuicio de que importe adoptar un criterio, ya que en la legislación citada la familia se basa en uniones de hecho, con prescindencia de toda formalidad legal.

El doctor Spota entiende que se está en presencia de una cuestión de técnica legislativa. La primera parte del precepto tiene alcances doctrinarios. No así, agrega, el segundo párrafo del mismo, ya que éste contiene un principio esencialmente normativo: las leyes que rigen las relaciones que derivan de la familia legítima y del matrimonio son de orden público. En cuanto a querer ver en la primera parte la concreción del deseo de establecer un punto de vista contrario a ciertas legislaciones como la soviética, no es suficiente para sancionar una declaración propia de la enseñanza. Además, puede traerse a colación el antecedente de legislaciones proyectadas recientemente, como la italiana, la cual, a pesar de su conocida orientación política y social, no ha estimado necesario recurrir a esa especie de polémica, impropia de una legislación en purismo técnico-legislativo.

El doctor Lafaille observa que la constitución alemana contiene, entre otras, declaraciones categóricas respecto del dominio.

El doctor Rayces pone de relieve sus puntos de vista expresando que si bien en un Código no debieran existir declaraciones doctrinarias, ello no ha de entenderse de un modo tan absoluto que nos obligue a no incorporar la afirmación de un principio que responde a las necesidades del momento actual de la historia de la humanidad. Cree que hay conveniencia en su sanción para darle una energía definitiva a la familia legítima y para que nadie dude de que la Nación Argentina piensa y siente que aquélla es uno de los pilares fundamentales del orden social. Por ello, se inclina a aceptar que permanezca la declaración contenida en el primer apartado del art. 333.

El doctor Spota recuerda que en las primeras reuniones del año pasado, se resolvió suprimir del tercer artículo aquella declaración en cuya virtud todas las leyes deben basarse en la Constitución Argentina; tal declaración implica un principio tan fundamental como el que está en cuestión; a pesar de ello resolviéndose suprimirlo.

El doctor Lafaille indica que el principio contenido en la primera parte del art. 333 es también normativo.

El doctor Rayces formula la advertencia de que lo que se había proyectado en el art. 3º era inoficioso, porque ya se halla establecido en la misma Constitución.

El doctor Lafaille añade que la norma examinada fué propuesta por uno de los miembros de la Comisión que auspició el divorcio absoluto, ya que la declaración del Proyecto sería más necesaria, si llegara a aceptarse esta causal de ruptura del vínculo; de ahí el carácter restrictivo que revestiría esta última regla, así como las protectoras de la familia ilegítima. Estima que con estas explicaciones y el agregado que contiene la segunda parte del artículo, resulta que no se estaría ante una simple declaración de principios, por lo que no ve inconveniente en mantener la frase que motiva esta discusión.

El doctor Vico también estima que no hay un grave inconveniente en mantenerla. Sin embargo, considera que debe tenerse en cuenta que hay y seguirá habiendo muchos casos de víncu-

los familiares ilegítimos los que parecen tratados en una forma despectiva por tal declaración. Agrega, con respecto a lo expresado por el doctor Rayees, que en cuanto a la parte móvil y evolutiva de todo derecho codificado, la jurisprudencia quedaría trabada con respecto a los vínculos no legítimos en el Código proyectado, mientras en todo el resto de los derechos codificados seguiría llenando su función vivificadora. Esa desigualdad no es aceptable.

El doctor Lafaille hace notar que el Proyecto que se está discutiendo, amplía considerablemente los derechos de la familia extramatrimonial; a pesar de eso la unión legítima siempre sigue siendo la base de la sociedad; la otra es protegida por diversos motivos, pero no es una organización deseable.

El doctor Rey considera que no hay ningún motivo —como no sea de orden sentimental— para favorecer la situación de la familia ilegítima más de lo que lo está en el Proyecto. Todo avance de la misma, agrega, implica en realidad un retroceso de la familia legítima, que es la base primordial de la sociedad, como bien lo señala el art. 333 del Proyecto.

El doctor Vico expresa que su observación la formula acerca de la interpretación que puede recibir el principio discutido con respecto a la familia ilegítima. Recuerda que ésta, con justo motivo, está siendo mejorada con relación a su situación actual; entonces, ese progreso en el tratamiento legislativo frente al Código vigente marca más la disonancia; de ahí que no se opone al concepto sino a tal disonancia.

El doctor Lafaille insiste en que, a pesar de que el Proyecto acuerda a la familia ilegítima una importancia de que actualmente carece, ello no impide que deba considerarse como base social a la fundada en el matrimonio; por ello las disposiciones sobre la familia ilegítima deben interpretarse restrictivamente. Si no lo dice la ley de una manera expresa, podría resultar lo contrario de la doctrina y de la jurisprudencia.

El doctor Vico expresa que de esta afirmación cuestionada se deduce que los derechos concedidos a los miembros de la familia ilegítima, deben interpretarse restrictivamente; ello está en contradicción con lo que más adelante estatuye el Proyecto con respecto a los hijos ilegítimos.

El doctor Spota trae a colación las enseñanzas impartidas por el doctor Lafaille desde su cátedra en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, en el sentido de que nuestro Código halla una dificultad para su evolución —como no acaece con el Código de Napoleón, siempre joven —en las numerosas declaraciones doctrinarias que contiene. En tal sentido pregunta, si en un futuro lejano, declaraciones como las contenidas en la primera parte del art. 333, no puedan constituir una valla a una conciencia nueva que se forme entre nosotros, con relación a lo que el doctor Vico ha puesto de relieve.

Se pregunta, al respecto, si frente a casos como los resueltos por la jurisprudencia francesa, la cual se ha visto precisada a decidir sobre la acción entablada por una concubina por accidente que ha provocado la muerte del concubino, se podría admitir tal acción. Una interpretación restrictiva quizá concuerde con la necesidad que hoy se siente de no acordarle esa acción resarcitoria; pero, naturalmente, con el correr de los años, la conciencia jurídica y social puede modificarse. Entonces, ¿tal declaración doctrinaria no constituiría una valla a la evolución jurisprudencial futura?

El doctor Lafaille expresa que sería un gravísimo mal para el país, el día en que dejara de ser exacto el principio de que la familia legítima es la base esencial de la sociedad.

El doctor Spota observa que jamás va a sostener que la familia legítima no sea la base de la sociedad; pero que tal declaración no debe servir como un método de interpretación restrictiva de otras reglas.

El doctor Rayces estima, como el doctor Lafaille, que el art. 333 servirá de orientación al intérprete para juzgar el alcance de las demás disposiciones. Es verdad que la declaración que contiene podrá constituir una valla a la evolución jurisprudencial futura, como lo señala el doctor Spota, pero ese precisamente el efecto que anhelamos, ya que, tratándose de los principios fundamentales de la civilización cristiana, entendemos que el legislador debe contribuir a su intangibilidad perdurable, sancionando normas que obstaculicen una tendencia cualquiera contraria a ella. Y, en este sentido, el art. 333, primera parte, está desempeñando la función que quiere asignársele.

El doctor Rey expresa que la única objeción sería formulada contra la disposición que se discute, es de orden exclusivamente técnico: se trataría de una disposición doctrinaria. Apreciando tal reparo en su verdadero valor, no cree que sea de tanta fuerza como para suprimirla. Actualmente, la familia parece colocada en un verdadero plano inclinado, ya que las circunstancias, lejos de contribuir a fortalecerla, tienden a aflojar sus vínculos. Una disposición como la que se discute, puede ser útil para indicar el verdadero sentido de la reforma, y aun para servir de valla a un mayor desarrollo de la familia ilegítima. La disposición en cuestión servirá, por lo menos, para que no se dé a las demás del Proyecto sobre hijos ilegítimos, mayor alcance y extensión que los que en realidad tienen.

El doctor Acuña Anzorena pone de relieve que si con la ley vigente, que es más restrictiva que la proyectada, tal situación persiste, ésta no se modificará mucho con el Proyecto al ampliar la esfera de la familia y al acordar derechos a los hijos naturales y hasta a los propios hijos adulterinos. Por lo demás, con la declaración cuestionada no se va a poner coto a la situación a que se refiere el doctor Rey.

Se resuelve suspender la consideración del punto 1º.

Intervención del
ministerio público.
(art. 334).

Punto 2º — El doctor Galli entiende que existe conciencia formada en el sentido de que el ministerio fiscal en materia civil es innecesario, salvo tratándose de la defensa de los intereses pecuniarios fiscales. Nuestros procesalistas demuestran que el origen de la institución se encuentra en el funcionario representante del rey, para defender los intereses de la corona en la colonia, cuyas atribuciones han sido ampliadas por deformación, sin verdadero fundamento jurídico. Malaver, en su Curso de Derecho Procesal, transcribe las disposiciones que dieron origen al cargo. (Edición de 1875, tomo I, § 283). A su vez Jofré, entiende que el ministerio fiscal tiene su función de acusador en materia penal, pero que no se justifica su participación en los asuntos civiles. Las tareas que se le atribuyen, de velar por la observancia de las leyes no están justificadas. La observancia de las leyes es función de los jueces. En forma acaso áspera pero bien gráfica, dice Jofré: “El Juez, con largos años de práctica en la magistratura y profesor en derecho, no necesita de lazarillos que

generalmente saben menos que él y no tienen su experiencia” (Manual de Derecho Procesal Civil y Penal, edición de 1924, págs. 234/35, nota 1). Y la Tercera Conferencia Nacional de Abogados celebrada en Mendoza, aprobó una declaración por la cual el ministerio fiscal debe ejercer exclusivamente la acción penal y la representación patrimonial del Estado debe confiarse a funcionarios especiales. Por último, la intervención del ministerio fiscal en asuntos de validez o nulidad de matrimonio, no figura en la ley de matrimonio civil. Está fijada en las leyes procesales; de manera que si se la incorpora al Código Civil, se entorpecerá la evolución que está en el ambiente, respecto de la organización y funciones del ministerio público. Propone la supresión de la segunda parte del art. 334.

El doctor Lafaille manifiesta que la proposición del doctor Galli va mucho más lejos que una simple reforma del artículo 334: ya que se extendería a todas las disposiciones del Proyecto concernientes al ministerio fiscal, cuya intervención quedaría eliminada en el orden civil. Agrega de paso, que la Comisión habla de “Ministerio Público” para abarcar el Ministerio Fiscal y el Pupilar, entendiendo que no deben estar desdoblados. Lo propuesto por el doctor Galli llevaría a suprimir la ingerencia del Ministerio Fiscal, aún con respecto a artículos aprobados por lo que se impondría reversos. Entiende, a su vez, que esta función pública en los asuntos civiles obedece más bien a un concepto que hoy ha desaparecido. En la época colonial tenía su fundamento, sobre todo por que los alcaldes, jueces de primera instancia, eran legos, y de ahí que necesitaran asesoramiento.

De acuerdo con su voto en la Tercera Conferencia Nacional de Abogados, sería partidario de tal supresión, pero, en tal caso, habría que extenderla a todo el Proyecto.

Ante lo expuesto por el doctor Lafaille, se resuelve poner en discusión la supresión de la intervención del Ministerio Público como Ministerio Fiscal en todos los asuntos civiles, salvo cuando se tratara de representar los intereses pecuniarios del Estado.

El doctor Vico expresa que apoyaría la moción del doctor Galli con el alcance de que en la ley civil no debe indicarse su intervención, debiendo quedar para la organización judicial

de cada provincia la creación y determinación de ese funcionario y sus límites, ya que bien puede ocurrir que dentro de cada sistema de provincia haya jueces legos y en tal supuesto, habría conveniencia en mantener a ese funcionario; todo debe quedar, entonces, para ser reglado por el derecho local y no por la ley nacional. Con ese alcance restringido, apoya la indicación del doctor Galli, ampliada por el doctor Lafaille, para todos los casos.

El doctor Rey considera que debe existir un funcionario con facultades suficientes para intervenir en todas las cuestiones que interesan al orden público, a los efectos de velar por él y evitar que lo que al mismo conviene quede exclusivamente librado a la voluntad y criterio de las partes y del juez. Por ello, no cree conveniente suprimir la intervención del fiscal en toda clase de asuntos. Ese funcionario debe actuar con respecto al orden público, de igual modo que el Ministerio de Menores con respecto a los menores, y si se hace cuestión de eficacia debe notarse que la del Ministerio de Menores no es mayor que la de los agentes fiscales. Ello depende de la forma en que cada funcionario cumpla su deber.

El doctor Lafaille observa que no atribuye este alcance, a la proposición; ya que bastaría con excluir esta materia del Código Civil, sobre todo en este momento en que hay una corriente doctrinaria en el sentido de transformar el Ministerio Público. Por ello, y sin que esto importe pronunciarse por parte de esta Sección en el sentido de eliminar al Ministerio Fiscal, podría descartarse el punto como ajeno al Código Civil. Se suprimiría, entonces, la indicación pertinente en todos aquellos artículos que estuvieran en condiciones análogas al que ahora se discute. Agrega por último que la observación más atinada es la que acaba de formular el doctor Rey, ya que el juez carece en principio de facultades para recabar pruebas de oficio, porque el procedimiento le asigna un papel pasivo y no activo; debe haber alguien, entonces, con iniciativa procesal en representación del interés público. Esto habría que meditarlo antes de admitir la eliminación. No ofrece dificultad, en cambio, decidir que el punto es ajeno al Código Civil.

El doctor Rey observa que ello es necesario hasta para evitar colusiones entre partes.

El doctor Galli indica que los códigos se inspiran en principios doctrinarios, pero sustancialmente no deben apartarse de la realidad, y la experiencia demuestra la inutilidad de los agentes fiscales en la instancia civil.

El doctor Lafaille insiste en señalar que el juez, frente a las pruebas de las partes, tendría siempre la facultad de apreciarlas, pero no la de allegar elementos, salvo muy limitadamente y como medida para mejor proveer. Quedaría —agrega— salvado ese punto, si se decide que la intervención fiscal es materia que está fuera de la órbita del Código Civil. Con esta inteligencia, correspondería suprimir toda referencia a su intervención, que se formula en el Proyecto.

Se acepta la proposición formulada por el doctor Galli, con el alcance indicado por el doctor Lafaille.

PUNTO 3° — El doctor Galli disiente con el concepto de que se trata de una disposición transitoria. Estima que es permanente, por que todas las acciones inherentes al derecho de familia son imprescriptibles (art. 323, inc. 4°). El art. 335 da reglas para resolver las distintas situaciones planteadas en el país por la vigencia de los sucesivos regímenes matrimoniales. No es un artículo destinado a perder aplicación por el transcurso del tiempo. Si se traslada a otro capítulo se desarticulará el Proyecto. Por último, como las acciones de nulidad son también imprescriptibles, cada vez que en un proceso se planteen los efectos jurídicos de una nulidad de matrimonio, habrá que tener en cuenta el art. 335.

Nulidad. Leyes aplicables. (Art. 335).

El doctor Lafaille observa que hay derechos emergentes de las relaciones de familia que pueden perderse por el transcurso del tiempo: no se trataría de prescripción, pero propiamente de caducidad. Además, si la nulidad de pleno derecho no prescribe, ello no sucede con los vicios que tornan anulable el matrimonio y así lo demuestra el art. 391 del Proyecto. Pero lo cierto es que la norma examinada deberá regir durante mucho tiempo por la naturaleza de estas relaciones jurídicas, lo cual no impide que tenga su mejor cabida en el título complementario.

El doctor Spota entiende que, aun teniendo presente debidamente las razones expuestas por el doctor Galli, el carácter transitorio de la norma en cuestión sigue, sin embargo, subsistiendo, ya que no rige el matrimonio actual sino el

anterior al 1º de diciembre de 1889. El lugar más adecuado para el art. 335 lo constituye, entonces, el título complementario del Proyecto. Así, al lado del art. 2138, inc. 2º, el cual establece que las nuevas leyes regirán los derechos de familia, se establecería la excepción a este último principio, o sea el art. 335.

El doctor Lafaille manifiesta que se inclina por la solución de pasar este precepto al título complementario, ya que no condice con las demás disposiciones generales contenidas en el capítulo ahora estudiado.

Se aprueba la proposición.

Competencia. Domicilio de los cónyuges. (Art. 336).

PUNTO 4º— El doctor Vico pone de relieve que con la redacción de la proposición está en gran parte explicado el alcance de la misma. Añade que el art. 336 establece la preferencia para la competencia de los jueces del domicilio de los cónyuges o del último domicilio común. Pero el domicilio de los cónyuges es evidentemente sinónimo del domicilio común. Puede ocurrir una disociación del domicilio del marido con la residencia de la mujer, cuando ésta no lo sigue al domicilio que se establece de acuerdo con el art. 361; entonces, a este domicilio, establecido por el marido en uso de la facultad prevista en ese artículo, no puede llamársele domicilio común cuando la mujer se niega a seguir al esposo.

De ahí que sea necesario establecer que cuando se alude a él, en esos términos, en el art. 336 está comprendido el caso del ejercicio de la facultad que corresponde al marido, de acuerdo al art. 361.

El doctor Rayces plantea la siguiente hipótesis: el marido ha resuelto trasladarse a Montevideo y fijar allí el domicilio matrimonial. La mujer no ha querido seguirle, y él manda entonces un poder a Buenos Aires para que se entable juicio de divorcio contra su esposa residente aquí. ¿Podría el juez declararse incompetente? Ello parece resultar de estas disposiciones. Si fuere así, la solución no la estima recomendable.

El doctor Lafaille estima que en el ejemplo que presenta el doctor Rayces, no habría dificultad en la doctrina sino en el hecho; o sea, en la circunstancia de si el marido constituyó realmente su domicilio en Montevideo; si ello se acredita, no existiría, en principio, ninguna razón jurídica para que éste no fuera el domicilio conyugal y determinara la jurisdicción

correspondiente. De ahí, en su concepto, que el problema se reduzca a lo siguiente: 1º ¿Ese domicilio es real o importa un simple cambio de residencia? 2º ¿Procedió el marido dentro de sus facultades, que le permiten fijar el domicilio común? Si ambos extremos concurren, la mujer debe someterse a los tribunales uruguayos en el pleito sobre divorcio.

El doctor Spota entiende que debe estudiarse la cuestión planteada, vinculándola con la siguiente: supone que uno de los esposos abandona el domicilio o se ausenta del mismo, aún cuando tal ausencia tenga lugar por haberse dirigido el esposo al extranjero dejando su familia, su esposa, sus hijos; ahora, ante una acción de alimentos deducida por la esposa, ¿qué juez es competente? ¿El extranjero o el que ejerce su jurisdicción en nuestro país, donde quizá están todos los bienes conyugales? La proposición que se concretó en el punto 5º, tiende a obviar tal inconveniente. Por ello debe ser analizada conjuntamente con la que se discute.

El doctor Lafaille estima que es mejor tratar simultáneamente ambas proposiciones. Añade que el art. 361 debe ser excluido de la órbita del 336, como, a su vez, el art. 332 constituye una excepción al 331; pero si se cree que este esfuerzo de interpretación pudiera ser evitado con un texto más claro, no habría dificultad en ello y propone substituir el segundo párrafo del art. 336 por el siguiente: “*este domicilio subsiste aún por abandono, ausencia o si, por otro motivo análogo, uno de los esposos dejare de residir en él*”.

Así se resuelve. Además, y a proposición del doctor Vico, se empleará la palabra “cónyuge” en vez de “los cónyuges”, en el art. 336.

Punto 5º — El doctor Spota plantea el supuesto del esposo que tiene mujer e hijos, es decir, una familia establecida en nuestro país y que se decide a desintegrarla trasladándose a un país extranjero. Se pregunta si la esposa debe ocurrir ante el juez competente del domicilio extranjero para una acción de divorcio, alimentos, etc.

El doctor Lafaille invoca el proyectado art. 362, más amplio que el actual. Observa que dentro del caso está precisamente en tela de juicio la constitución de domicilio por el marido, ya que éste habría procedido fuera de sus facultades. El art. 362, si bien establece para la mujer

Competencia. (Art. 362).

la obligación de seguir al marido, faculta al juez para que, según las circunstancias, la exima de este deber. El juez en cuestión sería el del lugar donde se encuentre la esposa.

El doctor Spota se refiere al caso de que no haya ido oportunamente la esposa a formular la pertinente petición ante el juez. ¿Puede, en cualquier momento, solicitar se la exima de la obligación de seguir al esposo y, por lo tanto, iniciar contra éste las acciones judiciales ante el juez del último domicilio conyugal que se constituyó en el país?

El doctor Rey estima que para el caso a que se ha referido el doctor Spota, sería conveniente fijar un plazo de caducidad para que la mujer pueda ocurrir ante el juez, a fin de evitar discusiones.

El doctor Vico expresa que ello importaría una excepción al art. 336.

El doctor Rey entiende que más acertado es referirse al último domicilio.

El doctor Lafaille propone se agregue al art. 362: “El juez de la *última residencia común* puede según las circunstancias y a pedido...” ya que el domicilio podría haber sido constituido en el extranjero por el marido. Para evitar el equívoco debe hablarse del juez de la *última residencia común*.

El doctor Vico hace notar que el art. 362 no funciona sólo en el momento en que haya un cambio de domicilio por parte del esposo, sino en cualquier momento de la vida conyugal; es decir, cuando la permanencia en el mismo domicilio donde están residiendo ambos cónyuges se vuelve peligroso; la mujer puede considerarse con derecho, entonces, de que se la libre de la obligación de habitar con el marido; de ahí que no hay por qué fijar un plazo de caducidad.

Se resuelve aprobar la modificación al art. 362 en la forma sugerida por el doctor Lafaille. Además, queda aceptada la proposición del doctor Rey de que se estudie la conveniencia de establecer un plazo de caducidad con respecto a la facultad de la esposa de solicitar al juez se la exima de la obligación de habitar con su marido, cuando mediase cambio de domicilio.

PUNTO 6º — El doctor Vico manifiesta que la norma propuesta (art. 337, inc. 1º), se vincula al actual art. 7º, de la ley de matrimonio civil, según el cual los matrimonios

celebrados en la República no podrán disolverse en el extranjero sino de conformidad con las leyes de la República, de tal modo que la disolución en país extranjero no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse. El Proyecto le agrega: “en el país”. Dicho artículo no tiene ningún fundamento jurídico y la norma propuesta tiende a dividir los matrimonios en su régimen jurídico estableciendo compartimentos, estancos, según los países de celebración, aunque todos tengan idéntica legislación. Por lo demás, si el matrimonio, cualquiera que sea el lugar de su celebración, debe ser regido en cuanto a los derechos y deberes personales de los esposos por normas comunes en las cuales no se tiene en cuenta el lugar de tal celebración, ¿por qué se va a introducir este nuevo coeficiente: lugar de celebración, para determinar consecuencias tan importantes como aquellas de la disolubilidad de nuevos matrimonios? Estas disposiciones del Proyecto tienden por ello a dividir un matrimonio según el lugar de la celebración, el cual puede ser completamente accidental. Propone, en consecuencia, la supresión de estas disposiciones que, en otros términos, reproducen el art. 7º de la ley de matrimonio vigente.

El doctor Lafaille hace notar que la proposición del doctor Vico afectaría todas las disposiciones que reproducen o aplican con alguna variante el art. 7º de la ley citada. Ello implicaría, en el supuesto de que fuera sancionado el Proyecto de la mayoría de la Comisión Reformadora, una solución más desfavorable para los divorciados y, por un espíritu de arquitectura jurídica, podría conducir a un sistema todavía más riguroso que el presente.

El doctor Vico expresa que su proposición se funda en un motivo de armonía jurídica y de igualdad de los derechos matrimoniales ante la ley.

El doctor Lafaille observa que si llegara el Congreso de la Nación a sancionar la indisolubilidad del vínculo, el principio del art. 337, inc. 1º sería una forma de atemperar el rigor de la misma.

El doctor Vico opina que estas consecuencias no deben limitarse al accidente de que el matrimonio se haya efectuado en la Argentina, ya que deben considerarse todos los matrimonios del mismo modo, cualquiera sea el lugar del mundo en que se hayan celebrado.

El doctor Lafaille hace presente que no discute la arquitectura de la teoría expuesta por el doctor Vico. Sólo discute su carácter práctico. Añade que es partidario de la indisolubilidad del vínculo; pero considera que más vale salvar situaciones de hecho y procurar una armonía, en lo posible, con la realidad que buscar una teoría perfecta.

Se resuelve postergar la consideración de la proposición, teniéndose presente que esta última se extiende a todos los artículos que se relacionan con el art. 7º de la actual ley de matrimonio, a fin de establecer respecto de todos los matrimonios un régimen uniforme con el objeto de que éstos fueran, en cuanto a su disolubilidad, regidos no por la ley de la celebración de los mismos, sino por leyes generales comprensivas de todos los casos reglamentados, pero sin entrar como coeficiente diferencial la ley del lugar del matrimonio. Se dispone que el punto se tratará al estudiarse la institución del divorcio.

**Derechos y deberes
de los cónyuges.
(Art. 337, inc. 2º).**

PUNTO 7º — El doctor Vico estima que debe reproducirse la disposición de la ley de matrimonio actual, la cual habla de derechos y deberes personales de los cónyuges, a fin de distinguirlos de los derechos y deberes patrimoniales, es decir, del régimen de los bienes en el matrimonio. El art. 337, inc. 2º, debe hablar, por lo tanto, de los derechos y deberes que no comprometen el régimen real de los bienes.

El doctor Lafaille considera que todo se reduce a saber si hay interés o conveniencia en modificar la expresión empleada en el art. 337, inc. 2º, teniendo en cuenta que, más adelante, el Proyecto regla en el capítulo VI los derechos y deberes personales de los esposos. En otro capítulo, en cambio, se regulan los bienes en el régimen del matrimonio, formando un sector bien deslindado.

El doctor Vico entiende que se debe hacer referencia sólo a los derechos y deberes de los cónyuges respecto de sus personas, porque el manejo de los bienes no compromete derechos reales, por ej., la administración, es también de índole personal.

El doctor Lafaille considera que se trataría, en ese caso, de una materia comprendida en los derechos creditorios.

Se acepta la proposición del doctor Vico.

PUNTO 8º — Ante lo resuelto al considerar el punto anterior, es inoficioso tratar el punto 8º.

**Convenciones matrimoniales otorgadas
en el extranjero.
Validez y efecto.
(Art. 337, inc. 3º).**

El doctor Vico hace notar que el art. 153 del Proyecto, al cual se refiere el art. 337, inc. 3º del mismo, puede aplicarse en los contratos de vida rápida o sea en los contratos de obligación en que el nexo se extingue por el pago, pero no en los contratos que significan situaciones permanentes que no se sabe nunca donde van a aplicarse y durante cuanto tiempo van a regir. Esa clase de situaciones no pueden estar regidas por principios tan simples como la “*lex loci executionis*”, adecuados únicamente para los contratos de los cuales emergen obligaciones de extinción rápida (*solutio*). Para no destruir la universalidad jurídica, debe hacerse referencia a la ley de la celebración del matrimonio.

El doctor Lafaille expresa que si nosotros sometemos todos los bienes ubicados en el país, especialmente inmuebles, depósitos bancarios o ganados, al régimen del contrato nupcial celebrado en el extranjero, admitimos una serie de restricciones; de tal modo que una parte, —tal vez la más considerable— del patrimonio de los habitantes quedaría regida por preceptos exóticos. Además, debe observarse que es posible en tal sistema la aplicación en nuestro país, no sólo del pacto matrimonial, sino también de las leyes extranjeras. Si esto presenta las ventajas derivadas de la unidad, también ocasiona muchos inconvenientes prácticos como los ya señalados y los que consigna Bibiloni en su nota.

El doctor Vico pone de relieve que el contrato es la voluntad de las partes.

El doctor Rayces manifiesta que comparte por completo el modo de pensar del doctor Vico, ya que el contrato viene a determinar una situación jurídica permanente, objetiva. La tesis contraria parte, en general de una consideración más emotiva que exacta: sostiénese que la soberanía argentina se encontraría menoscabada o afectada si se sometiera el régimen de los bienes del matrimonio a la legislación de un país extranjero.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Proposición del doctor Spota para que se suprima la primera parte del art. 333, en virtud de su carácter doctrinario y de

Concepto del matrimonio. (Art. 333).

que, implícitamente, estaría contenido en la segunda parte del mismo artículo.

Leyes aplicables.
Validez. (Art. 337,
inc. 1º, párr. 2º).

PUNTO 2º — Proposición del doctor Vico en el sentido de que si hubiera de admitirse el divorcio absoluto, convendría suprimir el párrafo 2º a que se refiere la nota puesta al pie del art. 337, inc. 1º. Esta proposición se hace extensiva a todos aquellos supuestos en los cuales se reglan situaciones como las contempladas en el art. 7º de la vigente ley del matrimonio, en el sentido de que el lugar de la celebración de este último no juegue como elemento diferencial con respecto a la materia de la disolución, estableciendo así regímenes jurídicos uniformes para todos los matrimonios en nuestro país.

Convenciones matrimoniales otorgadas en el extranjero. Validez y efecto. (Art. 337, inc. 3º).

PUNTO 3º — Proposición del doctor Vico para que en sustitución del inc. 3º, del art. 337, se restablezca lo determinado en el sistema vigente de la sociedad conyugal, a los fines de que la validez y efectos de las convenciones matrimoniales otorgadas en el extranjero se rijan por la ley del lugar en que hubieran sido celebradas.

Régimen de bienes.
Art. 337, inc. 4º).

PUNTO 4º — Proposición del doctor Vico a fin de que en el inc. 4º, y en sus diversos apartados del art. 337, en reemplazo del sistema proyectado se adopte el sistema que surge del Tratado de Montevideo, es decir, con el objeto de que sea para muebles como para inmuebles, los bienes de los cónyuges se regirán por la ley del domicilio que los cónyuges hayan establecido o convenido antes de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, el domicilio del marido en el momento de la celebración del mismo.

Promesa de matrimonio. Acciones resarcitorias. (Art. 338).

PUNTO 5º — Proposición del doctor Spota con respecto al art. 338, a fin de que teniendo en cuenta que la Comisión ha aceptado en su exposición de motivos las acciones resarcitorias por ruptura de la promesa de matrimonio y suprimido el texto del art. 8º de la ley de matrimonio civil, se reglamente tal acción de resarcimiento de los daños materiales y morales ocasionados por tal ruptura.

Impedimentos. Adopción. (Art. 339).

PUNTO 6º — Proposición del doctor Spota en el sentido de que se establezca expresamente como causal que impide la celebración del matrimonio, el vínculo derivado de la adopción, el cual no está consignado en especial en la enumeración, por sí taxativa, del art. 339.

PUNTO 7º — Proposición del doctor Spota para que se examine con respecto al inc. 2º, del art. 339, si conviene prohibir el matrimonio entre parientes consanguíneos del tercer grado o, por lo menos, reglamentarlo.

PUNTO 8º — Proposición del doctor Spota a fin de que en el inc. 4º, del art. 339, se dispense de la edad requerida por motivos graves, entre los cuales hallaríase el supuesto de que la mujer menor hubiera quedado encinta.

PUNTO 9º — Proposición del doctor Galli para que, en el art. 339, inc. 8º, se considere si la expresión “excluyente del discernimiento”, hace inoficioso que se agregue “o de la voluntad”, ya que la falta de discernimiento implica la inexistencia de voluntad.

PUNTO 10. — Indicación del doctor Rayces para que se examine si es necesario considerar en la enumeración de los impedimentos el caso del inc. 8º, del art. 339, cuando la falta de discernimiento o de la voluntad ya sería un óbice para la validez de cualquier acto jurídico y aun de cualquier acto voluntario.

PUNTO 11. — Proposición del doctor Spota para que se considere en su debido tiempo, que sería al tratar de la oposición, si en los casos de falta de discernimiento a que se refiere el art. 339, inc. 8º, no convendría que se oyera al ministerio público antes de suspender la celebración de un matrimonio, recabando la conformidad de aquél.

PUNTO 12. — Proposición del doctor Vico para que se suprima el inc. 10, colocado al pie del art. 339, así como el art. 386 de su referencia. Hace notar que la referencia del art. 385 constituye un error material, pues se trata, en realidad, del art. 386.

PUNTO 13. — Proposición del doctor Vico para que se considere si corresponde suprimir la sanción que contiene el art. 341 ó por lo menos limitarla.

PUNTO 14º — Indicación del doctor Rey a fin de que se estudie la conveniencia de establecer un plazo de caducidad con respecto a la facultad de la esposa de solicitar del juez se la exima de la obligación de habitar con su marido, cuando mediere cambio del domicilio.

Impedimentos
Parientes consanguíneos del tercer grado. (Art. 339, inc. 2º).

Impedimentos.
Requisito de la edad.
Dispensa. (Art. 339, inc. 4º).

Impedimentos.
Falta de discernimiento o de la voluntad. (Art. 339, inc. 8º).

Impedimentos.
Falta de discernimiento o de la voluntad. Validez de acto jurídico. (Art. 339, inc. 8º).

Impedimentos.
Falta de discernimiento. Intervención del ministerio público. (Art. 339, inc. 8º).

Impedimentos.
Divorcio. Supresión del inc. 10. (Art. 339 y del 386).

Matrimonio contraído sin venia. Sanción. (Art. 341).

Deber de cohabitar. Exención. Plazo para solicitarla. (Art. 362).

REUNION N° 46

—Buenos Aires, veintitrés de junio de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Enrique V. Galli, Alejandro Rayces y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Concepto del matrimonio. (Art. 333).

PUNTO 1° — Por haber sido motivo de examen el primer punto del Orden del Día en la sesión precedente, se vota la proposición del doctor Spota y resulta aceptada con la disidencia de los doctores Rayces y Lafaille. Se aconseja, por lo tanto, la supresión de la primera parte del art. 333.

Leyes aplicables. Validez. (Art. 337, inc. 1°, párr. 2°).

PUNTO 2° — El señor Presidente hace notar que el punto 2°, en realidad, no forma parte del Orden del Día ya que se decidió en la reunión anterior que sería tratado al considerar la materia referente al divorcio. Así se resuelve.

Convenciones matrimoniales acordadas en el extranjero. Validez y efecto. (Art. 337, inc. 3°).

PUNTO 3° — El doctor Vico manifiesta que, en su proposición tiene en cuenta que existen ciertas vinculaciones jurídicas, como los contratos que poseen una "solutio" y que se extinguen por la "solutio", y que a ellas conviene lo dispuesto en el art. 153. En cambio, en el art. 337, inc. 3°, se regula un "status" y que, por ello, está destinado a perdurar indefinidamente. En este sentido, debe tenerse presente que las convenciones matrimoniales atañen a un conjunto de bienes: el patrimonio de los esposos y que tales bienes puedan adquirirse en distintos países, o transferirse de unos a otros, o referirse a créditos, derechos y acciones; en pocas palabras: a todo el conjunto de bienes que pueden constituir una entidad patrimonial.

El doctor Lafaille pone de relieve que en los contratos de tracto sucesivo, que no llegan a la categoría de "status", v. gr.,

una provisión, una locación de servicios, el distingio ofrece dificultades, como que se trata de una categoría intermedia. Trae a colación las enseñanzas de Babiloni, y agrega que Savigny rebate argumentos similares a los sostenidos por el doctor Vico. La celebración es un acto momentáneo y puede ser peligroso adoptar el punto donde ella se formaliza como base para todos los efectos jurídicos; habría que atenerse más bien al lugar del cumplimiento. Cita casos prácticos como el de la mujer con muchos bienes de fortuna existentes en el país y que celebra matrimonio con una persona domiciliada en el extranjero. En ese supuesto, se estaría sometido, en cuanto al patrimonio y aún respecto de la persona, a las leyes del lugar de la celebración sito fuera de nuestro territorio. Precisamente porque es un "status", según la acertada opinión de Savigny, no debe tomarse en cuenta el lugar de la celebración que puede ser accidental. Por el contrario, ha de considerarse un factor decisivo: que presuntivamente las partes han querido someterse a las leyes del lugar del cumplimiento que reviste de carácter permanente. Puede, entonces, inferirse que la *lex loci executionis* ha sido pactada tácitamente.

El doctor Vico expresa que existe una confusión respecto al alcance de su proposición; ésta se refiere al inc. 3º del art. 337 que habla del régimen de los bienes en el matrimonio reglado mediante convenciones expresas y no tácitas. Cuando se trata de un contrato expreso, el principio del lugar de la celebración cabe aquí por la imposibilidad de determinar el lugar de la ejecución y por la imposibilidad de saber, hasta para los mismos celebrantes, dónde se establecerá el domicilio conyugal en lo futuro, dónde van a adquirir bienes, a ejercitar su industria, comercio y profesión. La ley que aceptan las partes en el contrato puede ser el lugar de la celebración o el de ejecución, funcionando éste último en forma supletoria. Pero, tratándose de una situación como la reglada en el inc. 3º del art. 337, la ley del lugar de la ejecución no puede regir el convenio de los cónyuges ya que no puede determinarse el "locus executionis", determinación aún imposible para las mismas partes que lo celebran. Por otra parte, añade, no se trata de someterlo al derecho del lugar de la celebración del matrimonio que puede ser diferente de aquél en el cual la convención se contrae. El inc. 3º del art. 337, en este sentido,

sólo se refiere a la validez y efecto de las convenciones matrimoniales y al decir lugar de la celebración, tiene en cuenta la celebración de la convención y no el lugar de la celebración del matrimonio. En cambio, para el caso de que no exista convención, expresa que el régimen de los bienes del matrimonio, tanto en Savigny como en el Tratado de Montevideo no se refiere al lugar de la celebración del matrimonio, sino al lugar del domicilio que las partes hayan establecido y, en su defecto, al domicilio del marido el cual puede ser distinto del lugar de la celebración del matrimonio. En sustancia el inc. 3º del art. 337, no se refiere al régimen tácito de los bienes matrimoniales, sino a la validez y efecto de las convenciones matrimoniales expresas.

El doctor Lafaille dice que se ha referido a las objeciones e inconvenientes que puedan señalarse en cuanto a los contratos matrimoniales. Pone de relieve, nuevamente, las desventajas que, a su juicio, ofrece todo sistema que se aparte de lo proyectado en el inc. 3º del art. 337. Hace presente, además, que el problema radica en determinar cual ha sido la voluntad de los esposos que, v. gr., celebran una convención matrimonial en Francia, cuando el patrimonio de la mujer está compuesto de bienes existentes en nuestro país. ¿Debe interpretarse que entendieron someterse a la ley francesa? Por el contrario, ¿no debe juzgarse que se han sometido a la ley del lugar donde están radicados todos o la mayor parte de los intereses? ¿Deben someterse, acaso, los bienes sitos en la República a la ley extranjera? He ahí —señala— los problemas a decidir. La tesis contraria, si bien tiene la ventaja de la unidad, posee el inconveniente de subordinar a un lugar toda la suerte de los intereses que pueden estar vinculados a una familia; no pudiéndose hablar de sumisión voluntaria ya que el domicilio conyugal aún no existe cuando la convención conyugal se concierta.

El doctor Rayces entiende que en el ejemplo dado por el doctor Lafaille puede muy bien regir la convención conyugal la ley del lugar de su celebración ya que nuestro país o su soberanía en nada quedan afectados. Si la mujer no tiene v. gr. los poderes de administración que le acuerda nuestra ley, y ellos pasan al esposo por la convención; ¿qué va ganando o perdiendo la República Argentina?

El doctor Lafaille indica que ese criterio nos llevaría a despojarnos de todos los derechos de la soberanía y, por lo demás, cuando se habla de la voluntad de las partes, lo que interesa es determinar cual es el sentido en que esa voluntad se orienta. El hecho de celebrar una convención en un lugar determinado ¿implica someter todas las consecuencias de ese contrato a la ley que rige en tal lugar? Parece, agrega, mucho más simple y lógica la *lex loci executionis*.

El doctor Galli considera que debe mantenerse el inciso en virtud de que las convenciones matrimoniales tienen un contenido muy limitado y están reglamentadas en el Código de una manera especial. El régimen de los bienes en el matrimonio no responde a un principio de libertad. De ahí que, si dentro del Código Civil no pueden tener más contenido que el autorizado en él, es de preguntarse si puede aceptarse como suficiente que basta salir del país a los efectos de celebrar una convención matrimonial para quedar libres de un régimen que restringe notoriamente la libertad de los contrayentes, tal como se desprende del art. 399. En esta materia la ley se impone a la voluntad y debe, entonces, privar siempre.

El doctor Vico, refiriéndose al art. 399 invocado por el doctor Galli, observa que este último arguye con una disposición de derecho interno, es decir que restringe las convenciones que pueden concertarse en el territorio de la República. Pero —añade— cuando se trata de convenciones hechas en el extranjero la solución es distinta; las convenciones matrimoniales concertadas en el extranjero no deben, en tal caso, ajustarse a las normas establecidas en el país: es lo que se desprende de nuestra propia ley de matrimonio civil.

El doctor Spota entiende que las dos tesis expuestas en el curso de la discusión, ofrecen puntos de vista razonables. Al respecto, considera con el doctor Vico que es necesario que las convenciones conyugales tengan validez jurídica en cualquier país en que deban ejecutarse: sería inconcebible que poseyeran validez en un país y fueran ineficaces en otro u otros, ya que los cónyuges pueden poseer bienes o adquirirlos o administrarlos, no sólo en una nación, sino en varias. Debe evitarse, entonces, esta situación que no condice con la comunidad o universalidad jurídica. Es esta la orientación de las legislaciones extranjeras. En la convención de La Haya

del 17 de junio de 1905, se estableció, en este sentido, que las relaciones patrimoniales de los cónyuges se reglan por la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio, y la modificación de la nacionalidad de los esposos o de uno de ellos no tiene influencia sobre dichas relaciones. Pero, al lado de tal orientación del derecho comparado en la materia, que surge de convenciones como la referida y que se concreta en que una sola ley rija los pactos conyugales —sea la ley nacional del esposo, sea la ley del lugar de la celebración de esos pactos nupciales—, existe la necesidad de que se contemplen supuestos tales como los planteados por el doctor Lafaille, o sea, cuando los bienes o gran parte de ellos que compondrán el activo de la comunidad conyugal se hallan situados en nuestro país. La ley del lugar de la ejecución del convenio conyugal debe, entonces, merecer aplicación. Tal hecho podría inferirse de la circunstancia de que el matrimonio establezca su domicilio en nuestro país; en ese caso, la inmutabilidad de las convenciones conyugales sería susceptible de recibir una excepción y los cónyuges podrían modificar el régimen de los bienes del matrimonio adecuándolo a la ley argentina. Tal es lo que surge, por lo demás, de los arts. 4 y 9 de la referida convención de La Haya. Por fin, observa que las convenciones pactadas en el extranjero no pueden dejar de lado los principios regulatorios del derecho de familia o del matrimonio cuando afecten el orden público (art. 333, parte 2ª) o el régimen de los bienes inmuebles o muebles que tengan situación permanente en nuestro país, en cuanto se trate de su calidad de tales, de los derechos de las partes, etc. (art. 4).

El doctor Lafaille hace notar que el orden público es una noción, cuyo alcance no es fácil establecer desde el punto de vista práctico.

El doctor Vico observa que en otra oportunidad propuso que, en todos los casos de una ley imperativa, se estableciese si era de orden público interno o internacional; así si en el título de la compraventa se establecen prohibiciones para ciertas personas (tutores, apoderados, etc.) la prohibición de adquirir bienes de sus pupilos, etc. por compra, se trata de preceptos de orden público interno; de lo contrario llegaría a admitirse que el legislador argentino pretende regular y legislar

tal situación para todo el mundo. Su opinión fué sancionada por unanimidad en el Congreso Universitario de Tucumán de 1927. Es, por lo demás, lo que surge del Código Bustamante.

A esta altura de la discusión, se resuelve postergar el punto 3º hasta la próxima reunión.

PUNTO 4º — Hallándose vinculado el punto 4º al anterior, asimismo se posterga.

Régimen de bienes.
Art. 337, inc. 4º).

PUNTO 5º — El doctor Spota expresa que, como de la proposición misma surge, la Comisión entendió que la ruptura de la promesa matrimonial podría dar lugar a una acción en virtud de la culpa aquiliana de uno de los prometientes. Entiende que se trata de una interesante cuestión que podría reglamentarse a semejanza de lo dispuesto en los códigos civiles alemán y suizo y en el Proyecto de Código Civil italiano. Se sentaría, en tal caso, el justo principio fijado en el art. 338, es decir, que nunca habría acción para exigir el cumplimiento de la promesa matrimonial. Pero, si ha mediado tal promesa y una de las partes ha realizado gastos o ha concertado contratos o ha dado nacimiento a otras vinculaciones jurídicas en vista a la promesa matrimonial, es justo que una ruptura culpable de esta última de lugar al resarcimiento pertinente o a la devolución de lo entregado. También debería sancionarse el principio de que la cláusula penal convenida en la promesa de matrimonio, aún siendo una estimación previa de los daños, nunca tendría efecto. Al mismo tiempo convendría establecer si el daño moral es resarcible y, en caso afirmativo, en qué supuestos. Además, debería contemplarse la hipótesis de que la ruptura del compromiso matrimonial acaezca por muerte de uno de los prometientes. Todos estos matices no hallan una adecuada solución con el sistema del Proyecto, máxime si se tiene presente que siempre se exige la demostración de la culpa aquiliana, lo cual condice con las situaciones variadas que puedan presentarse.

Promesa de matrimonio. Acción resarcitoria. (Art. 338).

El doctor Lafaille hace presente que la Comisión Reformadora ha modificado el régimen actual, en cuya virtud no se le acuerda ninguna eficacia a la promesa de matrimonio y por consiguiente se niega el derecho a la indemnización. En el Proyecto se determina únicamente que nadie puede ser compelido a celebrar matrimonio en virtud de los esponsales, pero, al establecer tal norma, se ha entendido que toda la situación

se regla de acuerdo con el derecho común, en primer lugar, por los que rigen la promesa en todo contrato y que produce determinados efectos; así como por los que gobiernan la materia de la indemnización y que consagran el pleno resarcimiento. En cuanto al punto más delicado, o sea el agravio moral, entendiéndose que el criterio fundamental del Proyecto (art. 596) y el régimen de las disposiciones conexas, bastarían para determinar su procedencia.

El doctor Spota indica que bien conocidos son los episodios a que dan lugar, en ciertos países, las promesas matrimoniales. También son notorios los abusos que en esta materia se cometen. El problema radica en determinar si procede una acción por daño moral, cuando no media una promesa matrimonial expresa y que pueda comprobarse fehacientemente. Además, debe establecerse si el daño moral existe sólo cuando medió concubito o en todo supuesto. En otras palabras, si debe seguirse el sistema que emerge del parágrafo 1300 del Código Civil alemán, según el cual se acuerda una acción a la prometida de buena conducta que haya permitido cohabitar con ella a su prometido, para obtener una equitativa indemnización en dinero. Y esto aunque no se haya causado perjuicio en sus bienes y siempre que hubiere mediado ruptura del compromiso por parte del prometido o por parte de la prometida, y, en este último caso, en razón de una falta que constituya una culpa grave del prometido; si bien debe adoptarse un sistema amplio de reparación para el caso de que la ruptura de la promesa matrimonial importe una grave lesión a los intereses personales de cualesquiera de los prometidos, sin que hubiera falta de su parte, acordándosele a este último una suma de dinero a título de reparación del agravio moral sufrido, si la otra parte es culpable (art. 93, 1º p., Cód. Civil suizo).

El doctor Lafaille manifiesta que la proposición del doctor Spota así formulada, asume un carácter más concreto y sería cuestión de considerar las ventajas que ofrecería establecer un régimen especial para los esponsales y exigir para mayor seriedad ciertas formas, como la escrita, por lo menos. En el caso que así se admitiera, también debería determinarse si debe ser reparado el agravio moral y cual sería la medida del mismo. Convendría que el doctor Spota redactara algunas proposiciones que, una vez aprobadas, podrían aconsejarse

como una segunda parte del art. 338. Debe reconocerse por de pronto, que el Proyecto ha modificado el sistema del Código vigente y representa un adelanto cuando aplica en esta materia el régimen general; pero, podría convenir decirlo de una manera más explícita.

Se resuelve considerar esta iniciativa en la próxima reunión, en la cual se estudiarán proposiciones concretas sobre la materia.

PUNTO 6° — El doctor Lafaille hace presente que, si bien la adopción que introduce el Proyecto, asimila en general, este vínculo al de padres e hijos legítimos, por lo que respecta a los impedimentos para el matrimonio, desaparecen conforme al art. 480, inc. 4°.

Impedimentos.
Adopción. (Art.
339).

El doctor Galli se refiere a lo dispuesto en el art. 480, inc. 4°, según el cual desaparece el vínculo de la adopción cuando las personas unidas por él contraen matrimonio. De ahí que pregunte si la adopción implica, en realidad, un impedimento.

El doctor Lafaille expresa que todo el problema radica en determinar si conviene o no suprimir dicho precepto, o sea, si hay ventaja en prohibir el matrimonio entre adoptante y adoptado.

El doctor Rayces manifiesta que se inclina por la prohibición.

El doctor Lafaille observa que convendría tratar el punto cuando se estudie el título de la adopción, para examinar el instituto en su conjunto.

El doctor Spota se refiere a la orientación del derecho comparado en la materia, tendiente a establecer como impedimento el vínculo derivado de la adopción y considera que ello tiene bases morales que convendría observar, salvo la dispensa en ciertas situaciones excepcionales. Trae a colación lo proyectado en Italia sobre la materia (art. 93 del lib. 1° del “Progetto definitivo”, incs. 5° a 9°), donde se prohíbe el matrimonio entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes; entre los hijos adoptivos de la misma persona; entre el adoptado y los hijos del adoptante, entre el adoptado y el cónyuge del adoptante; y, por fin, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado. Convendría, entonces, inspirarse en sis-

temas como éste, concordante, por lo demás, con la solución que arroja el derecho comparado.

El doctor Lafaille manifiesta que en el sistema expuesto se ha querido asimilar la familia adoptiva a la familia legítima. De ahí el impedimento, que, por lo menos, necesitaría la dispensa para poder celebrar el matrimonio, organizando un régimen especial, ya que el Proyecto no lo contiene. Otro sistema sería el de la Comisión: dicho vínculo se rompe por el solo hecho de casarse, de suerte que el impedimento del matrimonio —si se mantuviera— carecería aquí de sanción, como sucede en Alemania.

Se resuelve postergar este punto para ser estudiado al tratar la adopción.

Impedimentos.
Parientes consanguíneos del tercer grado. (Art. 339, inc. 2°).

PUNTO 7° — El doctor Spota pone de relieve que el Proyecto prohíbe el matrimonio entre dementes; en ese caso, no hace funcionar los principios de la nulidad, ya que evita que el matrimonio mismo se celebre. Ello quiere decir que el criterio que privó en la Comisión Reformadora fué evitar matrimonios que procrearán tarados, ya que se sabe que, generalmente, la descendencia entre parientes de grado muy próximo es de condición defectuosa desde el punto de vista eugenésico. De ahí la conveniencia de prohibir los matrimonios entre tíos y sobrinos. Añade que no deja de tener en cuenta que la extensión de los impedimentos puede no ser ventajosa ya que podría tener como resultado un aumento del número de relaciones ilegítimas. Pero, en el derecho comparado existe la tendencia de prohibir estas uniones, salvo dispensa. Y, por lo demás, estima de suficiente peso la ventaja que para la stirpe radica en prohibir matrimonios entre parientes consanguíneos del tercer grado.

El doctor Galli dice que ha compulsado la legislación comparada con el siguiente resultado: no autorizan el matrimonio entre tíos y sobrinos los códigos suizo (art. 100), holandés (art. 88, inc. 2°), francés (art. 163), el proyecto italiano (art. 93, inc. 3°), el Esboço de Freitas (art. 1277, inc. 5°). Los códigos del Perú (art. 83, inc. 2°) y del Brasil (art. 183, § IV), establecen el impedimento de parentesco hasta el tercer grado y el código español lo extiende al cuarto grado (art. 84), siendo de advertir que el anterior código peruano no contenía la prohibición (art. 142, inc. 3°). Únicamente ha encontrado la

prohibición limitada a los hermanos en el código de Bolivia (art. 92), en el alemán (art. 1310) y en la legislación argentina.

Se resuelve modificar el inc. 2º, del art. 339, así: “la consanguinidad entre hermanos, tíos y sobrinos, legítimos o ilegítimos, aunque sea de un solo lado”.

A moción del mismo doctor Lafaille y de otros miembros, se acuerda considerar en la próxima reunión si conviene establecer o no un régimen de la dispensa, incluyéndose en el Orden del Día de la reunión próxima el siguiente punto: “Si, teniendo en cuenta que ha quedado aprobada la proposición en cuya virtud constituye impedimento para contraer matrimonio el parentesco del tercer grado, sea legítimo o ilegítimo, sea bilateral o unilateral, conviene organizar un régimen de dispensa para tal impedimento y otros análogos”.

PUNTO 8º — El doctor Spota al referirse a lo expresado en la materia por Bibiloni, manifiesta que aprecia debidamente las razones expuestas por el autor del “Anteproyecto”. Pero observa que se traen antecedentes de países de costumbres que no son todavía las nuestras, ya que no se ha llegado a ese nivel tan alto como, v. gr., el de Suiza. En ese país, el número de las uniones legítimas es infinitamente superior al de las ilegítimas, lo cual, por desgracia, no es el caso del nuestro, que, en razón de su gran extensión, climas tan variados y nivel social o costumbres tan distintas, requiere una legislación que concuerde con esas realidades. No es posible cerrar los ojos y no querer ver esas uniones que se realizan a una edad inferior a la contemplada en el Proyecto. Ciertamente es que la ley debe tratar, en lo posible, de que los matrimonios se realicen a la edad necesaria para que los “*onera matrimonii*” sean convenientemente soportados y se alcance la finalidad biológica, es decir, una descendencia sana y no tarada. Pero, cuando la unión sexual y el embarazo consiguiente se han producido, ya no es posible mantener el límite de la edad. Menos aún puede alegarse que el hijo de la menor soltera no sufre en su reputación por su poca edad y porque se trata de esperar pocos años para que el enlace sea posible, ya que a nadie se le escapan las desventajas e inconvenientes de una situación tan especial. Todo induce, por lo tanto, a que se dispense la edad en esos supuestos o en otros de cariz tanto

o más grave, v. gr., en los de estupro, cuando su autor ofrezca contraer enlace con la víctima y ésta y sus representantes lo consientan.

El doctor Galli trae a colación el régimen de la dispensa establecido en esos casos en las leyes extranjeras, como la peruana, la suiza, el proyecto italiano.

El doctor Lafaille entiende que el sistema de dispensa por la autoridad judicial es el que ofrece menos inconvenientes, comparado con el sistema de la dispensa por las autoridades administrativas. Habría que oír a los representantes legales aún cuando no hubieran deducido oposición, ya que, en supuestos especiales, los padres o tutores puedan estimar inconveniente el matrimonio, sin tener elementos para usar de aquel derecho.

El doctor Rayces opina que si los representantes legales se oponen, el Juez debe decidir pesando las razones de la oposición.

El doctor Spota manifiesta que, en el caso del embarazo de la menor, se halla de por medio la situación de una tercera persona a contemplar: el nuevo ser, el cual conviene que tenga asegurada su filiación legítima.

Se resuelve postergar la consideración de este punto hasta la próxima reunión.

Convenciones matrimoniales otorgadas en el extranjero. Validez y efecto. (Art. 337, inc. 3º).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Proposición del doctor Vico para que en substitución del inc. 3º, del art. 337, se restablezca lo determinado en el sistema vigente en el título de la sociedad conyugal, a los fines de que la validez y efectos de las convenciones matrimoniales otorgadas en el extranjero se rijan por la ley del lugar en que hubieren sido celebradas.

Régimen de bienes. (Art. 337, inc. 4º).

PUNTO 2º — Proposición del doctor Vico a fin de que en el inc. 4º, y en sus diversos apartados del art. 337, en reemplazo del sistema proyectado, se adopte el que surge del Tratado de Montevideo, es decir, con el objeto de que sea para muebles como para inmuebles, los bienes de los cónyuges se rijan por la ley del domicilio que éstos hayan establecido o

convenido antes de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, el domicilio del marido en el momento de efectuarse aquél.

PUNTO 3º — Proposición del doctor Spota, con respecto al art. 338, a fin de que teniendo en cuenta que la Comisión ha aceptado en su exposición de motivos las acciones resarcitorias por ruptura de la promesa de matrimonio y que suprime el texto del art. 8º de la ley de matrimonio civil, se reglamente tal acción de resarcimiento de los daños materiales y morales ocasionados por dicha ruptura de promesa matrimonial. Se considerará si las indemnizaciones por ruptura de promesa matrimonial sólo proceden en el caso de que se acredite esta última mediante convenio escrito u otra prueba que ofrezca semejante seguridad jurídica y, además, si el resarcimiento debe comprender el daño moral y en que medida. También se estudiarán otras cuestiones conexas.

PUNTO 4º — Proposición de varios miembros de la Sección, en el sentido de que se estudie, si en vista de haber sido aprobada la proposición según la cual constituye impedimento para contraer matrimonio el parentesco del tercer grado, sea legítimo o ilegítimo, sea bilateral o unilateral, conviene organizar un régimen de dispensa de tal impedimento.

PUNTO 5º — Proposición del doctor Spota a fin de que en el inc. 4º, del art. 339, se dispense de la edad requerida en casos de motivos graves, entre los cuales hallaríase el supuesto de que la mujer menor hubiere quedado en cinta.

PUNTO 6º — Proposición del doctor Galli para que, en el art. 339, inc. 8º, se considere si la expresión “excluyente de discernimiento”, hace inoficioso que se agregue “o de la voluntad”, ya que la falta de discernimiento implica la inexistencia de la voluntad.

PUNTO 7º — Indicación del doctor Rayces para que se examine si es necesario considerar en la nómina de los impedimentos el caso del inc. 8º, del art. 339, cuando la falta de discernimiento o de la voluntad ya sería un óbice para la validez de cualquier acto jurídico y aun de cualquier acto voluntario.

PUNTO 8º — Proposición del doctor Spota para que se considere en su debido tiempo, que sería al tratar de la oposición, si en los casos de falta de discernimiento a que se

Promesa de matrimonio. Acción resarcitoria. (Art. 338).

Impedimentos. Parientes consanguíneos del tercer grado. Dispensa. (Art. 339, inc. 2º).

Impedimentos. Requisito de la edad. Dispensa. (Art. 339, inc. 4º).

Impedimentos. Falta de discernimiento o de la voluntad. (Art. 339, inc. 8º).

Impedimentos. Falta de discernimiento o de la voluntad. Validez de actos jurídicos. (Art. 339, inc. 8º).

Impedimentos. Falta de discernimiento. Intervención del ministerio público. (Art. 339, inc. 8º).

refiere el art. 339, inc. 8º, no fuese conveniente que se oyera al ministerio público antes de suspender la celebración de un matrimonio, recabando la conformidad de aquél.

Impedimentos.
Divorcio. Supresión
del inciso 10. (Art
339 y del 386).

PUNTO 9º — Proposición del doctor Vico para que se suprima el inc. 10 colocado al pie del art. 339, así como el art. 386 de su referencia. (Hace notar que la referencia del art. 385 constituye un error material: se trata, en realidad, del art. 386).

Matrimonio contraído sin venia. Sanción. (Art. 341).

PUNTO 10. — Proposición del doctor Vico para que se considere si corresponde suprimir la sanción que contiene el art. 341 o por lo menos limitarla.

Deber de cohabitar.
Exención. Plazo para
solicitarla. (Art.
362).

PUNTO 11. — Proposición del doctor Rey a fin de que se estudie la conveniencia de establecer un plazo de caducidad con respecto a la facultad de la esposa de solicitar del Juez que la exima de la obligación de habitar con el marido, cuando existan causas graves que lo justifiquen o medie cambio de domicilio.

REUNION N° 47

—Buenos Aires, treinta de junio de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Dalmiro A. Alsina, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Convenciones matrimoniales otorgadas en el extranjero. Validez y efecto. (Art. 337, inc. 3º).

PUNTO 1º — Se resuelve no considerar en la presente sesión este punto, así como todos los otros propuestos por el doctor Vico, en razón de no haber éste concurrido, quedando postergados, por lo tanto, también los puntos 2º, 9º y 10º.

PUNTO 3º — El doctor Spota hace presente que redactó un proyecto sobre la materia de los esponsales, el cual fué oportunamente remitido a los señores miembros de la Sección. Recuerda que en la reunión anterior se refirió al principio que acepta el Proyecto, en el sentido de que jamás hay acción para el cumplimiento de los esponsales. Entiende que tal principio es, de “jure condendo”, conveniente, ya que se debe reaccionar, como reacciona el Proyecto, contra esa tendencia del derecho anglo-sajón y canónico, los cuales acordaron gran vigor a la promesa de matrimonio desde que, si bien no obligan a los prometidos a contraer enlace, daban a dicha promesa una eficacia jurídica considerable. Agrega que, a pesar de que el principio sentado en el Proyecto es exacto y por ello debe mantenerse, convendría reglamentar los efectos jurídicos de la promesa de matrimonio, puesto que tal estipulación no se prohíbe. Expresa al respecto que los principios reglamentarios de las acciones por daños en virtud de los delitos o cuasidelitos no son los más adecuados a esta materia, dado que no siempre es fácil determinar el dolo o la culpa necesarios para que exista el acto ilícito. Además, indica que, contrariamente a cierta parte de la doctrina, no participa de la idea según la cual la promesa de matrimonio no puede constituir un contrato basándose en que el principio esencial es el de la libertad de los contrayentes, desde que el arrepentimiento debe ser posible hasta el último instante anterior a la realización del matrimonio. En cambio, considera con la doctrina de los autores y la jurisprudencia alemana, así como con la doctrina y jurisprudencia dominante entre los italianos —aparte de Jossérand en Francia— que en la promesa de matrimonio hay una verdadera vinculación jurídica de un aspecto muy especial que no da derecho a obligar a ninguno de los prometedores a contraer matrimonio; es decir, que la vinculación puede resolverse por cualquiera de los prometidos, pero que tal resolución acarrea consecuencias jurídicas que difícilmente se explicarían por el sistema regulatorio de las indemnizaciones por delitos o cuasidelitos. Por lo demás, si la ley acuerda la facultad de resolver la promesa de matrimonio, ya que éste requiere siempre el mutuo consentimiento de los contrayentes, ¿cómo puede verse un acto ilícito en el ejercicio de una facultad legal? Si el Proyecto

Promesa de matrimonio. Acción rescisoria. (Art. 338).

pretendiera reglar esta materia por la simple aplicación de los principios que rijen la reparación de los daños por actos realizados mediante culpa aquiliana, sería, evidentemente, defectuoso y se justifica aún más la necesidad de reglar independientemente la materia de los esponsales. Es, entonces, necesario separar la situación derivada de la culpa aquiliana, de aquella otra que tiene un cariz neto de vinculación jurídica contractual o precontractual, puesto que la posibilidad de que un acto ilícito sea concomitante con la ruptura injustificada de la promesa matrimonial no altera la naturaleza jurídica de esta última.

El doctor Lafaille pone de relieve que la Comisión Redactora no ha pretendido aplicar a estas situaciones las reglas de los actos ilícitos. Con el caso tiene, en cambio, más similitud el art. 794 que habla del valor de la propuesta de un contrato; y si bien el matrimonio no es propiamente tal, ofrece gran similitud ya que pertenece a la categoría de los actos jurídicos bilaterales, género dentro del que estarían comprendidas ambas figuras. Entonces podría aplicarse la norma, en cuya virtud el incumplimiento responsabiliza al prometiende. Si hubiéramos de emplear aquí, la terminología propia de los derechos patrimoniales, habría algo más que una oferta o pollicitación, puesto que el consentimiento de ambas partes, vendría a caracterizar un pre-contrato o contrato preparatorio. Pero si bien no ha sido ese el propósito que inspiró a los autores del Proyecto, podría haber dudas sobre este y otros puntos, a pesar del informe escrito y de la supresión del actual art. 8º; de ahí las ventajas de uno o varios preceptos aclaratorios. Considera, sin embargo, que con prescindencia de toda modificación, está bien claro que la promesa de matrimonio daría lugar a responsabilidades.

El doctor Spota hace notar que en la interpretación de tales principios podría llegarse a sostener que, en definitiva, el fundamento de la responsabilidad en que incurre quien rompe la promesa matrimonial, sería de índole aquiliana como lo entendió la corte de casación francesa en un fallo que ha fijado jurisprudencia rechazando las ideas de Merlin y Toullier. De ahí la necesidad, según la doctrina y jurisprudencia francesa, de probar la culpa o dolo, es decir, el elemento extrínseco a la promesa. En cambio, si se entendiera que existe vincu-

lación jurídica, el sólo hecho del incumplimiento da lugar a la obligación de reparar los perjuicios incidiendo el “onus probandi” sobre el que alegue el justo motivo para la ruptura de los esponsales.

El doctor Lafaille insiste en que esta materia está gobernada por los principios de los actos jurídicos bilaterales en cuanto fueren pertinentes. Agrega que, con respecto al proyecto presentado por el doctor Spota, está, en general, de acuerdo, ya que considera acertadas sus disposiciones. Cree, a pesar de ello, que dentro de la técnica del Proyecto, que es muy sintético, habría que condensar un poco más; ya que muchas de esas disposiciones se pueden expresar con menos palabras; pero, tratándose de una cuestión de forma, ella es relativamente secundaria.

Se da luego lectura al siguiente proyecto presentado por el doctor Spota:

Promesa de matrimonio

Art. 338. — No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio. (No modificado).

Párrafo 1º. La promesa de matrimonio debe constar en instrumento público o en documento privado otorgado por persona mayor de edad o por el menor que hubiere obtenido, al efecto, la venia del autorizado para concederla, de conformidad con lo dispuesto en el art. 340, o bien, resultar de una ceremonia realizada de conformidad con las costumbres.

Conc.: art. 139, Código Civil mejicano, promulgado en agosto 30 de 1928, art. 86, lib. 1º; proyecto definitivo de Cód. Civil y art. 53, Cód. Civil italiano vigente. La teoría contractual en materia de esponsales (“Vertragstheorie”) predominó en la doctrina y jurisprudencia alemanas (v. los comentarios de Planck, Strohal y otros “Plank’s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, Berlin-Leipzig, 1928, t. 4, 1ª parte, p. 8 y ss., núm. 1). En todo caso se trataría de un precontrato (“Vorvertrag”) sin fuerza jurídica. (Ehrenzweig, A. y A., “System des österreichischen allgemeinen Privatrechts”, Viena, 1937, 2ª ed.; t. 2, parte 2ª, p. 15, tex. y n. 8).

Párrafo 2º La promesa de matrimonio resultará, además, del pedido de publicaciones a que se refiere el art. 342.

Conc.: artículo 86, lib. 1º, Proyecto italiano, cit. (Com.: De Page, Henri "Traité élémentaire de droit civil belge", Bruselas-París, 1933, t. 1, p. 513, n° 568, quien observa que "bajo el nombre de promesas de matrimonio, los oficiales de los registros del Estado Civil, califican en las *publicaciones* previas al matrimonio a los proyectos de los futuros esposos". En contra, también: Rossel, Virgile, "Code Civil suisse", Lausana, 1937, p. 41, n° 1).

Párrafo 3º. Será de ningún valor la cláusula penal estipulada por uno de los prometidos o por un tercero para el caso de incumplimiento de la promesa de matrimonio y no habrá derecho a exigir cualquier otra convención, que para este último supuesto hubiesen acordado las partes o los terceros.

Conc.: § 1297, Cód. Civil alemán; art. 84, lib. 1º, Proyecto italiano cit. Aún cuando la cláusula penal sólo se hubiere estipulado como estimación del interés negativo (los así llamados *negativen Interessen* de la doctrina alemana: Planck-Strohal, op. cit., t. 4, parte 1º, p. II, coment. § 1297). Es indispensable, entonces, evitar cualquier género de coacción en esta materia (Azara, Antonio, "Diritto della persone e diritto di famiglia nel progetto di riforma del Codice Civile", Roma, 1935, p. 117). Tal es, por lo demás, lo que se desprende del art. 166, inc. 3º, del Proyecto.

Párrafo 4º El que rehusa cumplir su promesa de matrimonio, sin motivos justos (1), o difiera indefinidamente su cumplimiento (2), debe pagar a la otra parte una indemnización equitativa por los gastos que esta última ha hecho de buena fe en vista al matrimonio (3). También estará obligado, para con el otro prometido, a reparar el perjuicio que resulte a éste de lo que en previsión del matrimonio haya dispuesto respecto de sus bienes o de sus medios de existencia, en la medida en que sean razonables estas disposiciones, con arreglo a las circunstancias (4) y a la condición y recursos de las

(1) Cód. Civil suizo, art. 92. El Cód. Civil mejicano, art. 143, habla de "causa grave".

(2) Código Civil mejicano, art. 143, 1º parte.

(3) Cód. Civil suizo, art. 92; § 1298, Cód. Civil alemán.

(4) Cód. Civil alemán, § 1298. — Proyecto italiano, art. 86. — Se excluye, entonces, todo lucro cesante. Azara, p. 118).

partes (5). El mismo resarcimiento corresponde al prometido que rehusa, con justo motivo (6), cumplir la promesa de matrimonio, en virtud de una culpa imputable a la otra parte (7).

Párrafo 5º. En todos los casos en que uno de los prometidos, sin causa grave de su parte, no cumpla el compromiso convenido, deberá al prometido inocente, a título de reparación moral, una indemnización en dinero, cuando por la duración del noviazgo, la intimidación establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio, u otras causas semejantes, la ruptura de los esponsales causa un grave daño a la reputación del prometido inocente (8). La acción que corresponde a este último no puede cederse; pasa a los herederos si ha sido reconocido el derecho del prometido inocente o si ya había éste deducido la acción resarcitoria antes de la apertura de su sucesión (9).

Párrafo 6º La ruptura de los esponsales da derecho a los prometidos a reclamarse los presentes o donaciones que se hubieren hecho, rigiendo los principios regulatorios del enriquecimiento sin causa (10). Si la ruptura de los esponsales se produce por causa de muerte de uno de los prometidos, en caso de duda, se presume que no debe efectuarse la restitución (11).

Párrafo 7º Las acciones otorgadas en los tres párrafos precedentes prescriben al año de verificarse la ruptura de los esponsales (12).

Con relación al párrafo 1º de su proyecto, manifiesta el doctor Spota, que, siguiendo las observaciones de Azara en su

(5) Proyecto italiano, art. 86 y art. 143; Cód. Civil mejicano.

(6) Proyecto italiano, art. 86.

(7) Cód. Civil suizo, art. 92. El § 1299 habla de falta que constituya causa grave (einen wichtigen Grund); el art. 143, Cód. Civil mejicano, también se refiere a un "motivo grave".

(8) Cód. Civil mejicano, art. 14; Cód. civil suizo, art. 93.

(9) Cód. Civil suizo, art. 93; y art. 882 del Proyecto. Comp. § 1300, Cód. Civil alemán, que limita la acción al supuesto de que medie cohabitación.

(10) Cód. Civil suizo, art. 94; Cód. Civil alemán, § 1301; Cód. Civil mejicano, art. 145; Proy. italiano, art. 85, 1ª parte.

(11) Cód. Civil alemán, § 1301.

(12) Cód. Civil suizo, art. 95; Cód. Civil mejicano, arts. 144 y 145; Proyecto italiano, arts. 85 y 86. Comp. Cód. Civil alemán, § 1362.

comentario al libro 1º del Proyecto de Código Civil italiano, ha considerado que la promesa de matrimonio puede perfectamente resultar de una ceremonia realizada de acuerdo con las costumbres, ya que muchas veces es más notoria la concertación de los esponsales pactados en esa forma que la resultante de instrumentos públicos o privados.

El doctor Lafaille con relación al párrafo 2º estima que podría amalgamarse con el primero.

El doctor Spota considera que es atinada la observación del doctor Lafaille. Agrega que debe asimilarse a este supuesto o al contemplado en la parte final del párrafo 1º, el caso de que los futuros contrayentes concurren ante los ministros de un culto y suscriban allí documentos en vista al matrimonio religioso, ya que allí hay verdadera promesa de matrimonio.

En lo que respecta al párrafo 3º, considera el doctor Lafaille más adecuado referirse a “cualquier pacto” en vez de la expresión “convención” por ser la primera más genérica.

El doctor Rayces expresa que debe ser nulo cualquier pacto que tienda a obligar a los esposos al cumplimiento de la promesa.

El doctor Spota manifiesta que cualquier pacto que reconozca su causa jurídica en la promesa, debe ser nulo. La referencia a la cláusula penal se explica, porque debe impedirse que, so pretexto de una previa o convencional estimación de daños, se esté, en realidad, coaccionando a uno de los prometidos para que contraiga enlace.

El doctor Lafaille hace presente que la prohibición alcanza a la cláusula penal que pudiera constituir un tercero, por lo que sería conveniente establecerlo y aclararlo, a los fines de que esta institución nueva no ofrezca dificultades.

Con relación al párrafo 5º, el doctor Lafaille expresa que no siendo la base de la reparación la existencia de un acto ilícito, podría discutirse, si no se establece expresamente, si corresponde el resarcimiento del agravio moral. Existe una serie de ejemplos que podría suprimirse, aunque la novedad de la reglamentación lo explica.

El doctor Spota indica que, además, se quiere limitar el arbitrio judicial.

El doctor Lafaille, con relación a la parte final del párra-

fo 5º, estima que podría consignarse que la acción resarcitoria será de carácter estrictamente personal y que se aplicarán los artículos que, en materia de actos ilícitos, reglan situaciones como la reparación por injurias. Ello no importaría, sin embargo, acordar al resarcimiento una base delictual.

El doctor Rey manifiesta que las disposiciones proyectadas por el doctor Spota son justas sin duda alguna, si bien entiende que serán de escasa aplicación práctica, en razón del concepto moral que, en general, se tiene en nuestro medio ambiente acerca de esas situaciones.

El doctor Lafaille cree que podrán aplicarse sobre todo en casos verdaderamente abusivos como con frecuencia se han registrado en los tribunales extranjeros. En principio, expresa su conformidad con las disposiciones proyectadas, sin perjuicio de las salvedades que deja formuladas.

El doctor Rayces, con relación al plazo de la prescripción, entiende que el mismo debe abreviarse.

El doctor Lafaille manifiesta que debe expresarse en el párrafo 7º que los derechos conferidos dentro de los precedentes caducan al año de producirse la ruptura.

El doctor Rey propone que se reduzca el plazo a seis meses, lo cual es aceptado y, a proposición del doctor Lafaille, se decide que se trata de un término de caducidad.

En consecuencia, se aprueba en principio el proyecto presentado por el doctor Spota, con las limitaciones y salvedades consignadas precedentemente.

El doctor Spota, con relación al art. 339, expresa que hay conveniencia en establecer como impedimento para contraer matrimonio la existencia de enfermedades repugnantes en cualquiera de los que pretendan contraer enlace. Habría, entonces, necesidad de que el nuevo Código se refiera a la ley de profilaxis vigente en esta materia. Recuerda, además, el estudio concordante realizado por el doctor Díaz de Guijarro y la conclusión a que arribó el Segundo Congreso de Derecho Civil de Córdoba, así como las ideas que, en la materia, expuso el doctor Lafaille en dicho Congreso.

El doctor Lafaille observa que la Comisión Redactora no tuvo presente la ley núm. 12.331, de profilaxis antivenérea, por haber sido sancionada con posterioridad a la elaboración del Proyecto, ya que sólo regía entonces la núm. 11.359 relativa

Impedimentos. Leyes de profilaxis. (Art. 339).

a la lepra. Se ha creado así un requisito para contraer matrimonio —el examen médico prenupcial—. Lógico sería, dentro de este régimen, establecer que, tanto la lepra como las enfermedades específicas que puedan afectar al otro cónyuge o a la prole, constituya un impedimento, y así lo aprobó el reciente Congreso de Derecho Civil celebrado en Córdoba. Es menester que el Código contenga disposiciones al respecto, porque su silencio podría ser justamente interpretado como una abrogación (art. 2144 del Proyecto).

Dentro del derecho canónico —inspirado en consideraciones de orden espiritual y ético— tales impedimentos no existían. Para el matrimonio civil pueden prevalecer en cambio, argumentos de orden social o de simple higiene, que determinen la prohibición de tales uniones, negándoles el sello del Estado.

El doctor Rey hace presente que en la ley de profilaxis predominan las disposiciones de carácter administrativo y penal y que la misma está sujeta a cambios y modificaciones por su propia índole. Por ello no estima conveniente incluir sus disposiciones en un Código Civil.

El doctor Lafaille indica que en el Código Civil brasileño no se ha establecido el impedimento derivado de la existencia de enfermedades contagiosas susceptibles de producir efectos perniciosos en el otro cónyuge o en la prole; pero sí, una causal de anulabilidad, como caso de error esencial (art. 219, III), siempre que tal circunstancia hubiera sido ignorada por el otro contrayente. Comparados ambos sistemas, el segundo se presta a la objeción de dejar librada al criterio de los particulares una cuestión en que tiene interés el orden social; los serios inconvenientes, para la prole son, asimismo, muy de tenerse en cuenta.

El doctor Rey propone que en último caso se consideren impedimentos aquellas enfermedades que leyes especiales determinen, lo cual tiene la ventaja de coordinar el Código con esas leyes.

El doctor Lafaille, en el sentido expresado por el doctor Rey, cree conveniente formular el impedimento, pero refiriéndose a las leyes dictadas o a dictarse, las cuales se sancionarían a medida que las necesidades lo exigieren. La lepra es una verdadera plaga en ciertas regiones del país y debe impedirse matrimonios entre estos enfermos. De ahí que propone que

se establezca como impedimento la existencia de enfermedades contagiosas para el otro cónyuge o para la prole que determinarán las leyes especiales del Congreso; habría que suprimir el artículo correspondiente en el título de las nulidades, porque ya no será un impedimento que convierta en anulable el matrimonio, pero un extremo que debe llenarse para celebrarlo.

El doctor Alsina pregunta si es bastante una razón de eugenesia, para privar de su filiación legítima a los hijos que resulten de matrimonios celebrados entre personas afectadas de ese género de enfermedades.

El doctor Lafaille hace notar que en mucho solucionan tal situación las reglas del matrimonio putativo, para los cónyuges de buena fe y los hijos. Por otro lado, serían aplicables los principios de la filiación natural, si no hay otros impedimentos. En todo caso, debe dejarse constancia de que tampoco sería una causa de dispensa, admitiendo que ella fuera reglamentada.

Queda incluído el nuevo impedimento de acuerdo con lo expresado por los doctores Lafaille y Rey, es decir, considerando como tal las enfermedades que puedan afectar al otro cónyuge o a la prole, contempladas en las leyes de la Nación dictadas o que, en lo sucesivo, se dictaren.

PUNTO 4º — El doctor Spota estima que es conveniente regular la dispensa, haciendo notar que casi todas las legislaciones así lo han hecho; algunas la confieren al rey, como la italiana; otras, a las autoridades administrativas o judiciales. Entiende que, en nuestro caso, la dispensa debería ser conferida al magistrado, oyendo a los parientes.

El doctor Lafaille dice que considerados los diversos sistemas que contiene el derecho comparado, la facultad de acordar la dispensa debe conferirse al poder judicial, por cuanto éste ofrece mayores garantías.

El doctor Spota hace presente que las legislaciones que confieren la facultad de otorgar la dispensa a la persona colocada en el lugar más elevado de la organización constitucional del país —entre nosotros, el Presidente de la República o los Gobernadores de provincias, según las respectivas jurisdicciones— deben haber tenido en cuenta la necesidad de que la dispensa se acuerde excepcionalmente. Pero cree que es

Impedimentos
Parientes consan-
guíneos del tercer
grado. Dispensa.
(Art. 339, inc. 2º).

a la autoridad judicial a la que habría que acordar tal facultad.

El doctor Lafaille agrega que si se admite la dispensa, se presenta la cuestión de saber cuáles serían los impedimentos susceptibles de ella. Se tendría, en realidad, otro régimen parecido al de los impedimentos impeditivos o dirimentes, y, dentro de ellos, la subdivisión de dispensables e indispensables.

El doctor Spota manifiesta que uno de los dispensables sería el que se establece en el inc. 4º, del art. 339.

El doctor Lafaille agrega que también debe serlo el de la consanguinidad en tercer grado.

El doctor Spota pregunta si el impedimento derivado de la afinidad en línea recta —que en el derecho de la iglesia católica sólo es de creación eclesiástica y, por ende, dispensable ya que no es de derecho divino (canón 1043), tal como lo estimó recientemente la corte de casación italiana por sentencia de enero 19 de 1938 (“Giurisprudenza italiana”, 1938, 2ª parte, col. 83 y nota de A. C. Jemolo con respecto a si existe o no incesto, penado como delito en la legislación italiana)— debe o no ser dispensable y, mejor, si hay o no conveniencia en admitir tal dispensa en el caso de que la unión tuvo lugar y nacieron hijos que no gozarían nunca de filiación legítima.

El doctor Rayces hace presente que se trata de una cuestión de sensibilidad moral.

El doctor Lafaille considera que tal unión choca a veces tanto como la posible entre tíos y sobrinos.

El doctor Spota observa que la dispensa permite tener en cuenta todas las circunstancias y si es justa y conveniente ante la existencia de hijos y casos semejantes.

El doctor Lafaille hace notar que se podría provocar la dispensa con la cohabitación o el embarazo; el juez se vería así casi forzado a concederla.

El doctor Alsina manifiesta que, a su juicio, hasta ahora no se ha experimentado la necesidad de modificar, en este punto, el sistema vigente del matrimonio.

El doctor Lafaille formula la advertencia de que no se ha difundido en el derecho comparado.

El doctor Spota hace notar que en el Proyecto italiano,

art. 93, "in fine", libro 1º, es indispensable tal impedimento, cuando la afinidad deriva de un matrimonio anulado, debiendo tenerse, además, en cuenta, que el art. 100, inc. 3º, del Código Civil suizo mantiene el impedimento también en ese caso. Pero, aún existiría otra razón a contemplar: la necesidad de acordar filiación legítima y no incestuosa a los descendientes.

El doctor Lafaille indica que esa prole tiene una situación considerablemente mejor en el Proyecto; en este sentido la reforma implica también un progreso con respecto al Código actual.

Se resuelve propiciar la dispensa únicamente para los casos de matrimonios entre los tíos y sobrinos y para el supuesto de que uno o ambos contrayentes no tengan el límite de edad que sanciona el inc. 4º. Tal dispensa será concedida por la autoridad judicial y siempre se otorgará con audiencia de los representantes legales, aplicándose respecto a los parientes las mismas reglas en cuanto a la oposición.

PUNTO 5º — El doctor Lafaille considera que debe dispensarse del impedimento establecido en el inc. 4º, del art. 339, cuando medien motivos graves, sin necesidad de enumerarlos, ya que v. gr., la menor puede quedar encinta, o bien, ser simplemente desflorada o violada.

Se aprueba la proposición del doctor Spota de conformidad con las precedentes consideraciones del doctor Lafaille.

PUNTO 6º — El doctor Rayces expresa que no entra a considerar la proposición del doctor Galli, porque su ponencia va más allá en el sentido de que el inc. 8º, del art. 339 debe desaparecer; hace presente que en la sesión anterior preguntó si aquí se está en presencia de un caso de anulación del matrimonio en el supuesto de que se llegue a comprobar que, en el momento de realizarlo, uno de los contrayentes se encontraba en un estado excluyente del discernimiento o de la voluntad. Añade que se le indicó que la intención que se tuvo fué prevenir el matrimonio; observa que a eso contestó algo que no consta en el acta respectiva, quizá por haberse realizado tal cambio de ideas después de levantada la sesión. Entiende que la norma en cuestión puede, en la práctica, presentar inconvenientes muy serios, porque haría posible que en el momento de ir a contraer el enlace cualquier mal intencionado podría atribuir enfermedades a uno de los contrayen-

Impedimentos.
Requisito de la
edad. Dispensa.
(Art. 339, inc. 4º).

Impedimentos.
Falta de discerni-
miento o de la vo-
luntad. (Art. 339,
inc. 8º).

tes. Observa que en el Proyecto definitivo del Código italiano se resuelve suprimir una norma semejante a ésta que contenía el primitivo proyecto por razón —seguramente— análoga a la que acaba de expresar.

El doctor Lafaille propone no tratar la proposición del doctor Galli hasta que éste concurra; pero, entiende que conviene meditar sobre el sistema auspiciado en el Proyecto, que se basa en la necesidad de impedir que se autorice el matrimonio, cuando uno o ambos contrayentes sufran perturbaciones mentales.

El sistema que convierte este casamiento en anulable, no salva la dificultad, por motivos que ya se han expresado. Quizá la solución consistiera en exigir a los que pretendan contraer matrimonio el pertinente certificado de salud mental. Debe tenerse presente, además, que muchas personas no son sometidas al juicio de insania hasta por razones económicas; a pesar de ello, el demente “de facto” podría casarse, aprovechando un intervalo lúcido o en colusión con el Oficial Público. Por último, para quienes sustentamos el principio de la indisolubilidad debe tratarse de que sólo celebren justas nupcias aquellas personas que ofrezcan salud mental para que la unión legítima asegure todas las garantías de estabilidad. En cambio, los que admiten el divorcio absoluto encuentran en éste cierto correctivo, si bien incompleto.

Se resuelve postergar el punto 6º, así como los puntos 7º a 11º.

CAPÍTULO II

De los impedimentos

Matrimonio contraído sin venia. Sanción. (Art. 341).

Art. 341. — El doctor Spota pregunta si la citada norma contempla el supuesto del menor que contrae matrimonio a pesar de la oposición y sin la venia requerida, es decir, burlando al Oficial Público o con la connivencia de él.

El doctor Lafaille expresa que se trata del menor que no está provisto de la venia requerida y que se ha casado engañando al Oficial Público, v. gr. con la afirmación de que es mayor.

El doctor Spota pregunta si, aún en este supuesto, no cabría acordar al menor por lo menos el derecho de administración de sus bienes, en ciertos casos (estableciendo industria o comercio), pero sin derecho de disposición.

El doctor Lafaille hace presente que tal sería la situación de los menores emancipados, quienes no tienen derecho de disponer, pero sí de administrar; pero sin la venia carecen de ambas facultades, sin perjuicio de percibir alimentos.

El doctor Spota expresa que comprende que el menor que contrae matrimonio sin venia merece tal sanción; pero se pregunta si la misma no va más lejos que la intención del legislador al afectar a los hijos o al esposo inocente. Propone, pues, que se considere en el art. 341 la conveniencia de substituir la sanción que se establece para los menores que se casaren sin la venia o de crear una dispensa, en interés de la prole y del cónyuge no culpable.

CAPÍTULO III

De las diligencias previas

Art. 342. — El doctor Rayces indica que conviene considerar el supuesto de la imposibilidad de presentar la partida de nacimiento a que se refiere el art. 342.

El doctor Lafaille entiende que el juez, por motivos graves, podría dispensar de la presentación de la partida.

El doctor Rayces estima que conviene reflexionar si se adopta la expresión “motivos graves”, o bien, “motivos justificados”.

El doctor Lafaille considera que la palabra “grave” califica las excepciones y restringe el arbitrio judicial. El juez no podría, por cualquier excusa, prescindir de la partida; pero en esta guerra civil de España, por ejemplo, habría motivos graves, porque en ciertas provincias afectadas suele ser difícil y hasta imposible obtener esos documentos.

Se resuelve que se tendrá presente, al considerar la ponencia del doctor Rayces, si bastaría con aceptar la prueba supletoria, tal como ha sido modificada con anterioridad o si se necesitaría facilitar más dicha prueba.

Requisitos. Partida
de nacimiento.
Prueba supletoria.
(Art. 342).

Acta. Firma. Im-
presión digital.
(Art. 343).

Publicaciones. (Art.
344).

Falta de venia. Fa-
cultades judiciales.
(Art. 346).

Trámite de la ope-
sición. (Art. 348).

Oposición rechaza-
da. Causa de resar-
cimiento. (Art. 349).

Denuncia. Respon-
sabilidad. (Art.
350).

Convenciones matri-
moniales otorgadas
en el extranjero.
Validez y efecto.
(Art. 337, inc. 3º).

Régimen de bienes.
(Art. 337, inc. 4º).

Art. 343. — A indicación del doctor Spota, se acepta que, de conformidad con lo resuelto sobre los instrumentos públicos, se exija a los que no supieran firmar la impresión digital.

Art. 344. — El doctor Spota sugiere que, en el art. 344, las publicaciones se hagan extensivas al lugar donde tiene su radicación el otro contrayente.

Art. 346. — Se resuelve que deben ser suprimidas las palabras “curador” y “curatela”, porque ha sido un error tipográfico.

El doctor Spota, con referencia al mismo art. 346, propone que se considere si habría conveniencia en fijar un término preciso en vez de dejarlo al criterio judicial.

Art. 348. — A proposición del doctor Spota, se resuelve suprimir la expresión “de lo civil”.

Art. 349. — El doctor Spota propone que se considere la necesidad de establecer una causa para el resarcimiento, como ser la culpa por parte del oponente.

Art. 350. — El doctor Spota sugiere que se analice la conveniencia de responsabilizar al denunciante, aún cuando no mediare malicia, pero sí la culpa por el sólo hecho del retardo que ocasiona y por el daño moral consiguiente.

Orden del día de la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Proposición del doctor Vico para que en sustitución del inc. 3º, del art. 337, se restablezca lo determinado en el sistema vigente en el título de la sociedad conyugal, a los fines de que la validez y efectos de las convenciones matrimoniales otorgadas en el extranjero se regirán por la ley del lugar en que hubieran sido celebradas.

PUNTO 2º — Proposición del doctor Vico a fin de que en el inc. 4º y en sus diversos apartados del art. 337, en reemplazo del sistema proyectado, se adopte el que surge del Tratado de Montevideo, es decir, que sea para muebles como para inmuebles, los bienes de los cónyuges se regirán por la ley del domicilio que los cónyuges hayan establecido o convenido antes de la celebración del matrimonio o, en su defecto, el domicilio del marido en el momento de realizarse aquél.

PUNTO 3º — Proposición del doctor Galli para que, en el art. 339, inc. 8º, se considere si la expresión “excluyente del discernimiento”, hace inoficioso que se agregue “o de la voluntad”, ya que la falta de discernimiento implica la inexistencia de voluntad.

Impedimentos.
Falta de discernimiento o de la voluntad. (Art. 339, inc. 8º).

PUNTO 4º — Proposición del doctor Rayces para que se examine si es necesario considerar el caso del inc. 8º, del art. 339, cuando la falta de discernimiento o de la voluntad ya sería un óbice para la validez de cualquier acto jurídico y aún de cualquier acto voluntario.

Impedimentos.
Falta de discernimiento o de la voluntad. (Art. 339, inc. 8º).

PUNTO 5º — Proposición del doctor Spota para que se considere en su debido tiempo que sería al tratar de la oposición, si en los casos de falta de discernimiento a que se refiere el art. 339, inc. 8º, no sería conveniente que se oyera al Ministerio Público antes de suspender la celebración de un matrimonio, recabando la conformidad de aquél.

Impedimentos.
Falta de discernimiento. Intervención del ministerio público. (Art. 339, inc. 8º).

PUNTO 6º — Proposición del doctor Vico para que se suprima el inc. 10, colocado al pie del art. 339, así como el art. 386 de su referencia. Hace notar que la referencia del art. 385 constituye un error material, pues se trata, en realidad del art. 386.

Impedimentos.
Divorcio. (Supresión del inc. 10, art. 339 y del 386).

PUNTO 7º — Proposición del doctor Vico para que se considere si corresponde suprimir la sanción que contiene el art. 341 ó por lo menos limitarlo.

Matrimonio contraído sin venia. Sanción. (Art. 341).

PUNTO 8º — Proposición del doctor Spota para que se contemple en el art. 341 la conveniencia de substituir la sanción que se establece para los menores que se casaren sin la venia o de crear una dispensa.

Matrimonio contraído sin venia. Sanción. Dispensa. (Art. 341).

PUNTO 9º — Indicación del doctor Rayces para que se considere el supuesto de imposibilidad para presentar la partida de nacimiento a que se refiere el art. 342. Además, deberá tenerse presente al resolver, si sería suficiente la norma ya aceptada en materia de prueba supletoria o si convendría facilitar aún más esta última.

Requisitos. Partida de nacimiento. Prueba supletoria. (Art. 342).

PUNTO 10º — Indicación del doctor Spota para que las publicaciones a que se refiere el art. 344, se hagan extensivas al lugar donde reside el otro de los futuros contrayentes.

Publicaciones. (Art. 344).

PUNTO 11º — Proposición del doctor Spota para que se estudie la conveniencia de fijar el término durante el cual

Falta de verid. Facultades judiciales. (Art. 346).

puede el juez suspender la decisión en materia de oposiciones, según lo autoriza el art. 346.

Oposición rechazada. Causa de rescimiento. (Art. 349).

PUNTO 12º — Indicación del doctor Spota para que se considere la conveniencia de establecer en el art. 349 una causa en cuya virtud tenga lugar el rescimiento, aunque dicho precepto se refiere, como sería, por ej., la culpa en que hubiere incurrido el oponente.

Denuncia. Responsabilidad. (Art. 350).

PUNTO 13º — Proposición del doctor Spota para que en el art. 350 se sancione la responsabilidad del denunciante aún cuando no hubiere procedido con malicia, pero sí con culpa, en virtud del daño material o moral que ha ocasionado la denuncia por el retardo en la celebración del matrimonio.

REUNION N° 48

—Buenos Aires, catorce de julio de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Dalmiro A. Alsina, Fernando M. Bustamante, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Matrimonio celebrado en el extranjero. Régimen de bienes. (Art. 337, inc. 3º).

PUNTO 1º — El doctor Rayces manifiesta que, en su opinión, las disposiciones de la Reforma sobre el régimen de los bienes del matrimonio desde el punto de vista del derecho internacional privado, deben ser substancialmente modificadas. En el sistema del Código Civil vigente la validez y efectos de los contratos de matrimonio otorgados en el extranjero, se juzgan por la ley del lugar de su celebración, siempre que no contengan cláusulas inmorales y que su reconocimiento en

la República no resulte injurioso a los derechos, intereses y conveniencias del Estado o sus habitantes. Este es el sistema de los arts. 1205, 1206 y 1220. La Reforma se aparta de él; el inc. 3º del art. 337 prescribe que la validez y efecto de las convenciones matrimoniales otorgadas en el extranjero, se juzgarán según lo dispuesto en el art. 153, y este artículo estatuye, a su vez, que los actos jurídicos, en cuanto a su validez y efectos, serán exclusivamente regidos por las leyes del país, cuando hubieren de ser ejecutados en él, esto es, cuando se hubiesen realizado para cumplirse en la República. En la sesión del 23 de junio el doctor Lafaille explicó la razonabilidad de la solución proyectada en la Reforma aduciendo los argumentos de que instruye el pasaje de acta que va a leer: “Precisamente —decía el doctor Lafaille— porque es un *status*, según la acertada opinión de Savigny, no debe tomarse en cuenta el lugar de la celebración que puede ser accidental. Por el contrario, ha de considerarse un factor decisivo: que presuntivamente las partes han querido someterse a las leyes del lugar del cumplimiento que reviste de carácter permanente. Puede entonces, inferirse que *lex loci executionis* ha sido pactada tácitamente”. Cabe señalar que si bien las enseñanzas de Savigny respecto de los contratos en general son las que menciona el doctor Lafaille, no sucede lo mismo con respecto a las capitulaciones matrimoniales. En efecto, el sabio autor alemán afirma que todos están de acuerdo en cuanto al principio de que el derecho a los bienes en el matrimonio se determina según el domicilio del marido; y al contemplar el caso de que durante el matrimonio cambie el marido de domicilio, escribe: “Unos piensan que el derecho local del primer domicilio subsiste en todo tiempo, y que, por lo tanto, no puede cambiarse por la elección de un domicilio nuevo. Se aduce, ordinariamente, como motivo, que el hecho del matrimonio importa la convención tácita de que los bienes de los esposos estarán siempre regulados, según ley vigente en el domicilio del marido en la época de la celebración del matrimonio. Por mi parte considero esta opinión como verdadera...” (*Sistema del Derecho Romano actual*, trad. al castellano, ed. 1879, t. VI, p. 318). Basta la cita de ese pasaje para demostrar que no puede apoyarse en la opinión de Savigny la norma del inc. 3º del

art. 337 de la Reforma. Y probablemente tampoco podría ser apoyada en ningún otro autor, dada la naturaleza y finalidad del régimen de la sociedad conyugal que requiere la mayor unidad posible, por cuanto está destinado a regular el estatuto patrimonial de los esposos en todo el curso del matrimonio y a aplicarse, por lo tanto, no sólo a los bienes existentes en el momento inicial, sino también a todo otro que los contrayentes adquieran en el futuro en cualquier parte del orbe donde desarrollen sus actividades. Siendo así las cosas, no es acertado suponer una categoría de capitulaciones matrimoniales otorgadas para cumplir en el país, a fin de someterla a la norma del art. 153, por más que (aceptando el exponente una observación exacta del doctor Lafaille) reconoce, contrariamente a lo que en un principio pensó, la posibilidad teórica y práctica de la categoría aludida en el inc. 3º de la Reforma. A su juicio, pues, hay que buscar normas inspiradas en otros sistemas para resolver el conflicto de las leyes en materia de régimen de la sociedad conyugal, trátase del régimen legal, o trátase del régimen estipulado en una capitulación matrimonial. Puede escogerse alguno de estos cuatro sistemas: el de la situación de los bienes; el de la formación del contrato; el de la nación del esposo; o el del domicilio de éste. Si prescindimos del derecho anglo-americano con sus modalidades especialísimas y nos atenemos al del continente europeo, más en consonancia con nuestra tradición jurídica, puede afirmarse, sin temor a equivocaciones, que todo el mundo está de acuerdo en proscribir el sistema de la *lex rei sitae*, por estas dos razones capitales: en primer lugar, porque conspira contra la unidad del régimen matrimonial, que es de la esencia de ese *consortium omnis vitae* constituido por el matrimonio; y en segundo lugar, porque no existe ningún interés superior para que el Estado desconozca la autoridad de lo que suele llamarse la "propia ley de un contrato", esto es, la del lugar de la formación del mismo, o del domicilio de los contrayentes, o de la nación de que son súbditos. Se pretende por algunos, que los actos concernientes a los bienes son de naturaleza política, porque interesan al dominio eminente, y que por lo tanto las leyes relacionadas con los mismos deben ser territoriales. Pero esto es una exageración evidente, resabio de las doctrinas de D'Argentré y los hermanos Voet, toda inspi-

rada en la concepción dominial de la soberanía. La concepción moderna es muy distinta; al lado de una soberanía territorial, existe una soberanía personal; y es por eso que en el conflicto de las leyes todos los Estados modernos están de acuerdo en reconocer la extraterritorialidad de las leyes concernientes a las personas sin menoscabo, como es lógico, del orden público internacional. Y no hay duda, parece, de que el estatuto patrimonial de los cónyuges es eminentemente personal. Es verdad que el régimen de la sociedad conyugal es de orden público, pero de *orden público nacional* y no de *orden público internacional*. Esto fluye de la finalidad perseguida por el legislador: “mantener y estrechar la unión de los esposos —como dice Bibiloni— estimularles en la cooperación y vinculación en la prosperidad común”. Por consiguiente, al soberano argentino sólo puede interesarle la aplicación del régimen conyugal organizado por nuestra ley con relación a la familia argentina o formada en el país; es la unión de ésta la que quiere estrechar; es su prosperidad económica la que desea asegurar; es su solidaridad la que quiere estimular. No le preocupa ciertamente la organización de la familia extranjera, ni puede constituirse en mentor de las demás comunidades estatales. Supongamos un caso concreto: un matrimonio francés, domiciliado en París, ha celebrado una capitulación matrimonial estableciendo un régimen de separación absoluta de bienes. Cualquiera de los cónyuges compra, en el curso del matrimonio, un inmueble en la República, con dinero proveniente de su industria. Este inmueble es propio por la ley francesa, pero ganancial por la nuestra. Y bien, ¿es razonable por ventura que el soberano argentino imponga su criterio, en la suerte de ese bien, so color de que el orden público está interesado en fomentar la cooperación y prosperidad matrimonial de la pareja francesa, domiciliada en París? ¿No resulta un tanto absurdo pretender estrechar uniones conyugales más allá de sus fronteras y respecto de súbditos de otra soberanía? Muchas veces se hace un juego de palabras para justificar el criterio feudalista. Se dice: el régimen de los bienes es esencialmente territorial; el soberano resuelve privativamente todo lo concerniente a la clasificación de las cosas y a los derechos de que éstas son pasibles, por así decirlo; luego, es lógico que el Estado

no admita ingerencia de la ley extraña en la suerte de los bienes del matrimonio. El sofisma es flagrante; una cosa es el régimen de los bienes, y otra distinta es el régimen de la sociedad conyugal en la que no está comprometida la suerte de los bienes considerados en sí mismos, *sino la suerte de los cónyuges en relación a los bienes*. De ahí la personalidad del estatuto matrimonial. La Reforma atenúa algo el rigorismo de la *lex rei sitae*, pues subtrae a su imperio el dilatado y fecundo campo de la riqueza mobiliaria. Así resulta del inc. 4º, del art. 337, que prescribe textualmente: “Los bienes de los cónyuges se regirán por las siguientes normas: a) Los muebles, por lo que determina la convención matrimonial, y, en defecto de ella, por la ley del domicilio de los cónyuges. Si éste se mudare, la del anterior gobernará los adquiridos hasta la fecha del cambio; la del nuevo, los habidos con posterioridad; b) Los inmuebles por la ley del lugar de su situación”. No se alcanza fácilmente la razón de esta diferencia entre los muebles y los inmuebles, a menos que caigamos de nuevo en el sofisma de que está en juego la soberanía territorial, cuando sólo lo está algo relacionado exclusivamente con la organización familiar desde el punto de vista económico. Apliquemos el criterio de la Reforma a una nueva hipótesis: cónyuges franceses, domiciliados en Francia, casados bajo el régimen de la separación absoluta de bienes. Uno de ellos invierte fondos provenientes de su industria en esta forma: \$ 10.000 en un inmueble situado en Buenos Aires y \$ 1.000.000 en acciones de una sociedad anónima argentina. Disuelto el matrimonio y suscitada una controversia sobre el derecho a los bienes existentes en la República (las acciones se encuentran depositadas en el Banco de la Nación), nuestros tribunales aplican la norma del inc. 4º que acaba de leerse, y en virtud de ella se entrega el millón de acciones al cónyuge que las compró, pero se divide el inmueble por mitad para salvar el orden público, para salvar la soberanía nacional amenazada por el imperialismo extranjero. Podrían multiplicarse las hipótesis variando sus modalidades, pero siempre aparecería patente que el sistema de la *lex rei sitae*, puro o mixto (unidad para los muebles, pluralidad para los inmuebles) se funda en conceptos anaerónicos, en peligros imaginarios, y no responde adecuadamente a los gran-

des fines sociales que más interesan al legislador. Para abreviar: considera que debe procurarse la unidad del régimen matrimonial, tal como la aconseja la casi totalidad de los autores contemporáneos dentro de las orientaciones marcadas hace cinco siglos por Dumoulin y propiciadas por los diversos congresos y conferencias internacionales del siglo en curso; y que entre los otros tres sistemas antes recordados —el del lugar de la formación del contrato, el de la ley nacional de los contrayentes y el del domicilio de éstos —el más conveniente para nuestro país, dada la heterogeneidad de su población formada con el concurso de una corriente inmigratoria que perdurará todavía muchos años más o menos caudalosa según las contingencias del futuro, el sistema más conveniente, decía, para nuestro país, es el de la ley del domicilio, porque merced a él no podrían eludir nuestro régimen conyugal aquellos habitantes que venidos del extranjero contraen matrimonio aquí y constituyen el tronco de una familia netamente argentina. En general, el legislador del domicilio tiene el mayor interés en que la actividad jurídica de las personas radicadas en su territorio, se utilice según el modo que él ha fijado y que estima el más justo. Inspirado en las ideas así esbozadas, y teniendo además en cuenta que dentro de la evolución de la condición jurídica de la mujer en nuestro tiempo, admite que cabe una excepción justificada al principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales y aún al mismo principio de la unidad del régimen (lo que no implica una contradicción con lo anteriormente expuesto, ya que podría responderse que nunca como en este caso es más aplicable aquello de que “la excepción confirma la regla”), ha proyectado las fórmulas que va a leer. Pero antes de hacerlo le interesa dejar constancia, por una parte, que no entiende con ellas desconocer al soberano argentino el derecho de oponerse a cualquier ley extranjera o capitulación matrimonial que fueren repugnantes a nuestro orden público internacional y, por otra parte, que, tratándose de un problema jurídico hartamente delicado, no pretende asignar a las fórmulas que ha proyectado otro valor que el de simples sugerencias para un trabajo más maduro. Con estas advertencias pasa a leer dichas fórmulas: Art. 337. . .

3º) El contrato nupcial rige los bienes del matrimonio cualesquiera que sean las leyes del país en que el matrimonio se

celebró. 4º) La validez y efecto de las convenciones nupciales otorgadas en el extranjero, se rigen por la ley del domicilio del esposo en la fecha del otorgamiento; pero si el domicilio matrimonial fuere posteriormente establecido en la República, los cónyuges podrán optar por el régimen organizado por este Código con respecto a los bienes que adquirieran en adelante. La opción deberá manifestarse en la forma prescripta por el art. 401 y no podrá ser revocada. 5º) No habiendo convención nupcial, la ley del domicilio del esposo rige los bienes del matrimonio, donde quiera que éstos se encuentren o estén situados, sin perjuicio de la opción que acuerda el inciso anterior a los cónyuges que posteriormente se domiciliaren en la República”.

El doctor Spota, con respecto al proyecto presentado por el doctor Rayces, pregunta cuál es el domicilio que se tiene en cuenta cuando existe pacto expreso entre los contrayentes.

El doctor Rayces contesta que es el real. Agrega que se trata de un tema que no cree haberlo agotado y pone de relieve lo árduo de la cuestión. Hace notar que su proyecto contiene ideas polares solamente, ya que ha dejado de tratar ciertos detalles como el que motiva la pregunta. Lo que sí puede aseverarse es que se tiene presente el domicilio existente en el momento de la celebración del matrimonio.

El doctor Lafaille expresa que para ordenar el debate se podría proceder en la siguiente forma: primero pronunciarse sobre el Proyecto y en el caso de rechazarse, examinar la proposición del doctor Vico y luego la del doctor Rayces. Así se resuelve.

El doctor Rey manifiesta que no sin sorpresa oyó decir que dentro de nuestro Código Civil la validez y efectos de las convenciones matrimoniales acerca de los bienes se juzgan por la ley del lugar de su celebración. Estima que hay en ello un error proveniente de extender la aplicación de una disposición que sólo rige para los contratos. El artículo 1220 del Código vigente establece que la validez de las convenciones matrimoniales será juzgada por las disposiciones de este Código respecto a los actos jurídicos celebrados fuera del territorio, mientras que el art. 1205 se refiere exclusivamente a los contratos. El art. 948 habla de la capacidad e incapacidad, lo cual, en realidad, no interesa. El art. 949 establece: “La

capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios substanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este Código''. Las consideraciones de orden doctrinario que el doctor Rayces ha desarrollado, pueden ser buenas para sostener un sistema de derecho internacional privado si todos los países tuvieran una legislación igual, pero se aparta de la realidad. No es el punto de vista de la doctrina en derecho internacional privado el que debe predominar en las soluciones legales, sino el de la realidad de cada país. Interesa que en el país no puedan regir otras convenciones matrimoniales que las autorizadas por la ley. Recuerda la nota del doctor Bibiloni cuyas razones juzga convincentes.

El doctor Rayces manifiesta que no ha desconocido, en ningún momento, que al legislador argentino le interesa el régimen de los bienes con relación a la familia y que los preceptos pertinentes son de orden público. El legislador, entonces, establece cómo se van a organizar los regímenes matrimoniales para fortificar los lazos de los esposos mediante leyes de protección individual y familiar. Pero todo ello es con relación a sus súbditos y habitantes. De ahí viene el distinguo de la ley de orden público nacional y extraterritorial. Observa que lo que sostiene, procede de Dumoulin y de todos los tratadistas del siglo XVII y XVIII, salvo los que siguieron la corriente de D'Angentré y de los Voet. Expresa, por último, que frente a la autoridad del doctor Bibiloni, muy respetable por cierto, no opone solamente la modesta palabra de un abogado del país, sino la autoridad de las conquistas definitivas del derecho internacional privado preconizadas en todas las conferencias y congresos.

El doctor Bustamante dice que se decide por el artículo tal cual está redactado por la Comisión, por una razón que le parece obvia: si respecto de los contratos admitimos —expresa— que cuando se promovieran demandas fundadas dentro del país se aplican nuestras leyes, tratándose de las convenciones matrimoniales, dado su carácter de orden público, con más razón se deben aplicar las leyes del país.

El doctor Spota hace presente que en sesiones pasadas tuvo oportunidad de referirse al difícil problema que se discute y que entonces aquilató debidamente el fundamento de una

y otra tesis en juego. Las razones —observa— que se han expresado, basadas en el orden público nacional, pueden tener influencia en la solución de este problema. Pero también pesan las otras razones en virtud de las cuales debe impedirse que el “status” tenga efecto en un país y sea violado en otro, siguiendo así la convención matrimonial una suerte cambiante según donde deba producir sus efectos. Además, no es el caso de decir que ningún país va a adoptar el sistema preconizado por el derecho internacional privado. En Europa, por ejemplo, rige la convención de La Haya de 1905 en la que países como Alemania, Italia y otros han establecido un régimen que es el que, más o menos y salvo la referencia a la nacionalidad del esposo en vez del domicilio, se está preconizando aquí. Comprende que nuestro país requiere un sistema más bien mixto y por eso se decide por el sistema preconizado por el doctor Rayces, el cual, en cierto sentido, concuerda con el que auspició en sesiones anteriores. Por ello, votará en contra del precepto en discusión.

El doctor Lafaille manifiesta que antes de que se vote, y como ha sido aludido, quiere decir pocas palabras limitadas a la forma para definir su posición. Cuando invocó a Savigny —si se lee el acta correspondiente se podrá comprobar que fué a este simple efecto— el doctor Vico hizo mérito de un distingo que él encontraba adecuado entre los acuerdos de voluntad que tienen un valor de realización inmediata y los que constituyen un “status”, como serían las convenciones prenupciales. Por su parte, hizo algunos reparos y dijo que había algunos contratos que tienen situación intermedia: los de tracto sucesivo. No afirmó que Savigny dijera otra cosa fuera de lo que ha dicho, y, en definitiva, se viene a estar de acuerdo en ese punto con el doctor Rayces, el cual acepta la ley del lugar de la celebración en vez de la ley del domicilio. Debe observar, sin embargo, que la proposición del doctor Rayces presenta, a su juicio, algunos inconvenientes, por lo que, sin aceptar la del doctor Vico, tampoco llega a compartir por completo esta otra. Si bien mantiene una unidad territorial para los efectos de la sociedad conyugal, rompe con ella en cuanto al tiempo, porque esas personas, según donde vivan, cambiarán el “status”. Hoy tienen su domicilio en París, mañana en Monte-

video y, luego, en Buenos Aires: a medida que varía su domicilio varía también el "status".

El doctor Rayces admite que es una derogación al sistema general, es decir, que se rompe con la inmutabilidad de las convenciones. Como el marido puede constituir el domicilio común, le asiste el derecho de alterar el "status". También quiere llamar la atención sobre otro punto: las reformas que establece la Comisión con relación al Código, en esta materia, no son tan graves, porque aplica en realidad los principios que rigen los actos jurídicos. De todas maneras, es de observar que solamente se establece la inaplicabilidad de las leyes del lugar de la celebración para los casos en que hubieran de ejecutarse los contratos en el país. Para todos los demás efectos, a nosotros no pueden interesarnos las convenciones matrimoniales formalizadas en el extranjero. La limitación tiene sus fundamentos. Por lo demás, no le ofuscan los adjetivos: que sea feudal o no el sistema preconizado en el Proyecto, no tiene mayores alcances. Se ha criticado mucho lo del territorialismo; pero antes se le miraba con mayor antipatía. Las naciones, por circunstancias conocidas, han vuelto a la política del aislamiento; de manera que se defienden con un criterio más nacionalista, más territorialista —si se quiere— que antes de la última guerra. Pero aún sin extremar la nota, encontraríamos aquí una desigualdad que no parece justificada: mientras los habitantes del país, no sólo domiciliados o transeúntes, tendrían que ajustarse a una reglamentación rigurosa que en las capitulaciones prenupciales, encontraríamos existirían otros que, por el sólo hecho de haberlas celebrado fuera de nuestros límites, quedarían libres de todas esas trabas, aún cuando tales pactos debieran ser ejecutados en la República.

El doctor Rayces pregunta, respecto de la capacidad, ¿cuál es la ley que rige?

El doctor Lafaille contesta que es la del domicilio.

El doctor Rayces pregunta, luego: ¿No se establece diferencia entre un ciudadano que llega, un francés, y un ciudadano domiciliado aquí?

El doctor Lafaille hace presente que se trata de la capacidad de hecho.

El doctor Rayces observa que se refiere a las desigualdades

y añade que están aquí en juego nada más que la protección individual, la organización de la familia argentina, el estrechamiento de sus vínculos; y al legislador argentino no le incumbe, —ya que lo contrario sería absurdo— fomentar la unión de los matrimonios extranjeros residentes fuera de la República.

El doctor Alsina observa que el proyecto se refiere a los actos jurídicos destinados a producir sus efectos —a ser ejecutados— en nuestro país, los cuales serán regidos por nuestras leyes; pero no establece por qué ley serán regidos en el caso contrario. No dice si es la ley del lugar de su celebración o la del domicilio de las partes. Cree que habrá que aclararlo, ya que se establece una excepción, pero no se indica cuál es la regla.

El doctor Lafaille hace notar que esta norma del Proyecto es de carácter excepcional. Ahora bien; la pregunta formulada por el doctor Alsina puede concretarse así: para los casos normales, que no son de excepción, ¿qué ley rige los actos jurídicos celebrados fuera del territorio? Puede contestarse que la República se desentiende, ya que no le interesa su cumplimiento fuera de su territorio, pero cuando deben tenerlo en el país, aplica entonces las leyes argentinas.

El doctor Alsina insiste en que se aclare si la cuestión sólo se plantea con motivo de los actos jurídicos destinados a cumplirse en el país, y celebrados por matrimonios que viven fuera del mismo.

El doctor Lafaille responde que fuera de lo que ha manifestado, no existe interés.

El doctor Alsina expresa que concuerda con lo sostenido por el doctor Rayces. Considera que, en principio, el interés de la legislación argentina no puede ir hasta inmiscuirse en la vida de matrimonios que no viven en la República, ya que el mero hecho de que un contrato matrimonial vaya a ejecutarse en nuestro país no es bastante para que el legislador se preocupe.

Se vota el inc. 3º, del art. 337 del Proyecto y, con la disidencia de los doctores Bustamante, Lafaille y Rey, se rechaza. Se vota, a continuación, la proposición del doctor Vico y queda rechazada. Por último, vótase en general la proposición del doctor Rayces y es aceptada por los votos de este último y

de los doctores Alsina y Spota, resolviéndose considerar en particular, en la próxima sesión, el proyecto presentado por el doctor Rayces.

PUNTO 2º — En atención a que lo dispuesto en el inc. 4º del art. 337 del Proyecto está vinculado a la proposición considerada en el punto anterior, se resuelve suspender su consideración hasta la sesión próxima.

PUNTO 3º — El doctor Lafaille manifiesta que la observación del doctor Galli es de tecnología más que de fondo, ya que, cuando se habla de las personas sujetas a interdicción, se comprenden las enfermedades que afectan a la inteligencia y las que afectan a la voluntad. El Proyecto ha considerado con acierto que estas últimas deben también determinar la incapacidad. Pero, la expresión “discernimiento” debe ser descartada; se podría decir en cambio: “excluyente de la inteligencia”, porque ello no significaría “excluyente de la voluntad”.

Se resuelve declarar que la expresión “discernimiento” debe ser sustituida por otra que oponga a las enfermedades de la voluntad, aquéllas que se refieren a la inteligencia propiamente dicha.

PUNTOS 4º y 5º — El doctor Rayces considera que el inc. 8º, art. 339, importa una innovación inconveniente.

El doctor Lafaille hace presente que como este asunto no fué discutido desea explicar que para el régimen del Proyecto se ha marcado bien la diferencia entre la interdicción y la situación de hecho que podría dar lugar a ella; pero que, mientras no exista juicio y la sentencia no se dicte, no habrá incapacidad. La Comisión cree que es un impedimento la demencia declarada y también la de hecho. Si la primera da lugar a la nulidad del matrimonio, la segunda, en cambio, lo convierte en anulable. De todas maneras, no se puede prescindir en un Código Civil de un caso tan frecuente, a fin de evitar que un insano, perfectamente caracterizado, pueda contraer matrimonio, por la simple razón de que nadie se haya ocupado de hacerlo declarar legalmente.

El doctor Rayces manifiesta que cuando se trate del demente “de facto”, podría establecerse la obligación del Oficial Público, de pasar los antecedentes al Juez de turno para que inicie el juicio de insania y mientras éste dure se consi-

Régimen de bienes.
(Art. 337, inc. 4º).

Impedimentos
Falta de discernimiento o de la voluntad. (Art. 339, inc. 8º).

Impedimentos
Falta de discernimiento o de la voluntad. (Art. 339, inc. 8º).

derará un impedimento hasta tanto no haya sido resuelto por el Juez.

El doctor Lafaille observa, además, que el art. 348 establece que cuando la oposición no se fundare según lo prevenido, o emanare de persona no facultada para ello, el Oficial Público la rechazará de plano.

El doctor Rayces indica que ello importa una medida previosa que garantiza la seriedad del procedimiento. Considera, sin embargo, que cuando el impedimento sea de aquéllos a los cuales se refiere el inc. 8º en cuestión, el oficial del Registro Civil debe remitir los antecedentes al Juez para que se inicie el juicio de insania y mientras se sustancie éste durará la causa de impedimento.

El doctor Lafaille indica que la reglamentación que propone el doctor Rayces es precisamente la que resulta como consecuencia del régimen del Proyecto. Quiere decir entonces, que cuando llegan esas actuaciones al Juez, éste debe darle vista al Ministerio Fiscal (que dentro del régimen de la demencia, puede iniciar el procedimiento del caso). Si nadie lo promueve, lo hace el Ministerio Público paralizándose entre tanto las diligencias para celebrar el matrimonio.

El doctor Spota expresa que conviene considerar su proposición (punto 5º del Orden del Día) conjuntamente con la del doctor Rayces. Su ponencia está inspirada en la idea de que no toda oposición o denuncia de demencia debe tener por efecto suspender la celebración del matrimonio. Para la mayor garantía de los derechos individuales, debe requerirse que no sólo medie la oposición, sino también que esa oposición sea acogida por el Ministerio Público; en tal caso, la celebración del matrimonio debe suspenderse. Pero su proposición, agrega, debe tratarse cuando se analicen los preceptos que reglan la oposición al matrimonio.

Se resuelve aprobar el inc. 8º en discusión y tratar la reglamentación del impedimento que en él se consagra cuando se analice el régimen de la oposición.

Impedimentos.
Divorcio. (Supre-
sión del inc. 10,
art. 339 y del 383,
2ª parte).

PUNTO 6º — A moción del doctor Rey se resuelve hacer constar que la referencia formulada como nota al art. 339 está equivocada, como ya se hizo notar por el doctor Vico. Pero tal referencia no corresponde al art. 386 sino al art. 383,

2ª parte. En consecuencia, se decide postergar la proposición del doctor Vico para cuando se trate este último precepto.

PUNTOS 7º y 8º — El doctor Lafaille declara que el art. 341 prohíbe que a los menores casados sin la autorización correspondiente se les entreguen los bienes o la administración de ellos hasta la mayor edad. Indica que hay dos propuestas: la del doctor Vico y la del doctor Spota en un sentido análogo, pero considerando, la de este último, la posibilidad de que hubiera una dispensa por el juez.

El doctor Spota expresa que comprende que el art. 341 tiene un alcance muy limitado. Se refiere al menor que sorprende al Oficial Público y contrae matrimonio. Es, entonces, un supuesto sumamente raro y le parece muy justa la sanción establecida en el Proyecto. Pero, se pregunta si esa sanción no va más allá de lo que se desprende de la intención del legislador. Es justo que el menor que ha burlado a la ley y al empleado público, no tenga la administración de los bienes que se le acuerda al menor emancipado. Sin embargo, es posible que el otro cónyuge sea inocente o que surja la prole; en estos supuestos, la sanción al culpable repercute en perjuicio del otro cónyuge inocente o de los hijos. También puede suceder que ese menor quisiera emprender, dentro de limitadas esferas, una explotación comercial, lo cual no es raro en esa hipótesis; ¿por qué no autorizar al juez, en ese caso, para dejar sin efecto la sanción establecida? Tal es la razón de la proposición que formula.

El doctor Lafaille hace referencia a los peligros que importa el aumento de las facultades judiciales, ya que si se hace de los magistrados los árbitros de la aplicación de la ley, sus preceptos regirán, según la voluntad de aquéllos.

El doctor Rey hace presente que para contraer matrimonio, de acuerdo con el Proyecto será necesario presentar la partida de nacimiento, así como también las pruebas de la habilidad de los futuros esposos. Sería raro, entonces, que se presentara el caso que contempla el art. 341.

El doctor Rayces expresa que debe mantenerse el precepto. Se va a aplicar pocas veces, pero cuando se aplique será muy justamente, puesto que tiene que ser mucha la malicia del menor para burlar las normas de la ley. Justo es que tenga una enérgica sanción.

Matrimonio contraído sin venia. Sanción. (Art. 341).

El doctor Lafaille observa, además, que el caso propuesto por el doctor Spota es más raro, pero la solución del Proyecto es justa, dado que el menor sufrirá las consecuencias de su falta en su propio patrimonio. El cónyuge inocente no tendrá pena porque nadie le impide manejar sus bienes patrimoniales.

Se resuelve mantener el art. 341 sin modificación.

Requisitos. Partida de nacimiento. Prueba supletoria. (Art. 342).

PUNTO 9º— El doctor Rayces hace notar que conviene tener presente la situación a que da lugar el hecho de que muchos extranjeros no traen consigo su partida de nacimiento. Convendría, entonces, ver si hay un temperamento que facilite el matrimonio ante la falta de esa partida.

El doctor Rey estima que con el sistema de la prueba supletoria pueden subsanarse las dificultades. Facilitar en otra forma la prueba del nacimiento, sería facilitar a los hijos de extranjeros el medio de eludir el servicio militar, valiéndose de informaciones falsas a fin de aparecer como nacidos en el extranjero y adquiriendo la ciudadanía argentina que los exime de aquella obligación. Considera, por lo tanto, arriesgado facilitar una prueba que actualmente no es muy difícil de conseguir con los medios que da el Código.

El doctor Rayces hace notar que la prueba de la identidad de las personas, cuando tiene por fin realizar un acto que el legislador contempla con beneplácito, debe ser distinta de la prueba de la justificación de la edad para eludir un acto que la soberanía quiere imponerle a un ciudadano. Entonces —dice— viene mi pregunta: ¿puede razonablemente establecerse ese distinguo? La prueba sería facilitada para ese acto solamente.

El doctor Rey expresa que la dificultad para producir la prueba del nacimiento acompañando las partidas respectivas, se produce cuando se trata de países con los cuales la Nación Argentina no tiene relaciones diplomáticas; pero por un decreto, el Poder Ejecutivo ha establecido que, en esos casos, se puede solicitar el documento correspondiente por medio de los representantes diplomáticos de otra nación. Por lo tanto, no es óbice que la República Argentina no mantenga relaciones diplomáticas con determinado país.

El doctor Alsina observa que cuando se habló de la prueba del nacimiento solicitó que se estableciera la prueba supletoria en el caso de imposibilidad, moral o material. Citó,

al respecto, el caso de hijos cuyos padres han muerto y que ignoran el lugar exacto del nacimiento de ellos. Se ha admitido en esos casos la prueba supletoria. Agrega que después se dió cuenta que faltaba algo más: el procedimiento sumario. Actualmente, cuando se producen contradicciones de partes, con motivo de la producción de prueba supletoria, hay que recurrir al juicio ordinario. Le parece que a aquella disposición se le podría agregar que el procedimiento será sumario.

Se resuelve aceptar la inclusión en el Proyecto de una disposición en cuya virtud el procedimiento, a los efectos de la prueba supletoria, cuando exista imposibilidad material o moral de obtener la partida de nacimiento, será sumario.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Proposición del doctor Rayces con respecto al art. 337, incs. 3º y 4º, en substitución de los cuales se sancionarían los siguientes:

3º) El contrato nupcial rige los bienes del matrimonio, cualesquiera sean las leyes del país en el que el matrimonio se celebró.

4º) La validez y efecto de las convenciones nupciales otorgadas en el extranjero, se rigen por la ley del domicilio del esposo en la fecha del otorgamiento, pero si el domicilio matrimonial fuere posteriormente establecido en la República, los cónyuges podrán optar por el régimen organizado por este Código con respecto a los bienes que adquieran en adelante. La opción deberá manifestarse en la forma prescripta por el art. 401 y no podrá ser revocada.

5º) No habiendo convención nupcial, la ley del domicilio del esposo rige los bienes del matrimonio, donde quiera que éstos se encuentren o estén situados, sin perjuicio de la opción que acuerda el inciso anterior a los cónyuges que posteriormente se domiciliaren en la República.

PUNTO 2º — Indicación del doctor Spota para que las publicaciones a que se refiere el art. 344 se hagan extensivas al lugar donde reside el otro de los futuros contrayentes.

PUNTO 3º — Proposición del doctor Spota para que se estudie la conveniencia de fijar el término durante el cual puede

Matrimonio celebrado en el extranjero. Régimen de los bienes. (Art. 337, incisos 3º y 4º).

Publicaciones. (Art. 344).

Falta de venia. Facultades judiciales. (Art. 346).

el juez suspender la decisión en materia de oposiciones, según lo autoriza el art. 346.

Oposición rechazada. Causa de resarcimiento. (Art. 349).

PUNTO 4º — Proposición del doctor Spota para que se estudie la conveniencia de establecer en el art. 349 una causa en cuya virtud tenga lugar el resarcimiento a que dicho precepto se refiere, como sería, por ej., la culpa en que hubiere incurrido el oponente.

Denuncia. Responsabilidad. (Art. 350).

PUNTO 5º — Indicación del doctor Spota para que en el art. 350 se sancione la responsabilidad del denunciante aún cuando no hubiere procedido con malicia, pero sí con culpa, en virtud del daño material o moral que ha ocasionado la denuncia por el retardo en la celebración del matrimonio.

Impedimentos. Falta de discernimiento o de la voluntad. (Art. 339, inc. 8º).

PUNTO 6º — Proposición del doctor Spota para que se considere en su debido tiempo, que sería al tratar de la oposición, si en los casos de falta de discernimiento a que se refiere el art. 339, inc. 8º, no sería conveniente que se oyera al Ministerio Público antes de suspender la celebración de un matrimonio, recabando la conformidad de aquél.

REUNION N° 49

—Buenos Aires, veintidós de julio de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Fernando M. Bustamante, Alejandro Rayces y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Matrimonio celebrado en el extranjero. Régimen de los bienes. (Art. 337).

PUNTO 1º — El señor Presidente somete a discusión la proposición del doctor Rayces, considerándose y votándose separadamente los incs. 3º a 5º, del art. 337, según aparecerían de acuerdo con la misma.

Inciso 3º— Se lee y aprueba con la disidencia de los doctores Bustamante y Lafaille.

Inciso 4º— A proposición del doctor Vico, se sustituye la expresión “domicilio del esposo” por: “domicilio del futuro esposo”, ya que la convención nupcial es anterior y previa al matrimonio mismo.

A moción del doctor Vico, se sustituye los términos: “domicilio matrimonial” por: “domicilio conyugal”, a fin de concordar el inciso proyectado con la expresión usada en otros preceptos del Proyecto, tal como se resolvió en sesiones anteriores.

Por indicación del doctor Vico, se deja constancia que la derogación que contiene el inciso proyectado al principio de la unidad en el tiempo de las convenciones prenupciales, se justifica, porque está impuesta por las circunstancias.

El doctor Spota hace notar, concordantemente, que el principio de la inmutabilidad de las convenciones no debe ser rígido; de lo contrario, se correría el peligro que consignan Beudant y Lerebours (“Cours de droit civil français”, París, 1937, t. 10, p. 60, núm. 80), según los cuales la evolución de las ideas y de las costumbres torna cada vez más difícil para muchos soportar la indisolubilidad del matrimonio y, siendo en Francia cada vez más frecuente y fácil el divorcio, existe un gran inconveniente en ligar la indisolubilidad del matrimonio con la irrevocabilidad del régimen matrimonial. De ahí, afirman tales autores, que los esposos se vean tentados a desear el divorcio para escapar a un régimen matrimonial que ha cesado de convenirles. Es por ello que, permitiendo a los matrimonios un tanto desunidos perseverar en él, mediante la modificación del régimen de los bienes, quizá pudiesen atenuarse las causas de discordia. Son estas consideraciones de interés, tanto en el supuesto de que se admita el divorcio como, “a fortiori”, para la hipótesis de que tal causa de disolución del matrimonio no se acepte; el legislador coadyuva, así, a la mayor estabilidad de la familia. Por otra parte, la tendencia de las más modernas legislaciones es la de admitir la modificación de las convenciones prenupciales durante el curso del matrimonio, estableciéndose, en garantía de los terceros, un régimen de publicidad. El Código Civil suizo (artículos 180, 181 y 188); el Código Civil alemán (§ 1432), y la

ley de introducción de este último (art. 15), son ejemplos de esta nueva tendencia, contraria al principio sancionado en el art. 1395 del Código Napoleón. En fin, esta misma posibilidad de modificar el régimen de los bienes en el matrimonio ha sido aceptada por la Convención de La Haya del año 1905, puesto que su art. 4º se inspira en el art. 15 de la ley de introducción al Código Civil alemán, tal como lo anotan Baudry-Lacantinerie, Lecourtois y Sourville (*"Traité de droit civil français"*, 3ª ed., t. 16, p. 112, núm. 76, tex. y nota 3). En sustancia, considera que la derogación contenida en el inciso proyectado no afecta la esencia del principio de la unidad en el tiempo y en el espacio en lo relativo a la aplicación de la ley que regirá la capitulación conyugal, lo cual concuerda con el punto de vista de la "comunis opinio" en la materia, desde que tal principio no puede ser llevado a sus más extremas consecuencias (comp. Surville, F. y Arthuys, F., *"Cours élémentaire de droit international privé"*, París, 1915, 6ª edición, p. 490, núm. 368, y p. 499, núm. 372; Weiss, André, *"Traité de droit international privé"*, París, 1912, 2ª ed., t. 3, p. 647, tex. y nota 2).

Se resuelve aprobar el mismo con la disidencia de los doctores Bustamante y Lafaille, quienes se remiten a lo que ya tienen expresado en la sesión anterior.

Inciso 5º — De conformidad con la moción del doctor Vico, precedentemente expuesta, se sustituye la expresión: "domicilio del esposo", por: "domicilio del futuro esposo".

El doctor Spota propone que se analice la conveniencia de adoptar una norma como la contenida en la ley suiza del 25 de junio de 1891, cuyo art. 7, f., completa el art. 59 del título final del Código Civil suizo y, a semejanza de la misma, establecer que "regirá la ley argentina cuando los esposos, o uno de ellos, haya contraído matrimonio en país extranjero con la manifiesta intención de eludir el régimen matrimonial en el reglado". Se evitaría, así, el acto en fraude de la ley. Asimismo considera ventajoso que, con el objeto de que la ejecución de la convención matrimonial concertada en el extranjero y que se regirá por la ley del domicilio del futuro esposo, no pueda ocasionar perjuicios a los terceros domiciliados o habitantes de nuestro país, impere un régimen de publicidad de tales pactos prenupciales. Agrega que conviene

contemplar supuestos tales como los que surgen en materia de dote: ¿si la ley extranjera la considera inalienable, regirá tal principio en nuestro país y será nula la venta que, en consecuencia, tenga lugar entre nosotros? Si estuviera afectado nuestro orden público internacional, es evidente que la ley extranjera no hallará aplicación; sin embargo, como el tema puede prestarse a discusión y como pueden presentarse numerosos y diversos supuestos en esta materia, estima que hay ventaja en que se adopte ese régimen de publicidad derivado del registro.

Con referencia a la primera proposición del doctor Spota, el doctor Vico no la considera conveniente, ya que el principio de la libertad de las convenciones matrimoniales en cuanto a la ley aplicable a la cual quieren someterla los futuros cónyuges, exige que se permita la adopción del régimen matrimonial que ellos deseen. Es esta, observa, la moderna tendencia del derecho internacional privado, ya que la represión de los autos en fraude de la ley —tan en boga en el siglo pasado— no es suscripta con la misma intensidad hoy en día. Como ejemplo, añade, puede darse el mismo del art. 337 del Proyecto que está en consideración, cuyo inc. 1º estatuye que la eficacia del acto (refiriéndose al matrimonio), no concurriendo ciertos impedimentos, será juzgado por la ley del lugar de la celebración, *aunque los contrayentes hubieran abandonado su domicilio para substraerse a sus preceptos*.

El doctor Rayces indica que en modo alguno se opondrá a la norma que tienda a dar mejor interpretación a la ley y a evitar el fraude; pero observa que el futuro esposo debe comenzar por constituir domicilio en el extranjero: es decir, que puede siempre atacarse la nulidad de la convención en el caso de que no hubiera habido tal constitución de domicilio.

Se resuelve no aceptar la primera proposición del doctor Spota; en cuanto a la segunda, se acuerda, a moción de los doctores Lafaille y Vico, que se hagan los ajustes necesarios en el proyecto de ley especial de registros en lo concerniente a esos bienes dentro del territorio de la Nación que deben estar sujetos a los contratos prenupciales celebrados en el extranjero.

CAPÍTULO III

De las diligencias previas

Publicaciones (Art.
344).

PUNTO 2º — El doctor Spota indica que la finalidad perseguida con las publicaciones, no se alcanza satisfactoriamente en la forma determinada por el art. 344, ya que la publicación de edictos tendrá únicamente lugar en la oficina del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los que pretendan contraer matrimonio (art. 342). De ahí que el círculo de los familiares residentes en el domicilio del otro futuro esposo, el de sus conocidos, en una palabra, el “entourage” de este último, no se hallaría en condiciones de deducir las oposiciones, si existieran causales, o de presentar las denuncias, ya que ignorarían su propósito de contraer matrimonio. Agrega que este sistema es el que tiende a imperar en proyectos como el de Código Civil italiano, aunque no se le ocultan las desventajas de orden práctico que una norma como la que propone tendría en nuestro dilatado país.

El doctor Bustamante observa que la publicación referida sólo podrá tener lugar si el otro esposo tuviera su domicilio en nuestro país.

El doctor Rayces indica que la idea es plausible, pero tiene inconvenientes prácticos que podrían resultar insalvables.

El doctor Lafaille recuerda que la Comisión Reformadora sufrió diversas críticas, por cuanto se le achacó que exigía muchas formalidades previas para el matrimonio. De ahí que agregar otra más podría resultar contraproducente. Por otra parte, si no se cumple se instituye una sanción muy grave, por la falta de publicidad, puesto que el art. 389 considera entonces, anulable el matrimonio, siempre que ello hubiere respondido al propósito doloso de sustraerse a una oposición. Por lo tanto, sin dejar de reconocer las razones y fundamentos que inspiran la proposición del doctor Spota, hace presente que podría, en definitiva, acarrear inconvenientes mayores a los beneficios que se obtendrían; de suerte que pesado el pro y el contra, se decide por mantener el texto.

Se resuelve mantener el art. 344 con la constancia de las expresiones vertidas precedentemente.

PUNTO 3º — El doctor Spota considera que las ventajas que posee la solución adoptada en el tercer párrafo del art. 346 son indudables, por cuanto, en determinados casos, conviene que el magistrado tenga una latitud de acción para resolver, sin necesidad de fundamentar mayormente su providencia, suspender la resolución en el pedido de venia judicial por falta de consentimiento del padre o del tutor; debe, en efecto, dejarse que el tiempo actúe en muchas circunstancias a fin de que la cuestión se encauce. Pero el arbitrio judicial, si bien está limitado por el art. 346 desde que sólo permite que él suspenda su decisión “por un término *prudencial*”, no halla mayores cortapisas. Es por ello que estima que un año podrá ser el plazo máximo durante el cual pueda suspender su decisión el juez.

Se resuelve, a proposición del doctor Lafaille, agregar después de la expresión “prudencial”, la siguiente: “que no podrá exceder de un año”.

PUNTO 4º — El doctor Spota entiende que en la parte final del art. 349, cuando se faculta al juez para condenar al oponente en caso de rechazo de la oposición y siempre que no se tratare de un ascendiente o del Ministerio Público, al resarcimiento que se fijará según las circunstancias, ha estado en el espíritu de la Comisión Reformadora referirse al supuesto de la oposición deducida con imprudencia o negligencia, o culpa, o dolo. Es decir, siempre que considere que el oponente ha incurrido en culpa al conducirse sin los cuidados y sin la prudencia que las circunstancias requerían. La misma expresión “podrá”, que contiene el art. 349 parece acreditar tal interpretación. Si así no fuere, se habría sancionado una responsabilidad objetiva, mecánica, lo que no concuerda con la razón que preside la norma establecida. Mas, como todo ello puede ser motivo de discusiones, estima que conviene aclarar el significado del precepto en cuestión y, en su caso, aceptarse la proposición que ya tiene formulada.

El doctor Lafaille sugiere que se adopte la siguiente fórmula: “El juez podrá según las circunstancias...”. Entiende, en efecto, que por la manera en que está redactado el art. 349, parece referirse tanto a la determinación de la cuantía, como al hecho mismo del resarcimiento. Hace notar que Bibiloni contempla el art. 34 de la ley de matrimonio, según el cual

Falta de venia. Facultades judiciales. (Art. 346).

Oposición rechazada. Causa de resarcimiento. (Art. 349).

si la oposición fuere rechazada, su autor, no siendo un ascendiente o el Ministerio Público, pagará a los futuros esposos una suma prudencialmente fijada, pero el art. 349 del Proyecto va más allá. En el conflicto que existe entre la conveniencia de estimular las oposiciones, por una parte, y de impedir que sean arbitrarias, por la otra, la Comisión estimó que no era siempe justo ni conveniente aplicar una indemnización a quien las promueve.

El doctor Spota observa que la proposición del doctor Lafaille concuerda con la suya ya que, al hacer referencia a las "circunstancias" para que surja la responsabilidad del oponente, se está adoptando uno de los elementos que configuran la noción técnico-jurídica de la culpa. Pero, como existe ventaja en emplear una misma expresión y para no caer en el sistema de la prestación o gradación de la culpa, entiende que deberá expresarse lisa y llanamente que habrá responsabilidad para el oponente si el juez considerare que éste hubiere incurrido en culpa.

El doctor Lafaille hace notar las dificultades que podrían surgir si el juez estuviera obligado a declarar que el oponente ha procedido con dolo o con culpa, porque en la mayoría de los casos habría imposibilidad para decirlo. Además, la culpa puede ser sumamente leve, y la reparación debe, también, proceder en tal supuesto.

El doctor Rayces considera que el concepto de culpa se puede dar por existente en una oposición que se rechaza.

El doctor Lafaille expresa que bien aplicada la noción de la culpa, se podría salvar el inconveniente, pero teme a la interpretación judicial contradictoria. Agrega que, sin perjuicio de que la culpa se gradúe según las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar, como lo dice el Código vigente en su art. 512, en asuntos como éstos debe existir severidad para responsabilizar al opositor. En la mayoría de los casos, cuando una persona se ha lanzado a impedir un matrimonio sin motivo, su buena fe no lo salva de resarcir los perjuicios que hubiere causado. Es una sanción que la ley pone en manos del juez para evitar que no se entorpezcan los matrimonios. Por eso cree que la expresión "según las circunstancias" es la más adecuada.

El doctor Rayces estima que el que se opone usa de un

instrumento peligroso y si causa daño debe repararlo.

El doctor Spota acepta la moción del doctor Lafaille, resolviéndose que la última frase del art. 349 quede redactada así: "...podría, según las circunstancias, ser condenado al resarcimiento que fije el juez".

El doctor Spota pregunta, si el resarcimiento establecido debe comprender el daño moral.

Resarcimiento. Daño moral.

El doctor Lafaille contesta que éste es el principio que rige en el Proyecto para los actos ilícitos (art. 866) en cuya categoría está comprendido el caso que se discute. Lo mismo ocurriría con el abuso del derecho que se aplica en muchas de sus disposiciones.

El doctor Spota estima que si en el Proyecto se hubiera sancionado expresamente algún principio que prohibiese el abuso del derecho, entonces comprendería que aquí, tratándose del ejercicio abusivo del derecho de oposición, correspondería la reparación del agravio moral. Pero como el Proyecto no lo acoge expresamente, se podría decir que no es un acto ilícito; que sólo medió el ejercicio de un derecho, lo cual no obliga a resarcir el daño ocasionado y que, entonces, sólo hay que reparar el daño material, es decir, prácticamente nada, porque el daño mayor es el moral y no el material.

En cuanto a lo expresado por el doctor Lafaille en lo relativo al título regulatorio del resarcimiento por los daños, agrega que en dicho título no se hace referencia expresa al agravio moral.

El doctor Lafaille, con el fin de aclarar el texto, propone se exprese en el art. 349: "...resarcimiento por el daño moral y material...". Así se resuelve.

PUNTO 5º — El doctor Spota explica que el alcance de su ponencia consiste en extender la obligación de resarcir al denunciante que obre con culpa, no requiriéndose, entonces, que se acredite la malicia o el dolo. Considera que si ello se ha establecido para el pariente o tutor que se opone (art. 349), "a fortiori" debe acogerse para todo extraño que perturba gravemente la celebración del matrimonio con denuncias que impliquen una conducta, sino dolosa, por lo menos negligente, imprudente, culpable.

Denuncia. Responsabilidad. (Art. 350).

El doctor Lafaille hace notar que la denuncia no produce efecto mientras el Ministerio Público no la haga suya. En

este caso, el Fiscal, o mejor dicho, el Estado mismo, estaría en el deber de resarcir, lo cual no parece justo. De ahí que sólo proceda la reparación, cuando medió engaño, malicia, para inducir al Ministerio Público a oponerse.

El doctor Spota estima que es necesario poner un poco de coto a esta situación, haciendo notar que se terminó de expresar, al considerarse el Punto 4º, que la oposición es un instrumento peligroso que obliga a resarcir a quien lo usa. Este criterio es más aplicable a la denuncia que a la oposición.

El doctor Rayces expresa que únicamente procediendo con malicia podría alguien lograr que el Ministerio Fiscal acoja la denuncia, porque si ésta careciera manifiestamente de seriedad, sería rechazada de plano y entonces no habría cuestión.

El doctor Spota observa que aunque no acoja el Ministerio la denuncia, el daño moral se ha producido y debe ser reparado, si se obró negligentemente, aunque sin malicia.

El doctor Lafaille indica que el principio en cuya virtud todo aquél que por su culpa o negligencia causa un daño, debe repararlo, rige para el supuesto de la denuncia. De tal modo que si un individuo, perversamente, con mala fe, denuncia que un sujeto padece una enfermedad como la lepra, por ejemplo, y el Ministerio Fiscal no formula oposición, pero la especie se difunde, entonces se aplica la regla citada porque habría daño moral.

El doctor Spota concibe este ejemplo: una persona denuncia la existencia de un impedimento, siendo rechazada tal denuncia; pero no se puede probar contra ella la malicia, y sí sólo se acredita negligencia, al prestar oídos a una versión sin verificarla prudentemente; entonces, ¿por qué no debe reparar el daño moral causado, aunque la denuncia no la acogió el Ministerio Público?

El doctor Rayces expresa que en el supuesto de que el Ministerio Público acogiere la denuncia infundada, él sería el negligente si tomase medidas por esa simple denuncia.

El doctor Spota inquiere: ¿y si no las toma?

El doctor Rayces contesta que no hay negligencia en la denuncia en sí; hay un acto realizado con intención de dañar y que cae dentro de la sanción del artículo según el cual el que daña debe reparar dicho daño; pero ello es así por la especie que ha difundido.

El doctor Spota pregunta, entonces, si ha quedado aclarado que el art. 350 sólo prevé la denuncia acogida por el Ministerio Público.

El doctor Lafaille contesta afirmativamente.

El doctor Rayces expresa que ello se podría aclarar, dejándose constancia que si la denuncia no es acogida caerá dentro de las sanciones legales, determinadas por el principio general.

Se resuelve mantener el art. 350 con las aclaraciones formuladas precedentemente.

PUNTO 6º — El doctor Spota explica que su moción tiende a que rija el procedimiento de la denuncia para el supuesto de la oposición basada en el inc. 8º, del art. 339, o sea, que sólo se suspende el matrimonio si el Ministerio acoge la oposición o denuncia.

Impedimentos. Falta de discernimiento o de la voluntad. (Art. 339, inc. 8º).

El doctor Rayces expresa que se trata de una medida de precaución y que todo lo que sea atenuar las consecuencias del inc. 8º, del art. 339 le parece conveniente establecerlo.

El doctor Lafaille hace presente que para ese inciso rigen todas las cortapisas respecto de las oposiciones infundadas; y muy especialmente lo que atañe a la indemnización.

El doctor Rayces pregunta: ¿por qué no ha de prevenirse una protección en favor de los futuros contrayentes?

El doctor Lafaille considera que, en esa forma, casi convendría suprimir la causal de oposición. Cree, sin embargo, que ella debe mantenerse. No es este el único impedimento y no hay por qué aplicarle un régimen especial. Por otra parte, la proposición tiende a que el Ministerio Público adhiera a la denuncia, y sólo en tal caso se suspendería la celebración del matrimonio. De ahí que dicho funcionario tendría que levantar una encuesta para decidirse, si cumple realmente con su deber y habría entonces un doble trámite, ya que no podrá dictaminar, sin el ascensoramiento de facultativos. Crearíamos así un antejuiicio, con los inconvenientes de tal sistema.

El doctor Spota manifiesta que sería suficiente que la persona que hace la denuncia la acompañe de un certificado médico y si el Ministerio Público lo considera suficiente, se abre el juicio de oposición o denuncia.

El doctor Bustamante estima bastante garantía la indemnización establecida en los arts. 349 y 350.

El doctor Rayces considera que podría haber un régimen especial para esta oposición. Ya ha expresado en sesión anterior que tal régimen podría ser el siguiente: decidida la oposición por razón de perturbación mental, debería exigirse, dentro de un plazo perentorio, la denuncia de la insania al Juez de lo Civil, siendo entendido que mientras ésta se sustancia ha de perdurar la oposición; pero si la denuncia no se hace dentro del plazo señalado, ni por el fiscal ni por el interesado, entonces debería permitirse la celebración del matrimonio, desapareciendo los efectos de la oposición.

El doctor Lafaille expresa que esa solución le satisface más, porque tendrá la ventaja de reglamentar la materia; la otra proposición, aún cuando alguna vez el fiscal llegara a decidirse con relativa rapidez, se prestaría a múltiples abusos, por no establecerse ningún plazo.

El doctor Spota no ve mucha garantía en la proposición formulada por el doctor Rayces, ya que bastaría una simple gestión iniciando el juicio de insania para que el matrimonio no pueda celebrarse y, en vez de un juicio sumario, se tendrá un juicio de insania. Si se acepta que el Ministerio Fiscal puede obrar rápidamente, cuando, “prima facie”, considera fundada la oposición o la denuncia, no se aquilatan los inconvenientes y sí las ventajas muy evidentes, con lo cual se evitarían abusos fáciles de concebir.

El doctor Lafaille hace presente que la facultad de oponerse es acordada por la ley a determinadas personas, y si ellas no pudieran ejercitarla por sí mismas, sino asistidas por el Ministerio Público, tal derecho sería ilusorio. Así los padres mismos se verían subordinados al Fiscal que sería el árbitro de la oposición. Estima que sobre esto habría que reflexionar, ya que garantía por garantía prefiere la derivada de la moción del doctor Rayces con algunas modificaciones que se podrían introducir.

Se resuelve suspender la consideración del punto 6°.

A proposición del doctor Lafaille, se decide incluir en el Orden del Día de la próxima sesión, si conviene o no mantener el impedimento para contraer matrimonio entre parientes por consanguinidad dentro del tercer grado y, en su caso, qué régimen de dispensa conviene establecer.

Impedimentos.
Parientes por consanguinidad dentro del tercer grado. (Art. 339, inc. 2°).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Indicación del doctor Lafaille para que, con respecto al art. 339, se estudie nuevamente el sistema de la dispensa del impedimento para contraer matrimonio entre parientes del tercer grado, así como este mismo impedimento.

PUNTO 2º — Proposición del doctor Spota para que se considere en su debido tiempo, que sería al tratar de la oposición, si en los casos de faltas de discernimiento a que se refiere el art. 339, inc. 8º, no sería conveniente que se oyera al Ministerio Público antes de suspender la celebración de un matrimonio, recabando la conformidad de aquél.

Impedimentos
Parientes por consanguinidad dentro del tercer grado. (Art. 339, inc. 2º).

Impedimentos.
Falta de discernimiento o de la voluntad. (Art. 339, inc. 8º).

REUNION N° 50

—Buenos Aires, veintiocho de julio de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Arturo Acuña Anzorena, Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DÍA

CAPÍTULO II

De los impedimentos

PUNTO 1º — El doctor Lafaille se refiere a la necesidad de contemplar con mayor detención el impedimento que, en sesiones anteriores, se aceptó para aquellos que pretendieran contraer matrimonio estando ligados por un parentesco de consanguinidad dentro del tercer grado. Añade que en la doctrina francesa, se ha dicho con insistencia que la dispensa de tal impedimento se otorga siempre con un criterio fiscal: la percepción de un derecho. En otras legislaciones tan adelantadas como la suiza, tal dispensa no se admite. Es por ello que, a su juicio, el camino a seguir es uno de los dos siguientes: o se adopta el impedimento, negando toda dispensa

Impedimentos.
Parientes por consanguinidad dentro del tercer grado. (Art. 339, inc. 2º).

del mismo, o se prescinde de él, autorizando el matrimonio entre esos parientes. Después de meditarlo mucho se decide por esta última solución, ya que le violenta, como demasiado severa, la consecuencia del otro sistema, o sea, que los hijos nacidos de esas uniones van a quedar marcados como incestuosos. Además, los casamientos entre tíos y sobrinos, son en nuestro país raros y, cuando se producen, no causan escándalo. Es por ello que propone mantener el criterio del Proyecto y no crea la referida prohibición.

El doctor Rayces hace presente que, en su oportunidad, aceptó la prohibición del matrimonio entre parientes del tercer orden, teniendo en cuenta razones de eugenesia y la solución uniforme del derecho comparado. Empero, ante las consideraciones que ha expuesto el doctor Lafaille, reconoce que es preferible la supresión del impedimento.

El doctor Lafaille expresa que tuvo ocasión de consultar con especialistas en la materia sobre si realmente existe un fundamento biológico para impedir el matrimonio entre tíos y sobrinos y se le respondió negativamente, a menos de que se tratara de personas taradas, ya que, en tal caso, esas taras se multiplican; pero se trataría de una excepción y no de aquello que comúnmente ocurre. Además, el examen médico previo, inteligentemente dirigido, podría evitar esta clase de casamientos entre personas enfermas.

El doctor Rey considera ineficaz al procedimiento de la dispensa y que no es conveniente agregar un impedimento más.

El doctor Spota, como autor de la proposición, expone brevemente sus fundamentos, que son de dos órdenes distintos: 1º) biológicos o de eugenesia, ya que, como bien se ha dicho, el matrimonio entre consanguíneos muy próximos da lugar a una descendencia defectuosa, especialmente si los padres poseen una tara; bº) morales, ya que debe evitarse que personas que poseen vinculaciones de parentesco tan cercano, puedan contraer matrimonio. Pero ese impedimento no debe jugar en todos los supuestos; tal como ocurre cuando entre tío y sobrina exista una leve diferencia de edad y no sean tarados. En ello se basa la institución de la dispensa que, inteligentemente acordada, no tiene inconveniente alguno, sobre todo si, como se ha aceptado en la Comisión, es el juez el que la otorga y no las

autoridades administrativas. Agrega, que el derecho canónico ha reglamentado las causales de la dispensa y todo juez podría inspirarse en ellas en cuanto concordaran con los principios de eugenesia y de moral del caso. En este sentido, se refiere a la reglamentación de la dispensa según la circular del 1º de agosto de 1931 de la “Congregación de los Sacramentos” (Jemolo, Arturo Carlo, “Il matrimonio”, t. 3, del “Trat. di diritto civile italiano”, dirigido por Vassalli, Filippo, Turín, 1937, p. 172, núm. 74), en la cual se indican causas como: la “remotio notabilis scandalis”, la “compositio gravium quaestionum in successione bonorum”, la “resolutio implexarum velvalde miserarum conditionum familiarum”. Por tales razones, considera que deben mantenerse el impedimento y dispensa en cuestión.

El doctor Lafaille expresa que influyeron mucho en su espíritu, cuando emitió su voto por primera vez, los antecedentes de legislación comparada que trajo a colación el doctor Galli; pero cuando reflexionó que un país como Francia, que admite la dispensa, la desvirtúa, notó que ese argumento deja de pesar como decisivo. Cuando leyó —añade— que en Suiza es considerable el número de individuos que se van a casar a Francia y después regresan, comprendió que con ello se venía a constituir una traba, que carece de verdadero fundamento.

Se acuerda, con la disidencia del doctor Spota, reconsiderar lo resuelto respecto al impedimento matrimonial entre los parientes de tercer grado de consanguinidad y se declara que conviene suprimirlo.

CAPÍTULO III

De las diligencias previas

PUNTO 2º — El doctor Spota hace presente que en la sesión pasada se discutió el punto materia de su moción y que se cambiaron opiniones al respecto. Expresa que muy poco debe agregar a lo ya dicho y que sólo quiere resumir el problema. Considera que el Proyecto se inspira en razones de eugenesia evidentes cuando impide el matrimonio de los dementes “de facto”, es decir, no declarados tales en juicio. Contra tal

Impedimentos.
Falta de discernimiento o de la voluntad. (Art. 339, inc. 8º).

principio nada tiene que observar. Pero el procedimiento establecido en el art. 349, si bien tiene la ventaja de disponer que la oposición al matrimonio se resolvería en juicio sumario, peca, a su juicio, por incompleto, desde que puede constituir la denuncia de “perturbación enfermiza del espíritu” (inc. 8º, del art. 339), un instrumento peligroso en manos sin escrúpulos y la institución legal vendría así a desempeñar un papel que no pudo estar en el espíritu de quienes auspician este impedimento. De ahí que considera que debe rodearse de mayores garantías a la denuncia. Dos procedimientos pueden concebirse: 1º, que la denuncia reciba la adhesión del Ministerio Público, quien recabará un certificado médico y la acogerá, si, “prima facie”, está bien fundada; recién entonces, queda abierto el juicio sumario de oposición; 2º, que al denunciante se lo obligue a iniciar el juicio de insania. Este último procedimiento no lo considera conveniente, ya que bastaría la simple iniciación del juicio para que el matrimonio resulte obstaculizado durante toda la substanciación de aquél que puede insumir años. Por ello, estima que el procedimiento indicado en primer término es el que debe adoptarse.

El doctor Lafaille recuerda cuál es la situación en que estuvieron colocados los redactores del Proyecto. En cuanto a las personas desprovistas de discernimiento para contraer matrimonio, establecieron un distingo. El demente declarado en juicio es un incapaz absoluto y no puede casarse. Pero cuando se trata de una persona privada de razón, mas no reconocida judicialmente como tal, ¿debe seguirse el sistema vigente en el que faltaría impedimento para contraer matrimonio? Ello presenta el inconveniente de permitir la celebración, y después de producido el mal, concede la posibilidad de anular el acto. En cambio, el Proyecto previene el mayor daño, o sea el de autorizar matrimonios destinados a la desgracia y que de ellos surjan hijos tarados. El peligro que señalaban algunos, especialmente el doctor Rayces, es el de que con ello podría fomentarse la extorsión. Para reprimirla, hay sanciones propuestas como la que establece la responsabilidad para quienes se opusieran arbitrariamente. También dice el art. 349 que la oposición será resuelta en juicio sumario en el cual, tratándose entonces de una denuncia de demencia, el juez tendrá que tomar precauciones y pedirá antecedentes. En ese

juicio sumario, a pesar de su rapidez, el juez podrá requerir informes y si ve que realmente hay motivos para que el casamiento no se formalice, admitirá el impedimento. Cree, por lo tanto, que está salvado el punto dentro del Proyecto.

El doctor Rey entiende que no habría inconveniente en autorizar a los jueces para desestimar la oposición, cuando sea indudable que la misma carece de fundamento serio, a semejanza de lo que dispone el art. 174 del Código francés y enseñan sus comentaristas, con lo cual quedaría eliminado el peligro señalado por el doctor Spota, por lo menos en gran parte. Fuera de tal hipótesis, correspondería intimar al oponente que promueva el correspondiente juicio de interdicción dentro del breve plazo que el juez señale, pues no es admisible que fuera de ese principio en el procedimiento sumario de la oposición y sin las seguridades previstas en el tít. III, de la sección I del libro I del Proyecto, se declare la incapacidad de una persona.

El doctor Lafaille dice que no se habla de insania propiamente; en el inc. 8º, del art. 339, se contempla el supuesto “de perturbación enfermiza del espíritu, excluyente del discernimiento o de la voluntad”. Existe, entre otras y aparte de las ya señaladas, esta diferencia: para someter a interdicción a un individuo se necesita que su estado sea permanente, habitual y para declarar la nulidad del matrimonio podría presentarse una ofuscación transitoria, como la derivada del alcohol, de los estupefacientes, de un ataque o del delirio, para no citar más que algunos ejemplos. En circunstancias en que se presenta a contraer matrimonio una persona privada de discernimiento debe impedírsele; eso lo puede resolver el juez en forma sumaria.

El doctor Rey manifiesta que el inc. 8º, del art. 339 no se refiere a los casos de embriaguez ni de uso de tóxicos, que están previstos en el inc. 9º, y tampoco comprende los estados de perturbación transitorios, pues expresamente los excluye. La nota de Bibiloni correspondiente al inciso en discusión, con la cita de los artículos del Código alemán, parece autorizar la correlación entre la hipótesis prevista en el art. 339, inc. 8º del Proyecto de la Comisión y la prevista en el título de la interdicción.

A los efectos de aclarar el juego de la norma proyectada el doctor Lafaille trae a colación el siguiente caso: supone que se trate de sujetos atacados de parálisis general; por medio de un tratamiento médico —v. gr., la malarioterapia— uno de ellos presenta un estado de remisión, o intervalos más o menos lúcidos, pretendiendo en cualquiera de estos momentos, reales o supuestos, contraer matrimonio. Para evitarlo no sería indispensable una sentencia de insania, ni un juicio de ese género, bastaría simplemente con que en el instante en que comparece ante el oficial público estuviera desprovisto de discernimiento, o que tal fuese su estado ordinario.

El doctor Rey expresa que si se tratara de un caso de imposibilidad de expresar el consentimiento, es claro que el matrimonio no podría celebrarse por falta de un requisito indispensable (art. 351), pero insiste en que no cabe declarar la incapacidad mental de una persona fuera del procedimiento de interdicción que establece el Proyecto.

El doctor Lafaille estima que con el sistema que se preconiza no habrá diferencia entre el insano declarado y el contemplado en el inc. 8°. Y, sin embargo, en la vida real es frecuente que una persona, sin caer en demencia, carezca de discernimiento.

El doctor Rey expresa que, aun cuando se permitiera dilucidar esas cuestiones en el procedimiento de la oposición, ello se convertiría en la práctica en un juicio de insania.

El doctor Lafaille replica que ello ha ocurrido, p. ej., en los casos de interdictos posesorios. Ha resultado, en efecto, que ellos y las acciones se tramitan igualmente en juicio ordinario. Pero eso, agrega, es por obra de una corruptela.

El doctor Rey pregunta ¿en qué situación quedaría la persona a la que se le ha impedido el matrimonio por haber declarado el juez, en el juicio sucesorio de oposición, que se hallaba en “estado de perturbación enfermiza del espíritu, excluyente del discernimiento o de la voluntad”? ¿Quién se atrevería a contratar con ella después de semejante declaración? ¿Y qué camino le quedaría para poner remedio a esa situación? ¿Presentarse ante juez competente para que se reconozca su capacidad?

El doctor Lafaille manifiesta que a esa persona no le correspondería promover gestión alguna. Podría deducirse una

oposición, que sería ventilada sumariamente. Entre tanto, el matrimonio quedaría en suspenso: y si prosperase la incidencia, no llegaría a celebrarse. Sería, dice, el caso, por ejemplo, de un morfinómano o de un sujeto hipnotizado. En vez de sancionar una nulidad —que llega tarde—, debe prohibirse el matrimonio.

El doctor Rayces manifiesta que no iba a insistir en la proposición formulada en la sesión anterior; pero, ante lo expresado en el curso de la discusión, cree que debe adoptarse el procedimiento de todo juicio de insania. Si la persona a quien el juez ha declarado privada de discernimiento al solo efecto del impedimento para el matrimonio, quiere realizar un negocio, u otorgar un testamento, ¿podrá hacerlo válidamente? Basta esta pregunta para advertir que se trata de algo cuya regulación debe hacerse con sumo cuidado.

El doctor Lafaille expresa que debe evitarse una confusión entre el juicio de demencia, que es una cosa, y la falta de discernimiento para manifestar la voluntad, que es otra. Si se deja de lado el matrimonio y se consideran los actos jurídicos, se apreciará perfectamente la diferencia.

El doctor Rey observa que conforme al art. 339, inc. 8º, el juez debe declarar que esa persona se halla en estado enfermizo del espíritu excluyente del discernimiento.

El doctor Acuña Anzorena considera que debe tenerse en cuenta que el inc. 8º, del art. 339, dice: “...excluyente del discernimiento de la voluntad, a menos de ser transitorio”. Quiere decir —añade— que si es transitorio no es impedimento y si es permanente es un caso de insania.

El doctor Lafaille observa que no llega a tanto el Proyecto; ya que si tal se creyera, habría que promover el juicio previo de insania.

El doctor Acuña Anzorena entiende que debe suprimirse el inc. 8º.

El doctor Lafaille, pregunta: Si el demente que sin estar declarado, pretendiera casarse, ¿cómo se le impediría que cumpliera su propósito?

El doctor Rey manifiesta que el matrimonio quedaría en suspenso hasta que se decidiera el juicio de insania.

El doctor Lafaille replica que una cosa es lo transitorio

y otra lo habitual, carácter que tanto el Código como el Proyecto imponen para declarar la incapacidad en estos casos.

El doctor Rey insiste en sus afirmaciones anteriores que, a su juicio, encuentran apoyo en la respectiva nota de Bibiloni.

El doctor Lafaille se refiere a las complicaciones que implica exigir el juicio de insania.

El doctor Spota considera, asimismo, que el juicio de insania es excesivo ya que es suficiente que el denunciante inicie dicho juicio para que, durante uno, dos o tres años, esté impedido el denunciado para contraer enlace. A este respecto, el sistema acogido en el Proyecto es más prudente.

El doctor Lafaille hace presente que el juez se limitará a declarar que el peticionante se encuentra en el caso del inc. 8º.

El doctor Bustamante pregunta: si resulta que en el juicio de insania se le declara demente, ¿cómo queda ese matrimonio después de permitido?

El doctor Lafaille contesta que tal matrimonio sería anulable, demostrando que la falta de discernimiento existía en la fecha de la celebración. La sentencia del juez, aceptando el impedimento, no prejuzga sobre la insania del individuo, si bien podría ser un antecedente para dictarla. Es alarmante lo que se desprende de las estadísticas, que revelan un gran número de alienados existentes en el país, de los cuales son pocos los declarados tales en juicio. Es necesario evitar que uno de esos individuos llegue a contraer matrimonio.

El doctor Rayees expresa que la denuncia basta para que se detenga el matrimonio, pero no basta para impedirlo. Considera que debe mantenerse el orden social impidiendo el casamiento, ante una simple denuncia, durante todo el curso del procedimiento de insania.

El doctor Rey expresa que, según el art. 23 del Proyecto, las personas naturales son consideradas capaces mientras no sea declarada su incapacidad, y que ésta sólo puede establecerse, respecto del caso previsto en el inc. 3º de dicho artículo, mediante el respectivo juicio de interdicción previsto en los arts. 46 y sigts.

El doctor Lafaille manifiesta que este sistema presenta el grave defecto de confundir el impedimento del inc. 8º con la cuestión de la demencia. No concurren los mismos requisi-

tos en uno y otro supuesto: una persona puede estar privada de discernimiento para casarse y no reunir los extremos necesarios para ser declarado demente. Con el criterio que se auspicia llegamos a que sólo quedarían impedidos para casarse los dementes declarados en juicio. En cuanto a los demás, no habría manera de evitar que contrajesen matrimonio. Plantea ese problema.

El doctor Rey se refiere nuevamente a la situación en que se hallaría la persona a quien se declarase solamente comprendida en el inc. 8º del art. 339 en el juicio de oposición. Entiende que la situación que se ha querido contemplar es la demencia no declarada.

El doctor Acuña Anzorena recuerda que el término “transitorio”, del inc. 8º, no implica “estado habitual”.

El doctor Lafaille aclara que así como no nos sorprende que se anule un acto jurídico por falta de discernimiento, tampoco puede sorprendernos lo que establece el inc. 8º, el cual contempla el caso en que se carezca de este requisito al celebrar el matrimonio.

El doctor Rayces manifiesta que, en verdad, es concebible que se anule un acto jurídico, cuando se demuestra que ha sido realizado en un momento de privación de razón; pero es algo serio y grave establecer como impedimento la privación accidental de razón, si no se le reviste de garantías que concurran a amparar al supuesto impedido. El que hace la denuncia debe obrar con seriedad, iniciando el juicio de insania. De este modo sólo se llevarán al Tribunal los casos en que verdaderamente haya una fuerte presunción del estado de perturbación enfermiza del futuro contrayente. No estableciéndose esas medidas de seguridad proliferarán las denuncias sin fundamento obedeciendo a móviles incompatibles. Y cabe, entonces, preguntar: ¿cuáles desventajas son mayores: las resultantes de una reglamentación liberal, del impedimento que nos ocupa, o las que puede traer el procedimiento del juicio de insania?

El doctor Lafaille dice que las hipótesis de lo que puede suceder son muy peligrosas, cuando no se fundan en bases seguras. ¿Que no puede asimilarse este caso al de los actos jurídicos en general? Comprende que existan sus peculiaridades, entre ellas el régimen de los impedimentos no existe para los

demás actos y sí para el matrimonio. Pero, dentro de la ley núm. 2393, éste es ni más ni menos, que un acto jurídico, de gran importancia, si se quiere, pero acto jurídico, al fin y al cabo. Cuando el médico, sin procedimiento alguno, sin más garantía que su ciencia y conciencia, dice: “Este señor no puede casarse por que está afectado de una enfermedad venérea”, lo cual constituye impedimento, según la ley especial, se está en presencia de un régimen más severo que el proyectado en el inc. 8º, art. 339 y en el art. 349, puesto que en este último caso ya que es el juez en juicio sumario —y no el médico— el que pone obstáculo a la celebración.

El doctor Rey hace presente que esa situación no se vincula con la capacidad de las personas naturales. La ley mencionada sólo se refiere a las enfermedades venéreas.

El doctor Lafaille explica que su argumento vale, aún si se lo limita a las enfermedades venéreas, ya que tanto en las enfermedades venéreas como en las de la mente o espíritu, se le impide al individuo celebrar matrimonio y no se prejuzga sobre su capacidad. El juez declara simplemente que la persona en cuestión no puede celebrar matrimonio porque no está en su discernimiento.

El doctor Rayces expresa que son cosas distintas las enfermedades mentales y las venéreas. Estas últimas se constatan por procedimientos que las ponen en evidencia de inmediato; mientras que las afecciones de la mente presentan grados y matices que deben examinarse detenidamente antes de aventurar un diagnóstico de suyo delicadísimo. No cree que exista el caso de que pueda ponerse en duda que una persona sea sífilítica cuando el análisis da ese resultado. En cambio, la determinación del grado de la perturbación mental requiere una serie de cuidadosos exámenes. Por ello, no encuentra concluyentes las observaciones que se han hecho para desechár el temor que le ha llevado a pensar en la inconveniencia de que se vaya al juicio de insania. Cree que mayores son las desventajas a que puede dar lugar un procedimiento sin trabas, que las que podría ocasionar el procedimiento que propuso.

El doctor Lafaille considera que, con el sistema propuesto, los inconvenientes de la denuncia se acentúan, lo que no sucede con el procedimiento sumario de que habla el art. 349. El

régimen auspicado conduce a que el juez abra un juicio de demencia en que se decidirá sobre la capacidad o incapacidad del individuo. En cambio, adoptado el criterio del Proyecto, se resuelve tan sólo en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio, de suerte que podrían descartarse de inmediato las denuncias dolosas o infundadas, sin prolongar la incertidumbre con todas sus desventajas. Por ello la enmienda no es acertada, ya que contradice sus propios fines.

El doctor Rayces manifiesta que aceptaría otro sistema que el auspicado por él, siempre que ofreciera las garantías del juicio de insania.

El doctor Lafaille observa que la expresión “juicio sumario” del art. 349, sin establecer término, es suficiente para llamar la atención de que no se resolverá la oposición en un procedimiento sumarísimo, sino que pueden haber los informes de los médicos de los tribunales, sin tener que deducirse todo un juicio de insania.

El doctor Bustamante propone que se sustituya la expresión del inc. 8º, del art. 339: “en estado de perturbación enfermiza del espíritu” por la siguiente: “la interposición del juicio de insania”.

El doctor Lafaille hace presente que la primera cuestión que debe decidirse es la planteada por los doctores Rey y Acuña Anzorena, en el sentido de que se precise y aclare el inc. 8º, del art. 339, de tal modo que comprenda sólo los casos en que el enfermo mental no hubiera sido declarado insano, pero que revistiere todos los caracteres de la demencia. Luego viene la segunda cuestión: si hay necesidad de hacer el juicio de demencia o si podrá tener lugar un procedimiento sumario.

Con relación a la primera cuestión planteada, el doctor Rey dice, que no obstante las dificultades que presenta el asunto, entiende que el inc. 8º, del art. 339 sólo contempla la situación de los insanos no declarados.

El doctor Lafaille hace presente que todos los psiquiatras se refieren a una zona media de individuos que puedan estar privados de discernimiento; esos sujetos —se pregunta— ¿están imposibilitados o no para contraer matrimonio? La cuestión, entonces, es la de decidir si el impedimento del

inc. 8º debe o no limitarse al individuo que tuviera las condiciones para ser declarado demente.

El doctor Acuña Anzorena expresa la duda de si es posible encontrar una persona privada de discernimiento, no en forma transitoria, que no encuadre dentro de la fórmula legal de la insania.

El doctor Rayces manifiesta que no cree que pueda haber impedimento que no caiga dentro de lo establecido por el art. 46: "enfermedad mental, insuficiencia, desequilibrio o debilitación de sus facultades".

El doctor Lafaille observa que, en el Proyecto, la extensión del concepto de demencia es mucho mayor que en el art. 141 del Código vigente. Pero el mismo art. 46 no comprende el supuesto del Oficial Público que se encuentra con un individuo que pretenda casarse, a pesar de carecer de discernimiento, aunque ello no fuese habitual.

El doctor Acuña Anzorena entiende que, en el supuesto señalado por el doctor Lafaille, no tratándose de un impedimento, el Oficial Público debe celebrar el matrimonio.

Se resuelve, con la salvedad que surge de las opiniones de los doctores Lafaille y Spota, modificar el inc. 8º, del art. 339, estableciendo que el impedimento rige para aquellas personas que, hallándose en el caso contemplado en el art. 46, aún no hubieran sido sometidas a interdicción. En tal caso, la persona que dedujera la oposición, iniciará el juicio de insania, durante cuya secuela quedará suspendido el matrimonio.

Orden del día para la sesión siguiente. — Consideración de los arts. 351 y siguientes.

REUNION N° 51

—Buenos Aires, catorce de agosto de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTE: Doctores Carlos M. Vico (presidente "ad-hoc"), Alberto G. Spota (secretario), Dalmiro A. Alsina, Fernando M. Bustamante, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO IV

De la celebración

Artículo 351.— El doctor Bustamante observa que el art. 351 dice: "...ante el Oficial Público a cargo del Registro Civil" y, sin embargo, en otras disposiciones, para ciertos casos, se autoriza a celebrar el matrimonio hasta al mismo juez de paz. Formula la indicación de que se designe en dicho artículo al Oficial Público que comprenda a las autoridades a que se refieren otros artículos, como el 356 y 357.

Designación del oficial público. (Art. 351).

Artículo 351 (bis).— El doctor Spota se refiere al matrimonio por poder y estima que debe ser autorizado en casos muy especiales, ya que se presenta siempre el problema de una posible revocación del mandato con todos los graves conflictos que con ello pueden provocarse. Cuando se trata de cuestiones patrimoniales —agrega— el problema no es difícil; pero cuando está de por medio la familia, el legislador debe proceder con cautela al aceptar la referida institución. Podría, entonces, establecerse que el matrimonio por poder sólo tendrá lugar cuando uno de los futuros contrayentes resida fuera del país. Sin embargo, podría admitirse aun viviendo ambos contrayentes en el mismo, cuando se aleguen causas graves, debiendo el juez del lugar de la residencia de uno de los futuros esposos acordar la venia, si se trata del matrimonio de un penado que está cumpliendo condena en un lugar lejano al de la residencia del otro contrayente. No es posible exigir que este último se traslade al penal para contraer matrimonio. Otro problema, como ya lo hizo notar el expositor, es el que se refiere a la revocación del poder, cuando el matrimonio, en la ignorancia de ello, se hubiere celebrado. Por ello, convendría establecer: 1º, un término dentro del cual el mandato conserva su vigencia: es decir, un plazo máximo de validez; 2º, que la revocación efectuada por el futuro esposo no tiene efecto para el otro contrayente cuando medió cohabitación. Un ejemplo puede traerse a colación: una persona da poder para contraer matrimonio; luego revoca dicho poder; pero el matrimonio se

Matrimonio por poder. (Art. 351, 2ª parte).

realiza porque no se tiene conocimiento de tal revocación. El esposo se dirige al punto donde vive su mujer y cohabita con ella. Esa revocación no se puede oponer a la mujer que ha procedido de buena fe.

El doctor Alsina dice que, en esa hipótesis, la revocación no sería imponible a la mujer, por ser ésta un tercero de buena fe.

El doctor Spota expresa su duda respecto a la audiencia para resolver esta cuestión de las reglas de la buena fe, ya que se trata de una institución donde lo esencial es que las dos partes den su consentimiento para que exista matrimonio. Debe tenerse presente que el individuo revoca el poder porque no tiene intención de contraer matrimonio. De ahí que la buena fe no puede tener por consecuencia que el matrimonio se considere realizado, salvo en casos graves: v. gr., si medió cohabitación y el que revocó el poder hallábase en condiciones de contraer matrimonio en esa oportunidad. En esa circunstancia, la revocación del poder es inoponible al esposo de buena fe.

El doctor Rey pregunta si se entiende que los referidos inconvenientes quedarían subsanados con la proposición del doctor Spota de establecer un término de validez del mandato.

El doctor Spota estima que si bien debe entenderse que el mandato vale dentro de ese plazo, no es éste irrevocable.

El doctor Bustamante hace notar que, existiendo medios de comunicación rápidos como el telégrafo, un mandato puede revocarse telegráficamente dirigiéndose al Registro Civil o la futura cónyuge.

El doctor Spota manifiesta que quizá podría establecerse que la revocación debe siempre hacerse en esa forma.

El doctor Bustamante observa, sin embargo, la importancia de la autenticidad de la revocación.

El doctor Vieo indica que podría resultar un arbitrio establecer que el poder debe tener, fijado por el poderdante, un término de validez dentro del cual debe celebrarse el matrimonio, salvo una revocación que fuese iniciada por el mismo antes de vencer dicho término fijado. Eso podría ser una solución a tratarse en la próxima reunión.

El doctor Spota recuerda que en el derecho canónico la institución de los esposales, en principio, obligaba a uno

de los prometidos a contraer matrimonio y ello vendría a implantarse con tal proposición ya que se estaría en presencia de una verdadera promesa del poderdante de contraer matrimonio dentro de un plazo determinado. Pero no es posible sancionar una norma contraria a la regla fundamental de que no hay matrimonio sin el consentimiento de las dos partes. De ahí que la revocatoria del poder siempre debe ser posible.

El doctor Vico manifiesta que existe ese peligro con el sistema actual de no limitar el poder; en cambio, con los arbitrios que se proponen, se limitan las consecuencias de la situación actual.

El doctor Spota estima que el poder para contraer enlace, tal cual está reglado en el art. 351, puede ser revocable.

El doctor Alsina considera que funcionarían las reglas del mandato. Estas reglas del mandato se aplican a situaciones como las contempladas en el art. 351. Se habla de un "poder" y hay que referirse a ellas. Dentro de la legislación actual el contrayente de buena fe, estaría cubierto por su ignorancia de la revocación.

El doctor Spota observa que jamás puede existir matrimonio sin el consentimiento de ambas partes.

Quedan planteadas estas cuestiones para la próxima reunión.

Artículo 353.— El doctor Spota expresa que, con la exigencia de los cuatro testigos, está cumplida la finalidad de que en estos casos especiales el matrimonio se realice con la mayor publicidad. Dejar la casa abierta al libre acceso del público no parece constituir más garantía, especialmente si media una situación de enfermedad, pudiéndose afirmar que con la presencia de los cuatro testigos se ha alcanzado la "ratio legis" de la disposición. Abrir de par en par las puertas de la casa significa establecer un precepto de difícil cumplimiento. Propone, entonces, que se suprima la parte que dice: "la casa quedará abierta al libre acceso del público".

El doctor Rayces pone de relieve que la exigencia legal hasta podría dar lugar a que se anulase el matrimonio probándose que no se han abierto las puertas.

El doctor Rey hace presente que Bibiloni proyectó esta disposición bajo la fuerte impresión que le causó un caso

Celebración fuera
de la oficina. Ex-
cepción. (Art. 353).

anormal. Una familia atrajo a su casa al individuo elegido como esposo de una de las hijas; se llamó al jefe del Registro Civil y se le obligó con armas a que los casara. Había cuatro testigos, pero eran parientes, y todo se hizo a puertas cerradas. El Oficial Público celebró el matrimonio ante las amenazas de que era objeto, pero cuando salió de allí rompió el acta del matrimonio, de manera que desapareció la prueba del mismo. Bibiloni proyectó esta disposición para impedir sucesos semejantes. Le parece útil la exigencia de que de los cuatro testigos, dos, por lo menos, no deben ser parientes de los cónyuges. Que la casa esté abierta o no lo considera ineficaz, porque no es lo más probable que haya quien intente entrar en casa ajena sin tener algún motivo para ello.

Queda formulada así la proposición del doctor Spota para que en el art. 353 se suprima: "La casa quedará abierta al libre acceso del público".

Formalidades que
deben cumplirse en
el acto. (Art. 354).

Artículo 354. — El doctor Spota propone que se suprima todo lo que se expresa entre comillas, mejor dicho desde la palabra "pronunciará" hasta "luego". Cree que debe mantenerse el sistema vigente. Las normas deben ser preceptivas. Deben establecer reglas, que, en primer lugar, las entiendan los contrayentes y el público grueso, se podría decir y, en segundo lugar, que sigan el curso de las leyes vigentes y del derecho comparado que no tienen estas declaraciones fuera de lugar. Por otra parte, su moción concuerda con la que se hizo en un comienzo al considerarse el art. 333 de este Proyecto que dice: "Este Código reconoce en la familia legítima la base primordial de la sociedad y en el matrimonio la fuente de aquélla". Esta parte del artículo quedó ya suprimida; entonces, con un espíritu de concordancia con tal decisión, debiera suprimirse también todo este largo enunciado del 354. Basta, pues, que el Oficial Público exprese a los contrayentes cuáles son sus obligaciones como marido y mujer y que pronuncie que ante la ley quedan unidos en matrimonio. Lo importante es que ellos se den cuenta del acto serio que acaban de realizar y de las obligaciones que contraen.

El doctor Rey hace notar que la única razón de esas palabras entre comillas es la que ha indicado la Comisión en su informe. Sus miembros han entendido que debe darse al acto de celebración del matrimonio civil un aspecto más

solemne. No han creído, por cierto, que baste pronunciar las palabras en cuestión, sino en lugar y circunstancias adecuadas que, naturalmente, no corresponde reglamentar en el Código Civil.

El doctor Bustamante observa que la falta de lectura de esta parte del artículo puede causar la nulidad del matrimonio.

El doctor Spota estima que el párrafo en cuestión tiene un efecto jurídico muy grande, que es este: surge una cuestión que interesa a una familia no legítima. ¿Puede el juez, basándose en tal párrafo, negar los derechos de esas personas que están alegando una relación de parentesco no legítima, porque sólo la familia legítima es la base primordial de la sociedad? De ahí que, por las razones expresadas cuando se suprimió la primera parte del art. 333, se debió eliminar dicho párrafo, o por lo menos, modificar su redacción.

El doctor Vico recuerda que en Francia se suscitó la cuestión de la conveniencia de dar mayor solemnidad al matrimonio y se impuso que los oficiales públicos se colocaran la banda tricolor. Añade que, en cuanto a la última parte del artículo, puede dar lugar a la desnaturalización de la oficina del Registro Civil, sobre todo cuando los contrayentes quieran hacer consagrar su unión por más de un ministro, resultando lo que pasa en las dinastías europeas en que hay en los matrimonios de príncipes un desfile de ministros de diversas religiones. Parece que el lugar del matrimonio civil debe ser civil y desde que no se le prohíbe hacer la consagración religiosa en los lugares designados a tal efecto, no tiene por qué convertirse el Registro Civil en un local donde se realicen actos de esta especie. Formula la moción de que se suprima esa última parte.

El doctor Spota manifiesta que debe contemplarse el caso de que los contrayentes no dominen el idioma nacional y no entiendan las palabras pronunciadas por el oficial del Registro Civil. Como el consentimiento deben prestarlo personalmente los contrayentes ¿no sería conveniente que el Oficial Público pueda hacerse asistir por un traductor público?

Quedan planteadas las referidas cuestiones.

Artículo 355. — El doctor Vico observa que el inc. 2º no menciona la nacionalidad sino lugar del nacimiento de los contrayentes. Como las estadísticas requieren la mención de

Solemnidad.

Celebración del matrimonio religioso en la oficina del Registro. (Art. 354).

Contrayentes que no poseen el idioma nacional. (Art. 354).

Requisitos. Nacionalidad de los contrayentes. (Art. 355, inc. 2º).

la nacionalidad de los padres, estima que la de los contrayentes también se debe requerir.

El doctor Spota expresa que se podría exigir que cuando los contrayentes no sepan firmar se coloque la impresión digital.

El doctor Rayces hace notar que ello ya está dispuesto para todas las escrituras y, por lo tanto, debe regir aquí también.

Queda planteada la moción del doctor Vieo para que en el inc. 2º de este artículo se haga constar la nacionalidad de los contrayentes.

Matrimonio "in extremis". (Art. 356).

Artículo 356. — El doctor Spota manifiesta que, en ciertos casos, en nuestro dilatado país, va a ser difícil hallar a mano, cuando más pronto se requiere, puesto que se trata del matrimonio "in extremis", un funcionario judicial. Es necesario no apartarse de la realidad argentina: en esas regiones patagónicas, en muchos casos no va a ser posible hallar juez antes de que el desenlace se produzca. El sistema debe, por lo tanto, ser otro. Al respecto se puede inspirar en lo resuelto por el Código Civil brasileño. Tiene el Brasil el mismo problema que nuestro país y su Código lo regula en esta forma: el matrimonio se puede realizar ante seis testigos, sin funcionario de ninguna especie. Los testigos deben concurrir ante la autoridad judicial más próxima y manifestar lo visto. Corresponde entonces al magistrado realizar una serie de diligencias para asegurarse de la veracidad y procedencia del matrimonio "in extremis".

El doctor Rayces pregunta ¿cuál será la condición jurídica de los contrayentes?, si alguno de los seis testigos no comparece ante la autoridad judicial.

El doctor Spota expresa que propone una solución para un caso evidente. No existe el funcionario judicial, no existe el médico tampoco: ¿debe excluirse otro arbitrio? Entonces, o se otorga atribuciones a un funcionario meramente administrativo, o se acuerdan esas atribuciones a los testigos.

El doctor Rayces expresa que le parece muy bien lo de los seis testigos, pero no quisiera restarle eficacia. Bastaría que uno de los seis llenase la formalidad, ya que no sería justo ni razonable que la indolencia de cualquiera de los testigos tuviese por consecuencia la anulación del matrimonio.

El doctor Vico observa que en esos lugares desiertos, casi todos son analfabetos y, entonces, lo más probable es que los testigos también lo sean.

El doctor Spota insiste en la conveniencia de adoptar la solución brasileña, porque acordándose esa atribución a los funcionarios administrativos el problema subsiste, puesto que hay centros de población que ni siquiera tienen un policía.

El doctor Vico, con respecto a este artículo, propone que se reemplace la expresión: "...a la sección correspondiente del Registro Civil...", por esta otra: "...al Registro Civil correspondiente al domicilio de uno de los contrayentes...".

Artículo 357. — El doctor Bustamante manifiesta que donde no hay Registro Civil tampoco habrá autoridad judicial.

El doctor Vico recuerda que existe un funcionario: el alcalde. Añade que en ese artículo debía decirse: "incluso las seguidas antes los jueces".

El doctor Spota pregunta si tal proposición se refiere a los casos de oposiciones.

El doctor Bustamante observa que, entonces, se obliga a reponer el sellado.

El doctor Spota considera que las ventajas de la exclusión son mayores que las desventajas; debería ser todo el procedimiento gratuito, aun en el caso de mediar oposiciones y para el trámite de éstas.

El doctor Bustamante expresa que ello sería sin perjuicio de que luego se impusieran las costas.

El doctor Spota manifiesta que así debería ser; pero la reposición del sellado no se puede imponer, a menos de decirlo expresamente.

Gratuidad de las actuaciones. Registro. (Art. 357).

CAPÍTULO V

De la prueba del matrimonio

Artículo 358. — Con referencia a este artículo, expresa el doctor Alsina que hay que considerar la situación de los matrimonios anteriores a la vigencia del Código. En el "Título Complementario" no se dice que la prueba se rija por la ley de la fecha de la celebración del matrimonio. El art. 2139 dice: "La ley en vigor al tiempo de celebrarse el acto jurídico

Prueba del matrimonio. Matrimonio anterior. (Arts. 358 y 2139).



regirá la capacidad de las partes, el objeto, la forma, las causas de nulidad o rescisión, así como los efectos producidos por ellos". Pregunta si acaso en la expresión "la forma" habrá querido incluirse también "la prueba". Entonces, a modo de aclaración —manifiesta— se podría hacer constar que en cuanto a los matrimonios anteriores, en virtud del art. 2139, se deben regir por la ley de la fecha de la celebración del matrimonio. Queda planteada la cuestión.

Alcance del término "irregularidades" del acta. (Art. 359).

Artículo 359. — El doctor Spota pregunta a qué irregularidades se refiere el artículo. ¿Son defectos de forma?

El doctor Vico contesta que a las irregularidades formales.

El doctor Spota considera que la misma ausencia de firma puede ser una irregularidad y, sin embargo, es algo más que un vicio de forma. Este término, pues, es muy amplio y por ello propone que se aclare su significado.

El doctor Rey considera conveniente aclarar a qué irregularidades se refiere el artículo, para evitar las divergencias que han tenido lugar entre los comentaristas franceses.

El doctor Vico observa que los "requisitos formales" no quiere decir "substanciales".

Prueba supletoria. (Art. 360).

Artículo 360. — El doctor Alsina estima que debe efectuarse una ampliación en la prueba supletoria, como se hizo con la prueba del nacimiento a fin de que con ella se acredite el matrimonio no sólo en el caso de destrucción, de irregularidad, de imposibilidad material, sino también en el caso de imposibilidad de cualquier género: v. gr., si existen hijos que ignoran el lugar exacto de la celebración del matrimonio de los padres que han muerto. Trae a colación el siguiente caso: se trataba de un huérfano, inmigrante, que no conservaba ninguna vinculación con las gentes del lugar del casamiento de sus padres. Sabía el país, pero no la fecha ni el lugar preciso dentro de dicho país. Con tan escasos datos era inútil realizar búsquedas. Entonces se alegó, ante los tribunales, esa circunstancia y se probó el matrimonio por posesión de estado, la cual constituye una prueba supletoria. Se ha dado el caso, agrega, no sólo de un menor huérfano, sino de un anciano más que octogenario que no recordaba el lugar y fecha del matrimonio. Es por ello que hay que concebir una fórmula general que permita resolver estas cuestiones con criterio de circunstancias. Queda planteada la cuestión.

El doctor Spota indica que debe contemplarse el supuesto de que no exista el acta por dolo o culpa del Oficial Público. Ya no es el caso de que no exista Registro, sino que el Oficial Público no ha redactado el acta por negligencia o malevolencia. El Registro no se ha llevado con irregularidad, *sino que se ha llevado perfectamente*, pero el acta no se ha redactado: fué omitida, culpable o dolosamente.

Acta. Omisión en el Registro. (Art. 360).

El doctor Alsina manifiesta que el hecho de haberla omitido, podría conceptuarse como *irregularidad* del Registro.

El doctor Spota manifiesta que aquilata debidamente las razones de la Comisión al modificar el sistema vigente, porque entiende que un Oficial Público puede cometer estos actos, por dolo o negligencia. Sin embargo, la legislación comparada prevé el supuesto y acuerda a los perjudicados el derecho de considerarse como marido y mujer siempre que tengan la posesión de estado. Debe, pues, preverse el supuesto que ya existe en la ley vigente. Ningún Oficial Público puede verse afectado por la inclusión de esta disposición en la ley. Propone que se vuelva al sistema vigente.

El doctor Vico observa que los comparecientes deben suscribir, como forma substancial, el acta, y si ello falta, no hay matrimonio.

El doctor Spota expresa que no debe olvidarse la realidad, o sea que no todos conocen la ley.

El doctor Vico hace notar que el punto está íntimamente ligado con los efectos de la ignorancia de la ley.

El doctor Spota recuerda una norma del Código Civil mejicano que establece que la ignorancia de la ley debe tener efectos relativos, en el sentido de que el legislador debe amparar a quienes ignoran, por su condición económica, social, etc., la ley, y no hacer pesar el delito del Oficial Público sobre ellos; sobre todo si han vivido en matrimonio y demuestran que el mismo existe. Se cometerá, de lo contrario, una injusticia que no tienen ellos porqué sufrir. Por lo demás, estima que la reforma a la ley vigente es meramente de redacción.

El doctor Vico pregunta si en el caso de que se invoque la posesión de estado y al mismo tiempo la falta del acta y de la copia, que según los artículos ya considerados debe entregar inmediatamente de la celebración el Oficial a los

contrayentes, esa invocación no da lugar al juicio criminal a que se refiere la segunda parte del artículo. De este modo quedaría solucionada la cuestión, por la segunda parte.

El doctor Spota observa que, en el caso supuesto, no media destrucción, falsificación o pérdida del acta. Esta ha sido omitida por el Oficial Público. El perjudicado debe probar el delito del Oficial y la posesión del estado. En Francia e Italia se establecen disposiciones similares que también deben establecerse en el Proyecto. Además, existen las diligencias previas; pero el acta no se redactó. Se prueban las diligencias, la posesión de estado, la culpa del Oficial, ¿qué más se puede exigir para acreditar que medió matrimonio?

El doctor Alsina agrega que ello es así, sobre todo, si la solemnidad existió. No faltaría más que la agregación al libro respectivo.

El doctor Bustamante observa que el acta se extiende en los libros.

El doctor Alsina reconoce que, por regla general, el acta deberá extenderse en un libro, ya foliado y encuadernado. Entonces, no podrá desaparecer por sí sola, sino en virtud de un acto ilícito. Pero no parece justo reducir el problema a su faz exclusivamente penal.

El doctor Bustamante expresa que únicamente en los casos del matrimonio “in extremis” el acta se hace por separado.

El doctor Alsina observa que ese sería, precisamente, el caso de actas que después van a insertarse en el libro correspondiente y que son llevadas por separado.

CAPÍTULO VI

Derechos y obligaciones de los esposos

Denominación del capítulo.

El doctor Bustamante propone que se substituya en la denominación del Capítulo VI el término “obligaciones” por “deberes”.

Efectos del matrimonio en cuanto a los cónyuges. Deberes y derechos de ambos. (Art. 361).

Artículo 361. — El doctor Vico formula reparos al segundo y tercer apartados en el sentido de que quedarán mejor concordados con el primero si no se refieren, el segundo, al marido y el tercero a la mujer. Dice el segundo apartado: “Es deber del marido aportar...”. Propone que diga: “Es deber de los esposos, y en especial del marido, aportar...”. Podría

ser el caso de un marido que quede inválido durante el matrimonio y que deba la mujer que tenga industria, hacer frente a las necesidades del hogar. En cuanto al tercer apartado que dice: “La esposa tendrá...”, propone que estas expresiones sean reemplazadas por estas otras: “Los esposos y, en especial, la mujer tendrán...”. Quedan planteadas dichas proposiciones.

Art. 362. — El doctor Spota pregunta si las “astreintes” están permitidas. Añade que quizá podría hablarse de “compulsión física o moral” en vez de compulsión personal.

El doctor Alsina expresa que la sanción estriba en el divorcio y en la privación de alimentos; que la primera es, también, una compulsión moral.

El doctor Spota plantea el caso de una esposa que no quiere llegar al divorcio.

El doctor Rayces propone que se sustituya la palabra “la mujer” por “los esposos”. Quedan planteadas las proposiciones.

Artículo 364. — El doctor Rayces estima que la redacción de este artículo es deficiente, porque si se contrata “dentro de los límites”, ¿cómo puede haber abuso?

El doctor Vico, concordantemente, expresa que dentro de los límites no hay abuso sino uso.

Queda incluida la proposición del doctor Rayces de que se aclare el alcance del segundo párrafo del art. 364.

Artículo 365. — El doctor Spota propone de que se restablezca el sistema que actualmente rige, es decir, el de la ley 11.357, con una limitación en lo que respecta al ejercicio de profesión por parte de la esposa. Esta limitación podría consistir en acordar al esposo derecho para oponerse —mediante presentación al Juez— a que la mujer se dedique a una profesión honesta, cuando ello puede tener por consecuencia que aquélla no cumpla con la dirección del hogar. La regla es la absoluta libertad de la mujer para ejercer cualquier industria, comercio, profesión, oficio honestos; pero el esposo tiene derecho a oponerse, cuando tal ejercicio perturba la obligación que la mujer ha contraído de dirigir el hogar.

El doctor Alsina indica que dentro de la ley de derechos civiles de la mujer, ésta puede ejercer cualquier profesión honesta y algunos comentaristas dicen que hay profesiones

Exoneración del deber de cohabitar. “Astreintes”. (Art. 362).

Actos de la vida doméstica. (Art. 364).

Ejercicio de profesiones, industrias, etcétera y realización de actos jurídicos por mujer casada. (Art. 365).

que no son deshonestas y que sin embargo el esposo no aceptará que sean ejercidas por su mujer.

Enumeración. (Art. 365, inc. 3º).

El doctor Vico manifiesta que, respecto al inc. 3º es conveniente eliminar la enumeración de las sociedades sustituyéndola por la expresión: "sociedades civiles o comerciales".

Conformidad de los esposos. (Art. 365, incs. 4º, 5º y 6º).

El doctor Rayces, con respecto a los tres últimos incisos, considera mejor equiparar a ambos esposos y establecer que se requiere la conformidad de la esposa en los casos en que el marido pretenda realizar los actos a que se refieren los incisos 4º, 5º y 6º de este artículo.

El doctor Spota expresa que, recogiendo las ideas del doctor Rayces, cree que la prohibición debe regir también para el esposo. Deben ser equiparados, pues el esposo puede perjudicar el patrimonio matrimonial tanto como la mujer.

Quedan planteadas las cuestiones, así como la proposición de los doctores Rayces y Spota para que se estudie la conveniencia de extender las restricciones de los incisos 4º, 5º y 6º al esposo, a fin de que se recabe la conformidad de la esposa.

Acuerdo presunto. Supresión del artículo 366.

Artículo 366. — El doctor Spota, en razón de su moción sobre los incisos 1º, 2º y 3º del art. 365, propone que se suprima el art. 366.

Inscripción del acuerdo y su retiro. (Art. 367).

Artículos 367 y 369. — El doctor Vico observa que estos artículos también quedarán afectados por la moción del doctor Spota.

Impugnación de los actos realizados sin conformidad. (Art. 369).

El doctor Spota propone que se modifique el segundo de los artículos citados en el sentido de que el derecho de impugnación corresponde a ambos esposos.

Procedimiento sumario. (Art. 370).

Artículo 370. — El doctor Spota propone que se suprima, por innecesaria, de acuerdo con sus proposiciones anteriores, la segunda parte del art. 370.

Designación del oficial público. (Art. 351).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Moción del doctor Bustamante para que en el art. 351 se sustituya la expresión: "el Oficial Público a cargo del Registro Civil" por otra más amplia y que tenga en cuenta las autoridades a que se refieren los artículos 356 y 357.

Matrimonio por poder. (Art. 351, 2ª parte).

PUNTO 2º — Proposición del doctor Spota para que se regle el matrimonio por poder, establecido en la segunda parte del art. 351 de tal modo que se adopten los siguientes principios:

a) Que el matrimonio por poder sólo sea posible cuando

uno de los futuros contrayentes tenga su residencia fuera del país;

b) Por excepción, debe admitirse el matrimonio por poder, residiendo ambos futuros contrayentes en la República, cuando medien causas graves, requiriendo una autorización en juicio sumario por el Juez del lugar de la residencia de uno de aquéllos;

c) El poder que otorgue uno de los futuros contrayentes debe poseer un plazo máximo de validez, el cual no podrá exceder de ciento ochenta días a contar de su otorgamiento;

d) La revocación del poder que hubiera otorgado el futuro esposo, no podrá oponerse a la mujer de buena fe, cuando se hubiere celebrado el matrimonio sin tener noticia de tal revocación y hubiere mediado cohabitación aún temporánea.

PUNTO 3º — Moción del doctor Spota para que se suprima del art. 353, segundo apartado, la siguiente expresión: “La casa quedará abierta al libre acceso del público”.

PUNTO 4º — Proposición del doctor Spota para que se suprima en el art. 354 desde la palabra: “pronunciará” hasta el término: “luego”.

PUNTO 5º — Proposición del doctor Vico para que se suprima del art. 354, las siguientes expresiones contenidas en su última parte: “... y una vez finalizado los esposos tendrán derecho a que en el mismo lugar, un ministro de su culto consagre religiosamente las nupcias”.

PUNTO 6º — Proposición del doctor Spota para que se estudie si conviene, en el art. 354, que el Oficial Público se haga asistir de traductor costado por el Estado, cuando uno o ambos de los contrayentes no alcanzare a dominar suficientemente el idioma nacional.

PUNTO 7º — Proposición del doctor Vico para que en el art. 355, inc. 2º, se agregue, como requisito a constar en el acta, la nacionalidad de los contrayentes.

PUNTO 8º — Moción del doctor Spota para que se estudie, al considerarse el art. 356, la conveniencia de prever el supuesto de que no pueda ser requerido oportunamente el funcionario judicial a que se refiere la segunda parte de ese precepto. Y, en tal caso, si debe acordarse facultad al funcionario administrativo que se halla más cerca del lugar de la celebración del matrimonio “in extremis”, o bien si debe

Celebración fuera de la oficina. Excepción. (Art. 353).

Formalidades que deben cumplirse en el acto. (Art. 354).

Celebración del matrimonio religioso en la oficina del Registro. (Art. 354).

Contrayentes que no poseen el idioma nacional. (Art. 354).

Requisito. Nacionalidad de los contrayentes. (Art. 355, inc. 2º).

Matrimonio “in extremis”. (Art. 356).

admitirse un procedimiento semejante al reglamentado en los arts. 199 y 200 del Código Civil brasileño.

Matrimonio "in extremis". (Art. 356).

PUNTO 9º — Proposición del doctor Vico para que se sustituya en la segunda parte del art. 356 la expresión "a la sección correspondiente del Registro Civil", por estas otras: "al Registro Civil correspondiente al domicilio de uno de los contrayentes".

Gratuidad de las actuaciones. Registro. (Art. 357).

PUNTO 10º — Proposición del doctor Vico para que se sustituya en el art. 357 la expresión: "excepto", por "incluso".

Prueba del matrimonio. Matrimonio anterior. (Arts. 358 y 2139).

PUNTO 11º — Proposición del doctor Alsina para que se contemple la situación de los matrimonios anteriores a la sanción del Código en el art. 358, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el art. 2139, a fin de establecer cuál es la interpretación que corresponde acordar al término "la forma" contenido en este último precepto.

Alcance del término "irregularidades" del acta. (Art. 359).

PUNTO 12º — Proposición del doctor Spota para que se aclare en el art. 359 el alcance del término "irregularidades" y si éste sólo puede referirse a los vicios de forma del acta de celebración del matrimonio.

Prueba supletoria. (Art. 360).

PUNTO 13º — Proposición del doctor Alsina para que en el art. 360 se contemple la necesidad de prever el supuesto de la prueba supletoria, a semejanza de lo resuelto en otros casos similares como en materia de la prueba del nacimiento.

Acta. Omisión en el Registro. (Art. 360).

PUNTO 14º — Proposición del doctor Spota para que se aplique lo dispuesto en la primera parte del art. 360 al caso de que se hubiera omitido el acta por dolo o culpa del funcionario público y existieren constancias de las diligencias previas o, en su defecto, posesión de estado.

Denominación del capítulo VI.

PUNTO 15º — Moción del doctor Bustamante para que se sustituya de la denominación del capítulo VI el término "obligaciones" por "deberes".

Efecto del matrimonio en cuanto a los cónyuges. Deberes y derechos de ambos. (Art. 361).

PUNTO 16º — Proposición del doctor Vico para que en el segundo apartado del art. 361 se sustituya la expresión: "es deber del marido" por la siguiente: "es deber de los esposos, y en especial del marido..." y también para que en el tercer apartado del mismo artículo se sustituyan las palabras: "la esposa tendrá..." por: "los esposos, y en especial, la mujer, tendrán...".

Exoneración del deber de cohabitar. "Astreintes". (Art. 362).

PUNTO 17º — Proposición del doctor Spota para que se estudie si en el segundo apartado del art. 362 al prohibirse

las medidas de compulsión personal, se admite o quedan vedadas la aplicación de las "astreintes".

PUNTO 18º — Proposición del doctor Rayces para que se estudie la conveniencia de sustituir en el segundo apartado del art. 362 los términos: "la mujer" por: "los esposos".

Exoneración del deber de cohabitar. Medidas de compulsión. (Art. 362).

PUNTO 19º — Proposición del doctor Rayces a fin de que se aclare el alcance del segundo párrafo del art. 364, ya que la hipótesis legal allí contemplada consiste en que la esposa contrata dentro de los límites de los actos de la vida doméstica y, a renglón seguido, se hace referencia a un abuso por parte de ésta —aun actuando dentro del referido límite— conocido por el tercero.

Actos de la vida doméstica. (Art. 364).

PUNTO 20º — Proposición del doctor Spota para que, con respecto a los incs. 1º, 2º, 3º, del art. 365, se sustituya el sistema proyectado por el que resulta de la vigente ley 11.357 con esta modificación: que el marido tendrá facultad para oponerse al ejercicio de una profesión, industria, comercio o trabajo honestos, siempre que el mismo subvenga a las necesidades del hogar y funde la oposición en causas graves y justificadas, considerándose entre ellas la circunstancia de que el ejercicio de esa profesión, industria, etc., perjudica la misión que le impone a la mujer el art. 361, tercer párrafo.

Necesidad del acuerdo de los cónyuges. (Art. 365).

PUNTO 21º — Proposición del doctor Vico para que en el inc. 3º, del art. 365, se sustituya la enumeración que de las sociedades allí se hace por la fórmula: "sociedades civiles o comerciales".

Enumeración. (Art. 365, inc. 3º).

PUNTO 22º — Proposición de los doctores Rayces y Spota a fin de que se estudie la conveniencia de equiparar ambos esposos para los supuestos contemplados en los incs. 4º, 5º y 6º, del art. 365, es decir, que se requiera la conformidad de la esposa en los casos que sea el marido quien pretenda realizar algunos de los actos a que se refieren esos incisos.

Conformidad de los esposos. (Art. 365, incs. 4º, 5º y 6º).

PUNTO 23º — Proposición del doctor Spota para que, de acuerdo con su moción anterior (Punto 20º), se suprima el art. 366.

Acuerdo presunto. Supresión del artículo 366.

PUNTO 24º — Proposición del doctor Spota para que se suprima el término: "el marido" del art. 369 por: "los esposos".

Impugnación de los actos realizados sin conformidad. (Art. 369).

PUNTO 25º — Proposición del doctor Spota para que se suprima por innecesaria, de acuerdo con sus mociones anteriores, la segunda parte del art. 370.

Procedimiento sumario. (Art. 370).

REUNION N° 52

—Buenos Aires, dieciocho de agosto de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Arturo Acuña Anzorena, Dalmiro A. Alsina, Fernando M. Bustamante, Enrique V. Galli, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO IV

De la celebración

Designación del oficial público. (Art. 351).

PUNTO 1° — El doctor Lafaille expresa que podrían emplearse las palabras: “el competente Oficial Público” en vez de la expresión: “Oficial Público a cargo del Registro Civil”.

Así se resuelve.

Matrimonio por poder. (Art. 351, 2° parte).

PUNTO 2° — El doctor Spota manifiesta que en el Proyecto no se ha reglamentado la materia relativa al matrimonio por poder, ya que el art. 351 no contempla diversos supuestos que puedan presentarse; entre otros, los que son motivo de su ponencia. Entiende que el matrimonio por poder debe admitirse sólo por excepción, desde el momento que es una institución que acarrea, en algunas circunstancias, dificultades insalvables, principalmente cuando se revoca el poder y, por no llegar tal revocatoria a conocimiento del otro esposo, se celebra el matrimonio. Se presentan en tales circunstancias problemas de solución difícil que el legislador debe evitar. Con el carácter de institución de excepción podría aceptarse, si uno de los que contraen matrimonio reside fuera del territorio de la República. Hay otras hipótesis en que también debe admitirse. En nuestro extenso y dilatado país, los casos que pueden presentarse son fácilmente imaginables; por ej., un penado cumple condena en un lejano penal mientras el otro contrayente reside en la Capital. No es posible pretender que este último concorra hasta el penal para contraer ma-

trimonio. En tal supuesto el juez debe admitir el matrimonio por poder, pero con un criterio restrictivo. En otro orden de ideas, es conveniente que el poder tenga un plazo máximo de validez que podría ser de seis meses y, luego, debe contemplarse el supuesto de su revocación. No cree que este mandato pueda ser irrevocable, porque, en ese caso, se llegaría, indirectamente, a admitir esponsales con fuerza obligatoria a los efectos de constreñir a la celebración del matrimonio mismo. Sin embargo, la revocación por el futuro esposo no debería ser oponible a la mujer de buena fe, cuando se hubiere celebrado el matrimonio sin tener noticia ella de tal revocación y hubiese mediado cohabitación. Si a pesar de la revocación del poder por el futuro esposo el matrimonio se ha realizado en esas condiciones, y aquél cohabita con la mujer, siendo ésta de buena fe, en protección de esta última, debe establecerse que esa revocación no puede oponerse a ella.

El doctor Galli expresa que la proposición del doctor Spota está tomada del art. 117 del Proyecto de Código italiano que, efectivamente, contempla los casos planteados en ella. Fuera del Proyecto italiano, los códigos que autorizan el matrimonio por poder, que ha podido consultar, o sancionan un principio sin más limitaciones que las indicadas por el Proyecto y el Código del Brasil (arts. 194 y 201) o contemplan los supuestos de revocación o de incapacidad del mandante, como el Código del Perú (arts. 118 y 119). Apoyaría la moción del doctor Spota para fijar el plazo de validez al mandato o contemplar su revocación, pero no la apoya en cuanto exige que el matrimonio por poder sólo se autorice cuando uno de los contrayentes resida en país extranjero o agrega otras limitaciones semejantes que dan carácter excepcional al matrimonio por poder. El legislador debe facilitar la realización de los matrimonios, y el ejercicio del mandato, tal como está legislado, no entraña ningún riesgo. La función del mandatario no tiene casi contenido de representación como instituto-jurídico, es un nuntius, verdadero mensajero que sólo lleva la palabra auténtica del mandante.

El doctor Rey considera conveniente, para ordenar el debate, discutir: 1º, si conviene autorizar la celebración del matrimonio por poder; 2º, si conviene autorizarlo con o sin

limitaciones, y 3º, cuáles serían las limitaciones que se aplicarían.

El doctor Lafaille expresa que no se habla de suprimir el mandato. Habría que ver tan sólo si conviene reglamentarlo y en qué medida. Parece que el plan del doctor Spota va más allá de ese propósito, porque convierte en una excepción lo que en el Proyecto es la regla. De ahí que se podría plantear el punto en estos términos: si debe mantenerse como principio la posibilidad de contraer matrimonio por medio de mandatario.

El doctor Rey entiende que no existe razón para prohibir el matrimonio por poder. Agrega que las legislaciones que ha podido consultar, sólo para casos de excepción admiten el matrimonio por poder; que en Francia se lo establece para los marinos y militares, y la legislación italiana lo permite para casos en que haya causas graves.

El doctor Spota expresa que su proposición mantiene el mandato como regla en cuanto se trate de personas, una de las cuales no resida en nuestro territorio. En el país, en cambio, sólo por excepción debe admitirse.

El doctor Alsina trae a colación los siguientes antecedentes de derecho comparado: el Código alemán, art. 1317, exige la comparecencia personal; el Código suizo, aunque de un modo dudoso, la exige. Otras legislaciones, como la del Brasil, art. 201, admite el poder especial sin individualización de la persona.

El doctor Lafaille observa que no concibe un poder para casarse sin especificar con quién. De todas maneras el Proyecto así lo exige.

El doctor Alsina continúa exponiendo: el Código Civil del Perú autoriza el poder especial pero con individualización del sujeto. Hay legislaciones que le imponen límites y lo aceptan sólo en casos graves, como último recurso: el Código Civil francés y el Proyecto de Código italiano, los cuales tienen en cuenta situaciones de emergencia. Cree que lo mejor es permitirlo, como excepción, en casos de gran dificultad para actuar personalmente. En el Código del Brasil, por ejemplo, hay una parte del art. 201, que lo permite para el condenado o preso. Esto sugiere que la solución del doctor Spota es tal

vez demasiado restrictiva, porque pueden concebirse otros casos de imposibilidad.

El doctor Lafaille formula la aclaración de que el doctor Spota dice: "por excepción debe aceptarse cuando medien causas graves".

El doctor Acuña Anzorena apoya la moción del doctor Spota. El matrimonio debe celebrarse personalmente por los contrayentes. Aun cuando se ha modificado uno de los incisos del art. 339, parece que hay estados que son impedimentos en el matrimonio y que quizá podrían dificultar su efectividad si pudiera hacerse el matrimonio por poder. Por ello, sólo debe acordarse en casos extremos. Existe, así, el supuesto de la perturbación enfermiza del espíritu, cuya comprobación, en el matrimonio por poder, casi se haría imposible. Sugiere esta dificultad como podría haber sugerido otras. Esto, unido a los argumentos del doctor Alsina y del doctor Spota, le hace opinar a favor de la reglamentación con carácter restrictivo.

El doctor Rey pregunta si, en realidad, la aplicación de la ley actual ha ocasionado dificultades tales que impongan una reforma restrictiva.

El doctor Spota expresa que la pregunta no puede contestarse en uno o en otro sentido por carecerse de estadística. Por lo demás, mañana podrían surgir dificultades, una de las cuales puso de manifiesto el doctor Acuña Anzorena.

El doctor Lafaille expone que, aun sin haber estadísticas, es un hecho público, que está al alcance de todos, de que los matrimonios por poder son raros. De manera que nosotros estamos haciendo una curación en salud. Por otra parte, el mandato en este caso, por las consideraciones que ha formulado el doctor Galli, se reduce a una simple transmisión de consentimiento o de la voluntad. El mandatario no tiene, propiamente, iniciativa ni facultades; es un mensajero. En esas condiciones no es tan grave conferirlo, y si todavía nuestras costumbres sólo permiten utilizarlo en muy limitados supuestos, no se advierte la necesidad de esta reforma. Cuando una persona está lejos y no puede trasladarse hasta un determinado lugar para casarse, esta figura es realmente útil y facilita la celebración de las uniones legítimas. ¿Por qué se va a establecer, en cambio, que deba presentarse al juez y someterse a un procedimiento sumario?

El doctor Rayces dice que en todas estas cuestiones en que hay argumentos en pro y en contra, uno tiene que inclinarse por la solución armónica con los conceptos que estime más fundamentales de la institución de que se trate. El matrimonio es la base de la familia y ésta de la sociedad; hay que rodearlo, pues, de una seriedad que guarde relación con su volumen ético-social. Cree, por ello, que es discreto establecer las limitaciones al mandato. La sociedad está interesada en que aumenten los matrimonios, pero dentro de la seriedad de la institución, y parece que le resta seriedad a este consorcio para toda la vida, la persona que pretende casarse por medio de poder, aunque nada le impida hacerlo personalmente. Al sancionar una excepción no se hará sino ajustarse a lo que sucede en la práctica.

El doctor Alsina manifiesta que hará una observación concordante con la del doctor Rayces. Una vez dado el poder, si luego se revoca no quedan más que dos soluciones: o se mantiene la obligación de contraer matrimonio, lo que no resulta aconsejable, o bien, se autoriza el arrepentimiento; pero, entonces, puede haber una víctima: el contrayente de buena fe. Parece entonces que esta situación puede traer siempre conflictos graves, cuya posibilidad sería conveniente alejar.

El doctor Lafaille observa que la cuestión a que hace referencia el doctor Alsina entra dentro de la reglamentación.

Se pone a votación si se admite que el mandato para celebrar matrimonio constituye el principio o la excepción. Se resuelve que tal mandato sólo debe admitirse por excepción, con la disidencia de los doctores Bustamante, Galli y Lafaille.

El doctor Lafaille, a continuación expresa que corresponde, atento el resultado de la votación, determinar cuáles serán las excepciones.

El doctor Spota propone dos excepciones: admite que la excepción puede establecerse en favor de uno de los contrayentes que estuviera fuera de la República, y luego, en circunstancias graves, para los domiciliados en el país.

El doctor Rayces dice que, con respecto a la primera excepción, desearía que se tratase después de haber considerado la segunda, porque puede ser que del cambio de ideas

con motivo de la segunda excepción se viera cuál es la conveniencia de alterar la primera.

Atento el asentimiento general a lo propuesto por el doctor Rayces, se pone a consideración la segunda excepción; “por excepción debe admitirse el matrimonio por poder residiendo ambos contrayentes en la República cuando medien causas graves...”.

El doctor Galli propone que, en vez de “graves”, se diga: “fundadas”, porque, muchas veces la distancia pueda no responder al concepto legal de causa grave.

El doctor Rey indica que se haga referencia a “causas suficientes”. Aceptada, dicha indicación, queda así establecida la excepción al principio que debe regir en esta materia: “...por causas suficientes a juicio del juez del lugar de la residencia de uno de ellos”.

El doctor Acuña Anzorena manifiesta que habrá que decir: “...juez del lugar de la residencia del otorgante”.

Es aceptada la proposición.

En consideración la segunda excepción propuesta por el doctor Spota, el doctor Rayces, expresa que como existen lugares en el extranjero próximos a nuestro país, debería ser materia de competencia del juez del lugar de la celebración del matrimonio, resolver si hay causa justificada para que el interesado otorgue poder en vez de trasladarse a la República para el acto de la celebración del matrimonio.

El doctor Galli considera que puede haber razones fundadas que autoricen, por esta sola circunstancia, el matrimonio por poder. Las reglamentaciones vigentes sobre inmigración no permiten la entrada libre de mujeres solteras que no tengan parientes en el país o carezcan de bienes. El extranjero ya residente que ha dejado su prometida en el país de origen, tropezaría con dificultades insalvables para obtener su traslado a efectos de contraer matrimonio.

El doctor Lafaille expresa que siempre envolvería una dificultad obligar a la persona a seguir un procedimiento para probar que existe causa justificada para ese mandato. Indica que se va a votar primeramente si se admite como excepción la simple circunstancia de que uno de los contrayentes resida fuera del país, y, en caso de rechazarse, se votarían las limitaciones propuestas.

Resulta aprobada la proposición del doctor Spota.

El doctor Lafaille dice que, una vez aceptadas las dos excepciones, procede la cuestión de las reglamentaciones. El doctor Spota propone dos: una, relativa al término de validez que se debe dar al mandato y la otra a la revocación del poder.

Se pone a consideración el siguiente punto: 1º, ¿conviene limitar o no el término del mandato a ciento ochenta días?

El doctor Acuña Anzorena propone que se fije un término de noventa días.

El doctor Rayces adhiere a esa indicación.

El doctor Bustamante estima que en la República un plazo de un mes sería bastante.

Se establece el límite de noventa días para la validez del poder, contado desde la fecha de otorgamiento.

La segunda cuestión que se considera es la siguiente: ¿cuál es la situación jurídica en que se coloca al otro cónyuge que no conoce la revocación del poder?

El doctor Spota hace presente que, a su juicio, el daño más notorio es el que tiene lugar en virtud de haber mediado cohabitación, procediendo la mujer de buena fe.

El doctor Alsina considera que se presenta el conflicto con el otro cónyuge que ha procedido de buena fe y que por las razones ya examinadas, sería conveniente que prevaleciese la revocación.

El doctor Lafaille dice que, aun siendo de buena fe, no puede haber interés en mantener un matrimonio en esas condiciones. Con ampliar las reglas del matrimonio putativo se salvaría el asunto, cuando la unión hubiera llegado a celebrarse. Para el caso de una persona que hubiese cohabitado sin conocer la revocación, habría que proceder de igual modo que para el supuesto de quien ignora que se trata de una persona casada que se halla dentro de un parentesco prohibido.

El doctor Rey considera que la solución propuesta por el doctor Lafaille se ajusta a la lógica, porque faltando el consentimiento de las partes no habría matrimonio.

El doctor Lafaille observa, además, que el efecto jurídico nunca podría ser el de admitir la validez del matrimonio celebrado con este vicio, lo que sería tanto más grave para quienes sostienen el criterio de la indisolubilidad.

El doctor Alsina pregunta si la cohabitación posterior a la revocación, ¿no podría llegar a considerarse como un arrepentimiento tácito de esa revocación?

El doctor Rayces manifiesta que pensó en ese caso y se planteó esta hipótesis: una persona en el extranjero revoca el poder que había otorgado para contraer matrimonio con una mujer que reside en Buenos Aires. Ello no obstante el matrimonio se celebra por ignorarse la revocación. Más tarde viene esa persona a nuestro país y empieza a cohabitar con aquella misma mujer, informada ya del antecedente de la revocación del poder. ¿Sería acertado tener existente el matrimonio, en base a una teoría de arrepentimiento de la revocación con efectos retroactivos? Opina que es mejor regirse por las reglas del matrimonio putativo, como lo propuso el doctor Lafaille.

El doctor Lafaille afirma que sería difícil para quien otorgó el mandato y que después de revocado contrae matrimonio y cohabita ocultando dicha revocación, sostener que ese casamiento habría sido nulo.

El doctor Spota pregunta ¿por qué no se ha de establecer en la ley lo que se termina de expresar?

El doctor Lafaille responde que se salva la dificultad con la teoría del matrimonio putativo. Se debe decir simplemente que cuando la revocación se hubiera otorgado sin conocimiento de la otra parte, se aplicarán las reglas de las uniones putativas. Así se resuelve.

PUNTO 3º.—El doctor Spota hace presente que en la anterior reunión ya ha dado las razones que le han movido a proponer que en el art. 353 se suprimieran las palabras: “la casa quedará abierta al libre acceso del público”. Se remite, por lo tanto, a las consideraciones referidas.

El doctor Rayces apoya la moción del doctor Spota.

El doctor Rey hace presente que en el Código brasileño se establece una exigencia semejante. Si en la Oficina del Registro Civil el matrimonio debe ser público, con más razón debe serlo en el domicilio de los cónyuges.

El doctor Rayces considera que la Oficina del Registro Civil es pública, mientras que la casa de familia no puede serlo.

El doctor Lafaille estima que celebrándose el acto a

Celebración fuera
de la oficina. Ex-
cepción. (Art. 353).

puertas cerradas podría desaparecer la garantía de la publicidad y hasta prestarse para violentar el consentimiento.

El doctor Rayces expresa que el remedio estribaría en aumentar el número de los testigos.

El doctor Galli entiende que eliminando las palabras “la casa quedará abierta...”, no se suprimirá la publicidad que debe tener el matrimonio.

El doctor Spota hace notar que en el Código brasileño no se admite el libre acceso; sólo se determina que las puertas de la casa donde tenga lugar la celebración quedarán abiertas.

El doctor Lafaille manifiesta que sea que se dejen las puertas abiertas o que basten los cuatro testigos, no hace de ello una cuestión esencial.

El doctor Rey expresa que será suficiente que se redactara el art. 353 en el sentido de que cuando el Oficial Público creyera que puede haber violencia, pueda ir acompañado.

Se resuelve suprimir la frase: “la casa quedará abierta al libre acceso del público”.

Formalidades que
deben cumplirse en
el acto. (Art. 354).

PUNTO 4º — El doctor Spota manifiesta que no hace mayor hincapié en su ponencia por no considerar fundamentales las palabras del art. 354 que propone queden suprimidas. Pero, para ser consecuente con la moción oportunamente presentada en cuya virtud se suprimió la primera parte del art. 333 y por las razones dadas en esa ocasión, considera que debe suprimirse.

Se aprueba la moción del doctor Spota con la disidencia de los doctores Lafaille y Rayces.

Matrimonio civil y
matrimonio religioso.
Precedencia.
(Art. 354).

PUNTO 5º — El doctor Spota manifiesta que lo que va a decir se relaciona con la proposición del doctor Vico. ¿Conviene prohibir el matrimonio religioso si no ha sido precedido por el matrimonio civil? Indirectamente se está permitiendo eso.

El doctor Lafaille dice que en varias legislaciones extranjeras se permite que en el mismo lugar donde se formalizó el matrimonio civil pueda celebrarse el religioso.

El doctor Spota hace presente que no se opone a ello.

El doctor Rayces expresa que realizado el casamiento por el Oficial, está terminado a los efectos de la ley civil.

El doctor Lafaille hace notar que, al establecerse que “tendrán derecho”, se quiere expresar que el Oficial Público

no podría oponerse a que, en ese mismo acto, se realice el religioso. El Estado no tendría razón que oponer a la unión confesional, desde que el civil se habría ya efectuado.

El doctor Rayces advierte que ha hecho una observación simplemente doctrinaria, pero como reconoce que la norma en cuestión responde a un propósito práctico respetable, está de acuerdo en que conviene mantenerla.

El doctor Acuña Anzorena pregunta con qué facultad el jefe del Registro Civil o un funcionario podría oponerse al matrimonio religioso.

El doctor Spota observa que ha hecho una proposición nueva encaminada a que se estudie si es ventajoso mantener la ley vigente que exige que al matrimonio religioso le preceda el matrimonio civil.

El doctor Lafaille indica que se podría considerar ahora la disposición del Código actual que prohíbe al ministro del culto celebrar el matrimonio religioso mientras no se celebre el civil.

El doctor Rayces expresa que la norma a que alude el doctor Spota, tuvo su razón de ser dentro del ambiente de la época en que se sancionó. Era una medida administrativa, incorporada a la ley, y no propiamente una regla de derecho civil. El clero se obstinaba en predicar la obligación, para el católico, de repudiar el matrimonio civil, casándose por la Iglesia solamente.

El doctor Lafaille considera que si al Estado no le interesa, no debe oponerse a que los ministros del culto celebren el matrimonio religioso antes o después, habiendo desaparecido los motivos circunstanciales que pudieron explicar las normas de las leyes vigentes.

El doctor Rey entiende que debe mantenerse la disposición del art. 516 del anteproyecto Bibiloni, suprimido por la Comisión, no sin disidencias.

El doctor Lafaille expresa que hoy sería inconcebible que un sacerdote dijera a los contrayentes: "cásense por la Iglesia y no por el Registro Civil". Su deber es decirle: "cásense por la Iglesia, pero sepan que deben también casarse conforme a la ley del Estado".

El doctor Rey estima que lo que procede es que el sacer-

dote diga: “cásense primero por lo Civil y después por la Iglesia”.

El doctor Lafaille considera que es indiferente el orden en que hayan de celebrarse ambos matrimonios, por las razones que tiene expuestas. Por lo demás, el art. 110 de la ley y su correlativo el 147 del Código Penal entonces vigente, carecen de aplicación, por haber sido derogado este último.

Se resuelve postergar la cuestión planteada por el doctor Spota a fin de considerarla en la sesión próxima. No se acepta la proposición del doctor Vico.

Contrayentes que no poseen el idioma nacional. (Art. 354).

PUNTO 6º — El doctor Spota dice que los contrayentes deben entender las palabras del Oficial Público; por ello, cree necesario que el contrayente que no domina el idioma nacional se haga asistir por un traductor. Este traductor debe ser costado por el Estado.

El doctor Rey hace notar que la cuestión planteada queda aclarada con la simple aplicación de los principios de las escrituras públicas.

Se resuelve aprobar la moción del doctor Spota en la forma indicada por el doctor Rey: en caso de no conocer uno o ambos contrayentes el idioma nacional, se procederá conforme a lo dispuesto en el art. 255, debiendo los honorarios del traductor ser sufragados por el Estado.

Requisitos. Nacionalidad de los contrayentes. (Art. 355, inc. 2º).

PUNTO 7º — El doctor Lafaille considera que es razonable la moción, por cuanto si bien el Proyecto exige que se haga constar el lugar del nacimiento, puede tratarse de un naturalizado.

El doctor Spota indica que la proposición considerada puede resultar útil para las estadísticas.

Se acepta la moción del doctor Vico.

Matrimonio “in extremis”. (Art. 356).

PUNTO 8º — El doctor Lafaille observa que los artículos citados del Código Civil del Brasil establecen una especie de casamiento nuncupativo. Los testigos asisten al matrimonio y luego relatan lo que presenciaron.

El doctor Spota indica que ello debe ocurrir en un plazo preteritorio y que existen formalidades ante la justicia que tornan serio el procedimiento.

El doctor Rey considera preferible el sistema del Proyecto y que el exceso de facilidades que se quiere acordar para el

caso en cuestión, no concuerda con las exigencias que rigen en los casos ordinarios.

El doctor Spota expresa que es muy distinto, porque aquí se trata de un matrimonio *in extremis*.

El doctor Lafaille hace notar que el matrimonio *in extremis* inmediatamente se traduce por una cuestión hereditaria, cuyo resultado dependería de esos testigos. Cree más conveniente el primero de los procedimientos propuestos en la moción que se considera, es decir, que se le acuerde esa facultad al funcionario administrativo que se encuentre más cerca del lugar de la celebración del matrimonio.

El doctor Rey expresa que el término “funcionario” supone cierta jerarquía. Basta acordar la facultad de celebrar el matrimonio *in extremis* a quien represente a la autoridad judicial, o en su defecto a la administrativa en el lugar.

El doctor Lafaille hace notar que con ello existe el inconveniente de limitar a un solo individuo la posibilidad de recibir el consentimiento, lo que sería tal vez desventajoso en los casos de matrimonios *in extremis*.

El doctor Rayces pregunta qué se entiende por “oficial público” en el lenguaje de la Reforma.

El doctor Lafaille contesta que el que tiene aptitud para otorgar instrumentos públicos.

El doctor Rayces pregunta: ¿y si se dice “funcionario público”?

El doctor Alsina observa que ello tiene un significado vago.

El doctor Spota propone que se haga referencia a los “agentes de la administración”.

Se resuelve sustituir el 2º párrafo del art. 356 por el siguiente: “Será también competente en este caso cualquier funcionario judicial o en su defecto un agente de la administración, quien levantará acta con los requisitos del artículo 355...”

PUNTO 9º — Se acepta la moción pertinente.

PUNTO 10º — El doctor Lafaille propone que, aceptándose la moción del doctor Vico, se suprima la expresión: “excepto las seguidas ante los jueces”. Así se resuelve.

PUNTO 11º — El doctor Alsina expresa que pareciera que debe establecerse el principio de que la prueba del matrimonio está regida por la ley de la fecha de su celebración. El

Matrimonio “in extremis”. (Art. 356).

Gratuidad de las actuaciones. Registro. (Art. 357).

Prueba del matrimonio. Matrimonio anterior. (Arts. 358 y 2139).

art. 2139 se refiere a “la forma” del acto. No se sabe si debe considerarse bastante explícita tal expresión ya que es de preguntar si rige también para la prueba. Cree necesaria una aclaración y estima conveniente establecer ese principio, a menos que se considere que ya está implícita en el art. 2139.

El doctor Lafaille propone que se agregue al art. 2139 la expresión: “la prueba”, de tal modo que quede así redactado: “... regirá la capacidad de las partes, el objeto, la forma, la prueba, causales de nulidad...”. Así se resuelve.

Alcance del término “irregularidades” del acta. (Art. 359).

PUNTO 12º — El doctor Spota observa que su proposición tiende a aclarar cuestiones como éstas: ¿la ausencia de firma es una irregularidad?

El doctor Lafaille considera que la repuesta debe ser negativa.

El doctor Rey dice, que, según resulta de los antecedentes del artículo en cuestión citados en la nota respectiva del doctor Bibiloni, la posesión de estado cubre toda irregularidad del acta de celebración del matrimonio, por grave que sea; así se trate de la falta de firma por el Oficial Público. No se distingue entre los distintos vicios de forma que pueden causar la nulidad del acta. Cualquiera que sea queda subsanada si media posesión de estado. No cree que haya motivo para alarmarse por ello. Trátase de casos que no son frecuentes, como no lo son los de desaparición de las actas, caso para el cual se admite, sin embargo, la prueba supletoria.

El doctor Lafaille aclara que ello procedería si hubieren desaparecido las actas y si se produce la prueba supletoria.

El doctor Spota propone que se haga referencia a “los vicios de la forma del acta”.

El doctor Lafaille considera lo mismo el término “irregularidades”. La falta de un requisito tan esencial como es la firma del Oficial Público no es una mera irregularidad, sino algo más grave.

El doctor Rey expresa que el art. 359 del Proyecto sólo regla una cuestión de prueba del matrimonio, no de existencia del mismo. El matrimonio existe; ha sido celebrado y consumado; los cónyuges tienen la posesión de estado. En esas condiciones, el anteproyecto Bibiloni y su antecedente el Código Francés prohíben a los esposos argüir la nulidad del

acta de celebración, sea cual fuere el vicio que afecte la validez de dicha acta.

El doctor Bustamante considera que cuando falta la firma del Oficial pero están las de los contrayentes, debe considerárseles casados.

El doctor Lafaille hace notar que tal como está redactado el art. 359 del Proyecto no comprende el supuesto de la carencia de firma. Si hubiera de admitirse que cualquier vicio del acta sea vicio de forma y que pueda subsanarse con la posesión de estado, se plantearía una cuestión delicada que debe estudiarse detenidamente. En el régimen actual, añade, tiene que existir el acta —y no cree que pueda existir el acta cuando falta la firma.

El doctor Bustamante indica que podría aplicarse el art. 360 cuando falta la firma. Desde luego, si hay actas, en las cuales faltan firmas el registro está llevado con irregularidad.

El doctor Lafaille insiste en que este asunto debe ser materia de reflexión. Dentro de la jurisprudencia y del propio texto, debe mediar un “acta” (art. 101) y sólo torciendo la letra, se puede decir que el acta existe cuando no hay firma. Debe pensarse si corresponde o no mantener el sistema actual. Cuando dos personas se casan y muere el Oficial Público sin firmar, se les crea nulidad que no puede subsanarse con la posesión de estado y esto es realmente serio; pero, si a la inversa, se admite que esta última convalide todos los defectos, inclusive la falta de acta, o la carencia de firma que es equivalente, la solución podría ser muy peligrosa.

El doctor Rey expresa que si bien la falta de firma del Oficial Público es un vicio substancial, la posesión de estado reviste una importancia tan grande que basta para subsanar aquel vicio, y es preferible que así sea en el interés de la familia. Por lo demás, todo se reduce a una cuestión de prueba.

El doctor Spota considera que siempre debe haber un acta. La cuestión es determinar hasta qué límite pueden llevarse las irregularidades de la misma que no afecten su existencia.

El doctor Rey manifiesta que la falta de la firma del Oficial Público no basta para decir que no hay acta. Aún en el caso de que las firmas que faltaran, fueran las de los contrayentes, quedaría por averiguar por qué razón no figuran en el acta.

El doctor Lafaille manifiesta que conviene postergar la discusión porque se trata nada menos que lo siguiente: si conviene reformar los artículos 359 y 360, de manera que ellos comprendan, tanto las deficiencias del registro, como todo género de irregularidades en las actas; o cuál sería en su caso, la medida en que dichas irregularidades quedarían subsanadas. Se podría llegar en efecto hasta los vicios más graves, incluso los viscerales del instrumento.

El doctor Rey manifiesta que el punto de vista que ha expuesto es, a su juicio, el que han adoptado el Anteproyecto Bibiloni y el Proyecto de la Comisión.

El doctor Lafaille opina que las irregularidades del acta a que se refieren el art. 101 de la ley y el 359 del Proyecto, no consistirían en la falta de firma del Oficial Público ni de las partes.

El doctor Alsina estima que ello habría que decirlo, porque se entra en una cuestión de grado en la que conviene fijar un límite.

El doctor Rey insiste en que no debe olvidarse que sólo se trata aquí de una cuestión de prueba del matrimonio y de subsanar los vicios de nulidad de un acta.

El doctor Rayces hace notar que, si bien se ha resuelto considerar en la reunión próxima esta cuestión, anticipa que, a su juicio, debe establecerse una exigencia indeclinable: la posesión de estado, además de la prueba de la celebración del acto.

El doctor Lafaille entiende que ello ofrece el peligro de admitir la prueba del matrimonio prescindiendo del acta, es decir, por medio de testigos. En efecto, con ellos se acreditaría la existencia del casamiento y también en igual forma, la posesión de estado. La seguridad es incomparablemente mayor cuando existe el acta, aunque sea ella irregular. No hay acta, en cambio, por el hecho de que haya una inscripción, una serie de palabras escritas, si no llevan la firma de las partes y del Oficial. Podría faltar la nacionalidad, el domicilio, contener raspaduras, carecer de la autorización; pero, lo que no puede faltar, en su concepto, es la firma del Oficial y de las partes.

El doctor Rey dice que también debe ser objeto de consideración la situación que pueda presentarse con motivo del

matrimonio de las personas que no saben firmar, si el acta no apareciera suscripta por el Oficial Público ni, desde luego, por aquéllas. ¿Bastaría el acta firmada por los testigos y la posesión de estado para considerar probado el matrimonio?

Se resuelve suspender la consideración de las cuestiones planteadas, hasta la próxima sesión.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Consideración de la nota de la Comisión Parlamentaria encargada del estudio del Proyecto de reformas al Código Civil, solicitando opinión acerca de dichas reformas, así como también el envío de cualquier sugestión sobre modificaciones no contempladas en el Proyecto que se ha remitido al Congreso y de manera particular, sobre si conviene abordar o no la reforma total del Código Civil.

PUNTO 2º — Proposición del doctor Spota para que se estudie las ventajas que podrá ofrecer el mantenimiento del sistema vigente que exige que al matrimonio religioso le preceda el civil.

PUNTO 3º — (El 12º del anterior. Ver pág. 106).

PUNTO 4º — (El 13º del anterior. Ver pág. 106).

PUNTO 5º — (El 14º del anterior. Ver pág. 106).

PUNTO 6º — (El 15º del anterior. Ver pág. 106).

PUNTO 7º — (El 16º del anterior. Ver pág. 106).

PUNTO 8º — (El 17º del anterior. Ver pág. 106).

PUNTO 9º — (El 18º del anterior. Ver pág. 107).

PUNTO 10º — (El 19º del anterior). Ver pág. 107).

PUNTO 11º — (El 20º del anterior. Ver pág. 107).

PUNTO 12º — (El 21º del anterior. Ver pág. 107).

Extensión de la Reforma del Código Civil. Nota de la Comisión Parlamentaria de estudio del Proyecto.

Matrimonio civil y matrimonio religioso. Precedencia. (Art. 354).

Alcalce del término "irregularidades" del acta. (Art. 359).

Prueba supletoria. (Art. 360).

Acta. Omisión en el Registro. (Art. 360).

Denominación del capítulo VI.

Efecto del matrimonio en cuanto a los cónyuges. Deberes y derechos de ambos. (Art. 361).

Exoneración del deber de cohabitar. "Astreintes". (Art. 362).

Exoneración del deber de cohabitar. Medidas de compulsión. (Art. 362).

Actos de la vida doméstica. (Art. 364).

Necesidad del acuerdo de los cónyuges. (Art. 365).

Enumeración. (Art. 365, inc. 3º).

Conformidad de los esposos. (Art. 365, incs. 4º, 5º y 6º).

Acuerdo presunto. Supresión del artículo 366.

Impugnación de los actos realizados sin conformidad. (Art. 369).

Procedimiento sumario. (Art. 370).

PUNTO 13º — (El 22º del anterior. Ver pág. 107).

PUNTO 14º — (El 23º del anterior. Ver pág. 107).

PUNTO 15º — (El 24º del anterior. Ver pág. 107).

PUNTO 16º — (El 25º del anterior. Ver pág. 107).

REUNION N° 53

—Buenos Aires, veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (Presidente), Alberto G. Spota (Secretario), Fernando M. Bustamante, Enrique V. Galli y Alejandro Rayces.

ORDEN DEL DIA

Extensión de la Reforma del Código Civil. Nota de la Comisión Parlamentaria de Estudio del Proyecto.

Matrimonio civil y matrimonio religioso. Precedencia. (Art. 354).

PUNTO 1º — Se considera la nota a que se refiere el punto 1º del Orden del Día de la presente sesión (ver pág. 123) y se resuelve solicitar de la Mesa Directiva del Instituto la publicación de un folleto por separado con las opiniones vertidas por los miembros de la Sección sobre el particular (*).

PUNTO 2º — El doctor Bustamante observa que sería el caso de incorporar al Proyecto el art. 35 del Anteproyecto Bibiloni.

El doctor Lafaille dice que la disposición del Código actual que prohíbe celebrar el matrimonio religioso mientras no se celebre el civil fué un artículo de guerra. Fué allá por el decenio del 80 al 90 en que los ánimos estaban caldeados. Cuando al final surgió la ley, se amenazó con que se iba a llevar a cabo una propaganda en contra del matrimonio civil, pero luego se entendió que esa era una guerra inútil. Hoy día, no ve necesidad, al revisar por completo el Código, de hacer revivir situaciones que ya no existen: una lucha religiosa que ha desaparecido. Nadie se opone en el país al cumplimiento de la ley, ni presenta la unión religiosa como medio

(*) Véase: "Reforma del Código Civil. Su extensión". I.A.E.L. publ. n° 3; Secc. Der. Civ. n° 1.

para eliminar la civil, mientras el propio legislador no lo autorice. ¿Por qué imponer, entonces, bajo sanciones severas, lo que se practica sin dificultad? La Comisión ha estado acertada: desde el momento que se dice que para la ley “no hay más matrimonio que el civil”, el problema no se plantea. Otra solución habría sido la que consagra la legislación actual italiana, donde tiene tanto valor el matrimonio religioso como el civil, con tal que el primero se inscriba.

El doctor Rayces expresa que va a aclarar lo dicho en la sesión anterior. Esta disposición del Código actual que prohíbe al ministro del culto celebrar el matrimonio religioso si no se le presenta el comprobante de haberse celebrado anteriormente el matrimonio civil, es una disposición de derecho administrativo. Aunque parezca paradójico, las mismas razones que le hacían considerar conveniente la inclusión de la norma propuesta en el Proyecto de permitirse la celebración del matrimonio religioso en la oficina donde se celebró el civil, le hacen ver la inconveniencia de incorporar a nuestro Código la norma prohibitiva sobre la que se está deliberando ahora. En uno y otro caso se trata de disposiciones de carácter administrativo; pero mientras en el primero encontró aceptable la norma, porque responde a un propósito loable, en el segundo la considera inconveniente, porque sería remover una caduca controversia.

El doctor Lafaille agrega que se pensó que pudiera haber una reacción católica en que se iba a aconsejar que la gente no se casara por el Registro Civil. Hoy no conoce a nadie que se atreva a recomendar el matrimonio religioso con prescindencia del legal.

El doctor Bustamante expresa que hay que tener en consideración el estado de atraso de algunas poblaciones. Allí puede ocurrir que ciertas personas creyeran que contraen matrimonio celebrándolo pura y exclusivamente ante el sacerdote y éste omitir decirles que ese matrimonio no vale mientras no se celebre civilmente.

El doctor Galli apoya la moción del doctor Spota a fin de que se reincorpore un texto semejante al del art. 110 de la ley de matrimonio o el art. 35 del Anteproyecto de Bibiloni (t. V, p. 34). Aunque aceptaría sancionar la

infracción con cierto rigor, considera que lo fundamental es que se establezca en forma perentoria la necesidad de presentación previa del certificado de celebración del matrimonio civil, para que pueda llevarse a cabo la ceremonia religiosa. Si es posible, como dice el doctor Lafaille, que al sancionarse la ley de matrimonio civil se temiera con fundamento o sin él una reacción católica contra el matrimonio laico, no se podría asegurar que el fenómeno no se produzca en cualquier momento y conviene entonces que la prohibición y las sanciones queden explícitamente determinadas en la ley.

El doctor Lafaille observa que ningún sacerdote cargaría con ese peso para su conciencia.

El doctor Galli, a su vez, expresa que cuando se discutió la ley de matrimonio civil y se planteó el problema de las penalidades para el ministro del culto que casara según sus ritos, sin exigir la prueba previa del matrimonio legal, las razones aportadas por el senador del Valle fueron decisivas. No se trataba de supuestos teóricos; argumentó con la historia.

Recordó que el Código italiano había establecido el matrimonio civil como el único válido, pero sin agregar prohibición alguna a la Iglesia de celebrar antes el matrimonio religioso, ni fijar penalidades a esa infracción. En 1873 el cónsul de Francia informó a su gobierno que en la ciudad de Nápoles la mayor parte de los matrimonios se realizaba en la iglesia, sin ajustarse al régimen de la ley civil. El cardenal Sforza, representante de la Iglesia, debió prohibir al clero de su jurisdicción que celebrara matrimonio alguno sin el cumplimiento previo de la ley civil. La conciencia cristiana y el patriotismo de ese prelado, lo determinaron a impedir que las familias de sus conciudadanos se constituyeran fuera de ley, pero Italia debió soportar la situación de esas esposas que no fueron más que concubinas y las familias ilegítimas resultantes de esas uniones (Sesión del 20 de setiembre de 1888, Diario de Sesiones, p. 549).

Y en la sesión del 2 de octubre agregaba que en España, después de cinco años de vigente la ley de matrimonio civil, debió dictarse una ley con efecto retroactivo, legalizando los matrimonios realizados en la iglesia sin cumplir previamente el que ordenaba la ley (idem, p. 658).

Se incluyó así una sanción penal contra el sacerdote que

casaba sin tener a la vista la prueba de la celebración del matrimonio civil. Es exacto que al derogar la ley 4189 el art. 147 del Código Penal, inadvertida o conscientemente, dejó sin sanción la inobservancia del art. 110 de la ley de matrimonio, pero ya que se ha puesto de manifiesto esa anomalía, parece necesario solucionarla.

Es muy posible que el hábito ya arraigado de cumplir previamente la ceremonia civil, vuelva improbable la inobservancia del requisito de presentación del certificado que acredita el matrimonio legal, pero no debe olvidarse que la Iglesia Católica ha remarcado siempre entre sus fieles en forma pública, que el único matrimonio válido es el que ella celebra y que el momento es propicio para consolidar reivindicaciones, si no se tiene el cuidado de reafirmar las instituciones liberales que dan fisonomía a nuestra nacionalidad.

El peligro de un regreso a la reacción que existió o se temió al sancionarse la ley de matrimonio civil, no es una suposición sin fundamento.

Tenemos a la vista lo que está ocurriendo en el Perú. El Congreso acordó al Poder Ejecutivo facultades para aprobar un Código Civil con la condición de sujetarse a las leyes 7893 y 7894 de matrimonio civil y de divorcio. Pese a este requisito tan concreto, el Código de 1936 no sólo suprimió la prohibición vigente de celebrarse la ceremonia religiosa sin la justificación previa de haberse realizado el matrimonio civil, sino que agregó otras disposiciones en virtud de las cuales se facultó a los párrocos para celebrar matrimonios civiles. Objetada la inobservancia de los requisitos incluidos en la autorización legislativa para la aprobación del Código Civil por el Poder Ejecutivo, ha quedado en evidencia la violación, pero se ha declarado que el nuevo Código debe aplicarse en la forma aprobada. Se ha dado ya el paso fundamental para llegar al matrimonio religioso equiparado al matrimonio civil y lo grave es que el vehículo ha sido tortuoso e irregular. La iniciación consistió simplemente en suprimir la prohibición a los párrocos de casar sin el certificado previo de haberse celebrado el matrimonio civil.

La supresión en que incurre el Proyecto, tendría efectos más graves que el puramente formal de la inocuidad del texto por falta de sanción actual. Puede suponer, y el argumento

no dejaría de esgrimirse, que ya no es indispensable celebrar previamente el matrimonio civil y en asuntos de tanta trascendencia como la organización legal de la familia, las leyes deben ser tan claras que eviten la posibilidad de cualquier equívoco.

El doctor Lafaille manifiesta que, prescindiendo de las razones dadas, existe esta otra: si el Código entiende que el matrimonio religioso es algo indiferente para la ley, no le puede interesar que se celebre antes o después del civil.

El doctor Bustamante expresa que le interesa, ya que puede inducirse a engaños a terceros.

El doctor Lafaille dice que no cabe oponerse, en el orden represivo, a que el clérigo que induce en error, pudiera contraer una responsabilidad fuera de la moral, y que podría imponérsele una pena.

El doctor Spota manifiesta que no se apercibió, en un comienzo, de los alcances de la reforma. Primeramente creyó que la supresión del precepto de la ley de matrimonio civil no tenía mayores alcances dentro del estado social nuestro. Pero, cuando leyó la opinión del doctor Martínez Paz, la protesta que hizo contra la ley vigente y las demás opiniones vertidas, se dió cuenta que la supresión respondía a fines con los cuales no concuerda. Desde un punto de vista social interesa al Estado que no se realice un matrimonio religioso sin que lo preceda el civil, ya que él debe tener una función tutelar en estos casos. Puede ser una disposición de carácter administrativo, pero se podría traer a colación opiniones que dicen que entre el derecho administrativo y el civil no hay oposición, y sí existe una zona gris y ésta es una de ellas. Spiegeld ha puesto de relieve estos grandes contactos que existen entre esas ramas del derecho. Cree que la reforma tiene alcances peligrosos, porque puede inducir en error. Hay quien puede creer que con ese matrimonio es suficiente; y eso sería muy peligroso. Vuelve a repetir que, desde el punto de vista del interés público, del buen orden social, el Estado tiene el derecho y el deber de dictar normas como la que se pretende suprimir.

Se aprueba la proposición del doctor Spota con la disidencia de los doctores Lafaille y Rayces.

CAPÍTULO V

De la prueba del matrimonio

PUNTO 3º — El doctor Spota manifiesta que su ponencia sólo tiene como objeto una aclaración. En principio, parece que todas las disposiciones del Código sobre formalidades se tornarían letra muerta si se diera a la posesión de estado valor absoluto o sea si ella pudiera convalidar cualquier irregularidad: debe, entonces, existir acta y tratarse sólo de vicios de forma, debiendo los tribunales resolver las cuestiones según las circunstancias de cada caso.

Poseción de estado.
Irregularidades del
acta. (Art. 359).

El doctor Lafaille dice que desea formular sobre este punto una aclaración: Estudiado nuevamente el tema, llegó a la conclusión de que hay dos cuestiones conexas, pero que se pueden diferenciar. La una de ellas es la admisibilidad de la prueba supletoria en el matrimonio y la otra la admisibilidad de la posesión de estado que entra dentro de la prueba supletoria. Se puede ser relativamente tolerante con la primera y permitir que ella se produzca por medio de documentos, testigos, presunciones, etc.; pero no en cuanto a la segunda, porque la posesión de estado hace que el matrimonio y el concubinato se confundan. Si se permitiese que dos personas pudieran suplir el acta por este medio, se llegaría a convertir todas las formalidades legales en letra muerta, con el agravante de que la misma posesión de estado sería cosa fácil de establecer, por medio de testigos de complacencia. Entonces, habría una marcada distinción entre la prueba supletoria en general y la admisibilidad de la prueba de la posesión de estado. Además, —como ya lo dijo en la sesión anterior— el acta de celebración con vicios es una cosa y la falta de acta de celebración es otra. Si hay acta de celebración que tenga defectos, ellos se suplen, o se corrigen por la prueba supletoria, sin excluir la posesión de estado. Pero si falta el acta, le parece difícil que proceda autorizar este último medio probatorio. Corresponde, entonces, mantener las disposiciones del Proyecto.

El doctor Rayces dice que la prueba de la posesión de estado sirve para cubrir las irregularidades formales del acta, según lo dispone el artículo 359 de la Reforma. Ahora bien, en el caso del artículo 360, esto es, cuando no puede presentarse acta, opina que no debe admitirse prueba supletoria que

no esté complementada por la posesión de estado. En su entender, eso es lo fundamental. No se explica que tenga más facilidades para recurrir a cualquier género de pruebas aquél que no puede presentar un acta por cualquier causa (hipótesis del art. 360) que aquél que presente un rudimento de acta (hipótesis del art. 359). Los dos están en las mismas condiciones. No basta que hoy, en 1938, se presenten dos personas que nunca han vivido juntas a acreditar con testigos u otros medios de prueba que se celebró el matrimonio en el año 1900. Es una cosa muy seria la que vendrían pretendiendo, pues en la mayor parte de los casos, detrás de esas pretensiones, están en juego móviles puramente patrimoniales.

El doctor Lafaille expresa que es una idea a examinar. Desde luego, no siempre la prueba supletoria consiste en la declaración de testigos. Puede ser hasta de documentos: el acta del matrimonio religioso, por ejemplo.

El doctor Rayces observa que, aun presentada el acta del matrimonio religioso, no surge la convicción que se hayan casado civilmente.

El doctor Lafaille observa que el sistema propuesto viene a condenar aquellos matrimonios que pueden ser perfectamente válidos, pero no se consumaron o que no alcanzaron una posesión de estado. Suponiendo que esas personas hubiesen cohabitado durante ocho o quince días para luego separarse, ¿serían casados o no?

El doctor Rayces expresa que si han cohabitado durante ocho días y después se separan sin que subsista ningún elemento constitutivo de la posesión de estado, no se ve hasta qué punto puede tener interés la sociedad en facilitar la prueba de la existencia de ese matrimonio.

El doctor Lafaille considera que la prueba del matrimonio podría siempre ser interesante para calificar la filiación.

El doctor Bustamante plantea esta situación: el matrimonio se ha realizado efectivamente, pero el acta no está firmada por el jefe del Registro Civil. Sin embargo, los cónyuges pueden presentar una copia de ese acta, autorizada por el jefe. En este caso no hay acta pero sí copia.

El doctor Lafaille contesta que desde luego no existe acta si faltan las firmas de las partes. Piensa lo mismo, cuando ella carece de la firma del Oficial Público. La copia no podría

prevalecer contra el original (arg. del art. 1009 C. Civil); pero sin duda, sería un gran elemento para la prueba supletoria que el juez apreciaría.

El doctor Galli dice que tiene entendido que hay acuerdo sobre el artículo 359, en cuya virtud corresponde considerar el artículo 360. Apoya la proposición del doctor Lafaille de mantener como principio la forma de prueba indicada en el Proyecto. Recién después cabe estudiar el agregado del doctor Spota, para el supuesto de que no exista Registro en cuyo caso considera que el matrimonio podría justificarse por todo género de pruebas previa demostración de la imposibilidad. Es lo que rige en el país según el art. 97 de la ley de matrimonio civil. Los casos supuestos por el doctor Rayces son muy remotos e improbables por la seguridad que representa el doble juego de libros. Es notorio que antes de la vigencia de la ley de matrimonio civil los registros se llevaban con irregularidad. Esta realidad nuestra debe contemplarse. No se puede comprometer la suerte de la familia legítima por conservar la unidad de una organización formal perfecta.

El doctor Lafaille dice que en todas las provincias, sin excluir la de Buenos Aires, había una cantidad de casos de misioneros que periódicamente las recorrían para casar a la gente de campo. Solían anotar estos matrimonios en papeles sueltos, que con frecuencia se perdían. Todo esto demuestra que no hay que ser excesivamente riguroso.

El doctor Rayces expresa que, dentro de su modo de pensar con respecto a la prueba del matrimonio en sí, considera que sería aceptable cualquier clase de prueba, pero siempre que apareciera acreditada la consumación del matrimonio por la posesión de estado.

El doctor Lafaille observa que la consumación del matrimonio es muy difícil de probar a veces.

El doctor Rayces contesta que la consumación del matrimonio vale decir, la cohabitación continuada, o por lo menos el nombre, trato y fama, es más fácil de probar que el acto en sí de la celebración del matrimonio. Este es un acto instantáneo y fugaz, mientras que aquélla es el fluir de la vida de fácil comprobación.

El doctor Lafaille dice que de la discusión se desprende que el art. 359 del Proyecto queda aceptado. En cuanto

al 360, es de preguntar si se mantiene o no la fórmula de la Comisión, o se propone otra en su reemplazo.

Se da por aprobado el art. 359.

El doctor Rayces propone que la prueba supletoria del acto de la celebración del matrimonio, en los casos del art. 360, sólo tenga eficacia si se acredita además la subsiguiente posesión de estado.

Puesto a votación el art. 360, tal como figura en el Proyecto se aprueba en la forma actual, sin perjuicio de discutir los agregados propuestos (puntos 4º y 5º).

PUNTO 4º — En vista de la ausencia del doctor Alsina, queda postergado el punto 4º del Orden del Día.

PUNTO 5º — El doctor Lafaille pregunta si la materia motivo de la moción no está ya contemplada en el art. 360.

El doctor Spota contesta que está contemplada por lo que dice la Comisión Reformadora, cuando entiende que las palabras “llevado con irregularidad” implican el supuesto de que el Oficial Público, por malicia o por error, haya omitido redactar el acta. Pero es de observar que, cuando la ley de matrimonio prevé el supuesto de la omisión del acta, no se trata de la hipótesis del registro llevado *irregularmente*, ya que el mismo ha sido llevado con regularidad, pero se ha omitido el acta de celebración.

El doctor Lafaille considera que la moción del doctor Spota tiende a que se agreguen las palabras: “u omitido el acta”.

El doctor Spota expresa que así es efectivamente, debiendo preverse el supuesto de que el registro se lleve regularmente y que se omite por error o malicia un acta.

El doctor Galli dice que el agregado que se propone, fué deliberadamente suprimido por Bibiloni sosteniendo que cuando falta el acta no cabe recurrir a la prueba supletoria, porque en materia de matrimonio la prueba la da el asiento y la falta de acta sólo demuestra la falta de matrimonio (tomo V, págs. 162/63). No es un caso de excepción a la regla de la prueba del matrimonio. Está fuera de ella. Antes de Bibiloni, Machado había criticado esta disposición que corresponde al art. 98 inc. 3º de la ley de matrimonio, afirmando que no ha encontrado precedentes. Agrega, con antecedentes franceses, que el supuesto no es admisible y que Machado encuentra la fuente del texto argentino en el art. 26 del Código holandés,

Prueba supletoria.
(Art. 360).

Acta. Omisión en el
Registro. (Art. 360).

pero mal trasladada, porque este último se refiere a la falta de una partida que fué inscripta en el registro, supuesto que no incluye la omisión del acta (tomo I, págs. 439/41).

El doctor Spota expresa que, en realidad, no pide que se reproduzca la ley vigente enteramente. Esta dice que se permitirá la prueba supletoria, no sólo cuando el registro hubiese sido perdido, estuviese incompleto o hubiese sido llevado con irregularidad, sino cuando el acta hubiere sido omitida por el Oficial Público (inc. 3º, del art. 98). Cree que, tal cual está redactado el precepto, efectivamente es un tanto ilógico; pero cuando se califica esa omisión, cuando se establece que se debe a malicia del Oficial y se obliga a la parte interesada a probar esta malicia, se le hace cargar con una prueba bastante difícil. No son supuestos raros, ya que entre nosotros se han presentado casos de omisión del acta o de algo equivalente: v. gr., falta de firma de las partes y del Oficial Público.

El doctor Lafaille dice que, en materia de nacimiento, es explicable pero en la de matrimonio es peligroso. A lo sumo, lo agregaría en la segunda parte del art. 360.

El doctor Bustamante pregunta cuál es el delito que comete el Oficial.

El doctor Spota expresa que puede haber sólo negligencia de este último.

El doctor Lafaille acepta la ponencia para el caso de sentencia criminal que acreditase la omisión. Propone agregar, en la parte final del art. 360, después de la expresión “pérdida”, las siguientes: “u omisión del acta”.

El doctor Rayces cree que será necesario, para mayor claridad, que se suprima la conjunción “o”.

Se resuelve redactar el art. 360, de manera que quede más claro, colocándose “omisión” después de “pérdida”.

CAPÍTULO VI

Derechos y obligaciones de los esposos

PUNTO 6º — El doctor Lafaille observa que es más técnico decir “deberes”, para evitar que se confundan las relaciones de familia con las patrimoniales. Queda aprobado.

PUNTO 7º — El doctor Lafaille expone la ponencia del doctor Vico en el sentido de que el deber de aportar los recursos

Denominación del
Capítulo VI.

Efecto del matrimonio en cuanto a los cónyuges. Deberes y derechos de ambos. (Art. 361).

corresponde a los dos cónyuges, pero en especial al marido y el deber de prestar consejo y ayuda para la prosperidad común y el de atender la casa corresponde a uno y otro cónyuge, pero en especial a la mujer.

El doctor Bustamante dice que es un poco insólito que el marido deba atender los trabajos domésticos.

El doctor Lafaille dice que se parte del supuesto de que es el marido el que administra y dirige. Se le concede a la mujer el derecho y aún el deber de cooperar. El segundo párrafo puede aceptarse, porque en realidad ello se desprende de las disposiciones posteriores. Las modificaciones cuadran en el tercero.

El doctor Bustamante adhiere a lo expresado por el doctor Lafaille.

El doctor Lafaille cree mejor considerar al marido como el dirigente de la familia y que la mujer tenga el derecho y el deber de ocuparse de la dirección interna de la casa, porque está ya en nuestras prácticas.

Se resuelve reformar el art. 361 en la forma que resulta de la ponencia del doctor Vico, pero de conformidad con lo expresado por el doctor Lafaille, es decir, modificándose el tercer párrafo, únicamente.

Exoneración del deber de cohabitar. "Astreintes". (Art. 362).

PUNTO 8º — El doctor Spota dice que si se prohíbe la compulsión personal para evitar la violencia contra la persona de la esposa, le parece que deben admitirse todas las consecuencias de tal principio y prohibirse las "astreintes", porque una multa desproporcionada puede ser una verdadera compulsión. Por lo menos, pide que quede constancia en el acta de que debe interpretarse este segundo párrafo como que se hallan vedadas las "astreintes".

El doctor Lafaille dice que a la mujer no se la puede traer por la policía para que cohabite con el marido. Que conste en el acta la indicación del doctor Spota.

El doctor Galli agrega que, sobre todo, por haberse diferido para su oportunidad el estudio de si deben o no ser incluídas.

El doctor Spota observa que en muchos supuestos son admisibles; por ejemplo, para reintegrar un hijo al padre que ha obtenido resolución judicial así ordenándolo.

Se mantiene el artículo, con las observaciones que surgen del acta.

PUNTO 9º — El doctor Lafaille dice que, siendo el marido el que fija el domicilio conyugal, parece un tanto difícil conciliar esta moción con dicha facultad del esposo.

El doctor Rayces expresa que formuló tal moción para satisfacer ese deseo de igualdad que hoy constituye el *desideratum* de la mujer. Se acepta la proposición del doctor Rayces.

PUNTO 10. — El doctor Bustamante dice que una adquisición dentro de los límites, puede implicar abuso: en vez de ser para el hogar, en realidad, puede ser para un tercero.

El doctor Rayces indica que la redacción del texto legal parece impropia. Pone este ejemplo: el marido se ha ausentado del hogar conyugal por cuatro o cinco meses, y mientras tanto la mujer hace una vida dispendiosa gastando en ese lapso el triple de lo acostumbrado, sin salirse por ello de la esfera de los actos de la vida doméstica, pero cometiendo un abuso de acuerdo con las circunstancias. En tal hipótesis, ¿obliga al marido? Duda de que sea esa la idea del artículo en exámen.

El doctor Lafaille manifiesta que ello es así a menos que el tercero conociera el abuso, en cuyo caso el marido no queda obligado.

El doctor Rayces dice que no tiene inconveniente en retirar la moción dejando solamente constancia de que es una fórmula un poco obscura. Se deja constancia de todo lo expresado.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 4º del anterior. Ver pág. 123).

PUNTO 2º — (El 11º del anterior. Ver pág. 123).

PUNTO 3º — (El 12º del anterior. Ver pág. 123).

PUNTO 4º — (El 13º del anterior. Ver pág. 124).

PUNTO 5º — (El 14º del anterior. Ver pág. 124).

PUNTO 6º — (El 15º del anterior. Ver pág. 124).

PUNTO 7º — (El 16º del anterior. Ver pág. 124).

Exoneración del deber de cohabitar. Medidas de compulsión. (Art. 362).

Actos de la vida doméstica. (Art. 364).

Prueba supletoria. (Art. 360).

Necesidad del acuerdo de los conyuges. (Art. 365).

Enumeración. (Art. 365, inc. 3º).

Conformidad de los esposos. (Art. 365, incs. 4º, 5º y 6º).

Acuerdo presunto. Supresión del art. 366.

Impugnación de los actos realizados sin conformidad. (Art. 369).

Procedimiento sumario. (Art. 370).

REUNION N° 53

—Buenos Aires, primero de septiembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Dalmiro A. Alsina, Fernando M. Bustamante, Enrique V. Galli, Alejandro Rayces y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO V

De la prueba del matrimonio

PUNTO 1° — El doctor Alsina expresa que no tiene nada que agregar a lo dicho sobre prueba supletoria en materia de nacimiento y defunción. Le parece que se debe autorizar la prueba supletoria en lo relativo al matrimonio en casos análogos a los que plantea la de aquellos acontecimientos; que pueden ser de imposibilidad material, como la pérdida de un acta, o moral como cuando no fuera posible establecer el lugar y fecha de la celebración con la precisión suficiente para poder localizar la partida respectiva. Especialmente cuando los contrayentes han fallecido y los hijos tratan de probar el matrimonio de sus padres. Hay que tener en cuenta, todavía, que la prueba del matrimonio tiene que ser producida, a veces, no sólo por las partes o sus herederos sino por los terceros y que éstos no siempre están en posesión de los datos necesarios. Es una consecuencia de lo que se resolvió anteriormente. Por otra parte, ya es cosa admitida por los Tribunales. Se refiere a ejemplos de casos en los que se recurrió a la prueba supletoria por razones de este género, admitiéndose en definitiva.

El doctor Vico pregunta cuál sería la redacción del artículo.

El doctor Alsina contesta que, en realidad, no ha pensado en ninguna, todavía.

El doctor Lafaille pregunta si será, más o menos, la idea de trasladar una fórmula análoga a la aceptada respecto del nacimiento.

El doctor Alsina responde afirmativamente, porque ambos se parecen en cierta medida. En materia de defunciones se aceptó que se admitiría la prueba supletoria. Recuerda el caso de un hijo que había quedado huérfano en muy temprana edad sin que pudiese determinarse con precisión el lugar, ni la fecha de la celebración del matrimonio de sus padres. Se recurrió a las casas que se encargan de buscar las partidas de estado civil, pero todas declararon que era imposible localizar ese matrimonio. Se alegó dicha circunstancia y se probó el matrimonio por posesión de estado. Entiende que el principio es aceptable. En cuanto a su reglamentación, no la ha pensado, pero le parece que hay que admitirla con mayor amplitud que en el Proyecto, que sólo se refiere al caso en que no hay partida.

El doctor Rayces dice que, a su juicio, el caso tiene su gravedad. Aceptar la prueba del matrimonio en los supuestos a que se refiere el doctor Alsina, le parece que puede dar lugar a abusos y muchas sorpresas. Si se hubiera aceptado como complemento indispensable para la eficacia de la prueba del acto del matrimonio la prueba de la posesión de estado, entonces no vería ningún inconveniente. No habiendo posesión de estado es muy grave. Por lo demás, ya la Sección ha aceptado que la prueba del matrimonio puede hacerse en toda forma sin necesidad de la prueba de la posesión de estado.

El doctor Alsina expresa que no ha hecho una proposición detenida, ni minuciosa, pero insiste en que considera conveniente ampliar el artículo en cuestión.

El doctor Lafaille manifiesta que lo delicado del asunto no fincaría tanto en la misma prueba supletoria como en determinar cuáles serían los requisitos para permitirla. Piensa después de examinar detenidamente el punto, que no se puede equiparar de una manera absoluta la prueba del nacimiento o de la defunción con la del matrimonio. En el nacimiento o defunción existe la materialidad del ser humano vivo o del cadáver; en cambio, aquí, muchas veces, puede mediar un concubinato o una mera relación sexual y al dejar abierto el camino para la prueba supletoria, nos exponemos a graves

inconvenientes. Una fórmula que dijera: “en el caso de imposibilidad de obtener la partida”, o algo semejante, sería mucho mejor.

El doctor Alsina expresa que eso es lo que desea con su sugestión. En los casos de imposibilidad, que no debe ser exclusivamente una imposibilidad como ésta, de falta de partida. Fué la conclusión a que llegó el doctor Alberto Mendiando en sus tesis doctoral sobre la prueba del matrimonio (iné dita); y es la de los Tribunales. Puede darse el caso —que concurriría en el ejemplo propuesto—, de que se exhiba una partida de nacimiento donde se reconozca como hijo legítimo al hijo, de manera que esa partida sea una presunción más y sobre todo si allí aparece admitiéndolo un pariente cercano de los padres. Bastaría que en un caso fuese excesivamente rigurosa la fórmula de la imposibilidad material o moral, para que debiera aceptarse otra más elástica. Tratándose de terceros y en materia de prueba de las obligaciones —arts. 1863 y 1864— el codificador admite que puedan demostrar la celebración de ciertos actos jurídicos, por otros medios que la prueba instrumental.

El doctor Galli considera peligroso adoptar principios demasiado amplios en materia de prueba del matrimonio, para suplir la prueba calificada de la presentación del acta del Registro Civil. Advierte que hay diferencia entre la prueba del matrimonio y la del nacimiento o la defunción, porque éstos son hechos y el matrimonio es un acto. El caso que cita el doctor Alsina, ha sido contemplado en otras legislaciones como caso de excepción y se le ha dado solución, es claro que exigiendo una serie de requisitos. Podría contemplarse la posibilidad de adoptarla, pero con carácter excepcional. El Código francés dispone que no se puede impugnar la filiación legítima de los hijos de dos personas fallecidas que han vivido como marido y mujer, si tienen posesión de estado.

El doctor Alsina expresa que la regla nuestra no es igual, porque dice que ella servirá para cubrir las irregularidades del acta y aquí, en este caso, no se localiza, ni exhibe el acta.

El doctor Lafaille dice que lo más práctico sería que el doctor Alsina, después de haber escuchado la opinión de los presentes, propusiera un agregado al art. 360 fundándose en

el concepto de la imposibilidad. Se extendería un poco más la regla del art. 360. Así se resuelve.

PUNTO 2º — El doctor Spota dice que el tema de su ponencia ha sido motivo de discusiones un tanto apasionadas. Debe por su parte un justo homenaje al Proyecto. La mujer casada, según el mismo, es plenamente capaz, salvo las excepciones que establezca perentoriamente la ley. Además, cuando se limita el Proyecto a reglar las relaciones personales de los esposos y se refiere a la necesidad de autorización marital, si la mujer quiere ejercer industria o profesión, en realidad lo hace con sumo tino y circunscribe esta autorización a lo que entiende lo más necesario. Con sumo tino, porque no requiere autorización cuando se trata de industria por cuenta propia; mejor dicho, se presume la autorización tácita del marido en ese caso. Se presume, también, la autorización para continuar una profesión cuando la ejerció antes de casarse. El problema se circunscribe al caso de que la mujer quiera ejercer industria sin haberla ejercido antes de casarse o que pretenda realizar actos por cuenta ajena o dependiendo de otra persona. Entonces se pone de relieve el problema de conciliar el derecho de la mujer casada a desenvolver su actividad y la obligación que como esposa y madre asume de dirigir el hogar. Si esta última obligación no se cumple, el esposo debe ocurrir ante la autoridad judicial a los efectos de impedirle seguir en el ejercicio de esa profesión perjudicial para la misión que le impone el art. 361; ésta es la norma que se propone. La tendencia del derecho comparado, en general, es ampliar la esfera de las libres actividades de la mujer y en especial de la mujer casada. Bibiloni, en su nota, parece llegar a otra conclusión en materia de derecho comparado sobre la capacidad de la mujer casada. No cree que sea ese el resultado de las últimas innovaciones en la materia. Trae a colación lo que sucede en el derecho italiano desde el año 1919: la mujer casada es, en Italia, plenamente capaz; la única cuestión que se agita es de si, al lado de esos derechos civiles, debería gozar de los políticos. La doctora Riccio, en un estudio publicado en el "Nuevo Digesto Italiano" (v. "donna"), refiere toda la evolución que sufrió en Italia el instituto de la incapacidad de la mujer para ocupar cargos públicos o

Necesidad del acuerdo de los cónyuges. (Art. 365).

desempeñar las funciones del abogado. Desde el caso de la doctora Poët a fines del siglo pasado, del de la profesora de derecho, doctora Teresa Labriola, en el año 1913, hasta la actualidad la evolución de la legislación italiana ha sido muy interesante. La capacidad de la mujer se afirmó. En 1919 se abolió la "auctoritas maritalis" y las explicaciones del actual presidente de la Corte de Casación italiana, Mariano D'Amelio, que han sido recordadas por Bibiloni, son bien elocuentes sobre las desventajas de mantener esa venia del marido. A lo sumo, debe reconocerse, pues, a este último un derecho de oposición que tendrá que hacer valer ante el Juez. De lo contrario, el Proyecto pagaría tributo a resabios de ideas que hoy por hoy van quedando, poco a poco, suplantadas. Por eso, en cuanto modifica el sistema de la ley vigente y vuelve al principio del Código Civil, pretende introducir una reforma que debe ser considerada con suma precaución. Si se tiene una ley vigente que es amplia y acuerda los derechos civiles a la mujer, se debe pensar mucho antes de volver al sistema antiguo. Se puede argüir que no es una ley que ha tenido aplicación suficiente; pero, poniéndose del lado del buen derecho, opina que en esta materia debe acordarse a la mujer una facultad amplia para ejercer su profesión honesta, sin perjuicio de acordar al marido el derecho de oposición. En ese sentido, cabe citar la legislación francesa resultante del decreto-ley del 18 de febrero de 1938. Indica que hace alusión a la legislación francesa, porque es el Código Napoleón el que introdujo el principio de que la mujer debe obediencia al esposo. Hoy, el decreto-ley citado sólo le acuerda al marido un derecho de oposición que la mujer puede contestar ante el Juez. En lo que respecta al Proyecto, entiende que se debe seguir la ley vigente y adoptar el ejemplo de la legislación italiana.

El doctor Lafaille dice que convendría que el doctor Spota se hiciera cargo de la disposición de la ley francesa de 1938, que no va más lejos que el Proyecto en punto a los derechos de la mujer casada, porque exige siempre la conformidad del marido.

El doctor Spota expresa que el ejemplo de la ley francesa del año 1938, como favorable al Proyecto, es relativo. La legislación francesa derivada del Código Napoleón es una de

las más retrógradas en esta materia; tiene la preocupación de aquella famosa *auctoritas maritalis*, cuyo fundamento no es fácil hallar. Así, los primeros comentadores del Código Napoleón creían hallar la *ratio* de dicha *auctoritas maritalis* en la consideración de que el marido debe ser el director del hogar, porque, lógicamente, cuando hay intereses comunes, no puede admitirse que una de las partes se oriente en un sentido y la otra en otro. Pero, Beudant dice que la *auctoritas maritalis* surge no cuando hay intereses comunes, sino cuando hay un interés particular de la esposa. Indica que menciona esos antecedentes para que se vea cómo esa institución responde a preocupaciones que no son de nuestra época. Beudant, a lo sumo, encontró el fundamento de dicha *auctoritas* en el interés de la familia. Por su parte, cree que en el Proyecto ese es el interés que predomina. Pero el esposo no debe actuar arbitrariamente y el interés de la familia exige que cuando sean perturbados los deberes a cargo de la esposa, pueda oponerse el primero; mas, esa oposición debe ser formulada ante el Juez quien debe declararla procedente cuando medien causas graves. Resumiendo, señala que en Italia la capacidad de la mujer casada es amplísima; en la legislación escandinava es también amplia; en Inglaterra la capacidad política es plena desde hace poco; en muchos de los Estados de Norteamérica la capacidad de la mujer es lata. Sólo se tendrá, agrega, como antecedentes un tanto adversos a su proposición, el derecho alemán y suizo, en el sentido de que el esposo aún tiene el ejercicio de la *auctoritas maritalis*, pero ello con la salvedad del ejercicio abusivo de la misma. Opina que en el matrimonio se debiera siempre tratar de que las tres virtudes teologales se cumplieran sin que fuera necesario que los jueces intervengan. Pero ello se conseguirá acordando capacidad a la mujer, salvo cuando razones superiores exijan que ella se contraiga exclusivamente a sus deberes conyugales.

El doctor Lafaille pregunta quién sería el representante de esas “razones superiores”.

El doctor Spota observa: ¿será el marido acaso?

El doctor Lafaille continúa expresando que esos intereses colectivos que no están representados, obligan a que el Juez intervenga a menudo y aque continuamente los tribunales se inmiscuyan en la familia —gobernada por dos cabezas—

para dirimir los empates. Comprende que a la mujer se le concede el gobierno interno y al hombre el externo del hogar, sin dar al Juez más atribuciones que las señaladas en el Proyecto.

El doctor Spota dice que tampoco el Proyecto resuelve esa situación.

El doctor Lafaille dice que no lo considera así; que el Proyecto, cuando acuerda una autoridad limitada al marido, con un derecho de veto, le da también a la mujer la facilidad de recurrir a la justicia; mientras que con la moción que se discute se subvierte el sistema y es el marido quien debe presentarse a los Tribunales.

El doctor Spota manifiesta que sería inconcebible ese derecho de veto del esposo tratándose de una profesional.

El doctor Lafaille indica que está expresamente salvado el caso de la profesional. Cuando la mujer después de su matrimonio sigue con las actividades que ejercía anteriormente, se presume la aceptación o conformidad del marido (art. 366, inc. 1º). Pero, en cambio, si altera esa situación, creándose nuevos deberes que pueden perjudicar a los derivados de la familia, entonces el marido tendría la facultad de oponerse con apelación ante el Juez. Con el otro sistema se razona como si la mujer no se hubiera creado obligaciones nuevas.

El doctor Spota dice que es porque la mujer —se presume— debe obrar de acuerdo con el buen interés de la familia.

El doctor Bustamante manifiesta que el principio es éste: la mujer, por el matrimonio, ha contraído la obligación de atender al hogar y a sus hijos y el marido debe atender las necesidades del hogar suministrando los recursos necesarios. Cuando la mujer tiene necesidad de realizar un trabajo fuera de su hogar, tiene que eludir la regla ésta. Es una excepción.

El doctor Lafaille expresa que cuando la mujer trabaja, desempeña funciones que normalmente corresponden al marido, y al mismo tiempo —si lo hace fuera del hogar— desatiende otros deberes que le corresponden a ella como consecuencia del matrimonio. Entonces, esto es una excepción y hay que legislarla como tal.

El doctor Spota considera que se está partiendo de la presunción de que no se puede trabajar y atender las obligaciones del hogar.

El doctor Lafaille responde que esa tarea —como dice el Proyecto— debe ser fuera del hogar (art. 365, inc. 1º).

El doctor Spota trae a colación la legislación portuguesa donde la mujer casada está también en un plano de incapacidad. Sin embargo, se la autoriza a ejercer tareas de escritora, artista, pintora, etc. Quiere decir que para eso no necesita autorización, pero sí para desempeñar un oficio, profesión, industria. Son anomalías de las legislaciones que revelan la desorientación que existe.

El doctor Rayces considera indispensable en el matrimonio la autoridad marital, la obediencia a que se siente naturalmente inclinada la mujer; pero le choca profundamente que para mantener esa autoridad marital y para que la mujer cumpla con los deberes que le impone la ley, sea menester deprimirla y decirle que es una incapaz. Cree que forzosamente eso debe inspirarle una cierta repulsa. Agrega que aunque todavía no tiene ideas perfectamente definidas, su posición por el momento es más bien favorable al mantenimiento de la situación actual y contraria, por consiguiente, a la de la Reforma.

El doctor Lafaille expresa que la mujer está obligada a dirigir la casa y debe atenderla. Si no cumple estos deberes porque no quiere, porque ha elegido una profesión que la distrae del hogar o por cualquier otra causa, es necesario que exista un medio para compelerla y una sanción adecuada.

El doctor Rayces pregunta cuál es el medio.

El doctor Lafaille contesta que no hay medio posible dentro de la moción formulada. Condenar a la incapacidad sería aún más deprimente. El Proyecto, en cambio, resuelve el problema con el veto del marido, atemperado mediante el recurso al Juez.

El doctor Galli cree que dentro del problema fundamental, el asunto resulta pequeño, porque el Proyecto ha comenzado por no calificar de incapaz a la mujer casada y en todos los casos en que ejerce la profesión, industria, comercio o efectúa trabajos fuera de la casa, no necesita consentimiento expreso del marido o del Juez en su defecto. De tal manera que el único punto objeto de este debate queda circunscripto a los casos en que la mujer ejerce trabajos fuera de la casa, por cuenta de tercero. Al acordarle el Proyecto capacidad para todo lo expuesto, no es posible encontrar razón fundada a fin

de prohibirle el trabajo por cuenta de terceros. Los argumentos que se dan, de la desatención de las tareas propias del hogar y de la familia, también se presentan en los demás supuestos. Aplicando la presunción de conformidad atribuida al marido por el art. 366, resulta que la mujer sólo necesita autorización para trabajar por cuenta ajena.

El doctor Lafaille recuerda que el art. 365, inc. 2º, se refiere a la posibilidad de “dar los servicios en locación” y entonces quiere decir que la mujer necesita autorización del marido para ello.

El doctor Galli expresa que el art. 366 dice que “no se necesita autorización del esposo cuando...”; entonces, necesariamente, sólo cuando trabaja por cuenta de otro, se requiere autorización.

El doctor Lafaille dice que con esto se admite que, en tal caso, el marido tendría el derecho de oposición.

El doctor Galli continúa diciendo, que la apariencia de semejanza entre el Proyecto y el régimen de la ley 11.357 se desvanece de manera fundamental en el planteamiento.

Por la ley 11.357, la mujer ejerce un derecho que le es propio cuando ejerce comercio, industria, trabajo o cualquier otra actividad honesta. No necesita aquiescencia real o presunta. Según el Proyecto la mujer hará casi todo lo indicado (sólo se exceptúa el trabajo por cuenta de terceros) sin requerir tampoco venia previa, pero ello es así, porque la ley presume que el marido se lo ha permitido. El marido podrá en cualquier momento desvanecer esa presunción de asentimiento, oponiéndose en forma expresa y la mujer perdería la habilitación para trabajar. Por la ley 11.357, sólo queda al marido el recurso de accionar en justicia, a fin de impedir las actividades de la mujer alegando que no son honestas.

Es en las posibilidades, donde se percibe bien la modificación que el Proyecto introduce.

En los doce años que lleva de vigencia la ley 11.327, no hay noticias de que haya fracasado en su aplicación. Siendo así, no parece justo innovar.

No se le oculta que en la mayoría de los casos reales, los cuales corresponden a los cónyuges que conviven normalmente, el problema de si la mujer desenvolverá o no actividades y cuáles, se resuelve de acuerdo y por mutua comprensión.

La ley ha de conformarse con dar soluciones supletorias para los supuestos de desacuerdo. No parece jurídico que resuelva el conflicto, decidiéndose por el aumento de la potestad marital, nada menos que para prohibir el ejercicio de un acto lícito.

Lo honesto debe estar siempre permitido y la ley no puede prohibir lo que es lícito, menos después de suprimirse la incapacidad de la mujer y ser una realidad legal su emancipación civil.

El doctor Bustamante insiste en su manifestación anterior aclarándola: por el matrimonio la mujer contrae la obligación de consagrarse de un modo especial al hogar, y no es deseable, porque es inconveniente en principio, que se substraiga, por cualquier pretexto, a dicha obligación. Si esto es así, llegado el caso de que la mujer pretenda de que hay necesidad o conveniencia para la familia de que trabaje fuera del hogar o ejerza una industria, profesión u oficio determinado, que el marido objete por ausencia de necesidad o por otras razones, parece lógico que sea la mujer quién lleve esa disidencia conyugal a la decisión judicial, y no que la mujer resuelva por sí, según lo autorizaría la ponencia en discusión, dejándole sólo al marido la facultad de recurrir ante el Juez para alegar y demostrar una inconveniencia, que, precisamente, en principio se presume, a fin de hacerla cesar, si así correspondiere, pero después que haya ocasionado, acaso, daños morales o materiales. Por ello, prefiere la solución del Proyecto.

El doctor Alsina dice que tiene sus dudas, pero ha leído la extensa nota de Bibiloni quien se preocupa bastante de señalar que no hay en esto una incapacidad de la mujer. Esta, por el sólo hecho del matrimonio, contrae obligaciones o deberes y, entonces, todo el problema está en si el ejercicio del trabajo en estas condiciones puede afectar al cumplimiento de los mismos. Según el Proyecto, el ejercicio de una profesión en estas circunstancias y de acuerdo al curso normal de las cosas, comporta una distracción del cumplimiento de los deberes propios de la mujer. El Proyecto no está aislado en su adopción de esta presunción, porque el Código Civil brasileño establece un régimen semejante y todavía más estricto para la mujer, puesto que sólo puede ella recurrir a la autorización judicial cuando el marido deje de aportar los medios necesarios. El

Código peruano lo permite únicamente, cuando lo hace aconsejable el interés manifiesto de la sociedad conyugal o de la familia. Quiere decir que el hecho de ejercer una profesión en estas condiciones autoriza a presumir que se distrae del cumplimiento de sus deberes de cónyuge. El sólo hecho de que la mujer abandone el círculo doméstico, hace suponer que resta a su hogar e hijos el tiempo necesario para su atención, sin perjuicio de producir prueba en contrario, ante el Juez. Encuentra que el Proyecto ha estado acertado.

El doctor Spota expresa que desea llamar la atención sobre lo siguiente: la mujer soltera es plenamente capaz y puede realizar cualquier profesión siempre que se trate de hechos lícitos. Esa mujer soltera se encuentra con que, mañana, transformándose en mujer casada, no puede desenvolver su libre actividad. Entonces el peligro es: que a esa mujer núbil le convenga más seguir siéndolo que casarse. Es, pues, necesario seguir la norma general y corriente, el orden natural de las cosas y evitar consagrar una norma contraria al interés social que exige facilitar la vía que conduzca a las uniones legítimas.

El doctor Vico dice que la exposición de todos sus colegas parece referirse a la totalidad del matrimonio, de la vida matrimonial, pero considerando solamente ese primer aspecto del matrimonio en que se está en el período de la incubación o crianza de los hijos; pero el matrimonio tiene muchos períodos. Llega un momento en que los hijos están crecidos y educados y entonces los deberes de la mujer cambian. Ya que la mujer tiene hoy acceso a todas las carreras, hay que tener en cuenta la situación que crea la posesión de un título y la sensación de haber cumplido con los deberes para considerar el momento de la vida de ese matrimonio y ver que ese valor no desaparece.

El doctor Lafaille dice que toda la controversia, en realidad, ha sido provocada por el inc. 1º, del art. 365, según el cual se exige la conformidad del marido para ejercer profesión, industria o comercio por cuenta propia o efectuar trabajos fuera de la casa común. Habría que reconocer, haciendo un estudio objetivo, que a la mujer casada se la mejora con el Proyecto, por la sencilla consideración de que en la ley vigente ella es incapaz, mientras que con las reformas de 1936

ocurre lo contrario, sin más restricciones que las señaladas por la ley. Además, el estudio del régimen de la sociedad conyugal revela una serie de ventajas que se le reconocen y que no existen en la legislación presente. Por ejemplo, la mujer puede reservar, desde las capitulaciones prenupciales, el manejo y disposición de todo su patrimonio (art. 399, inc. 3º), creando bajo ese aspecto una verdadera separación de bienes. Y así se podrían multiplicar los ejemplos. Cuando se habla de la *auctoritas maritalis* y se presentan las normas propuestas como que a pesar de la buena voluntad de los autores obedecen a una tendencia retrógrada, no se hace justicia al Proyecto. La misma ley 11.357 no le acuerda los beneficios que resultarían con la sanción de estos nuevos preceptos. El derecho del marido está fundado en la necesidad de que exista una cabeza en la familia y en el principio de que todo interés debe tener un representante. La naturaleza ha creado diferencias en los sexos, de las cuales resulta que la mujer está destinada a cuidar la familia y el marido a procurar los recursos. Se trata de ajustarse a ella, ya que la ley no debe cambiar estas bases fundamentales, ni instituir otro representante de esos intereses. Siéndolo el marido, parece lógico que cuando esos intereses puedan ser vulnerados, sea él quien se levante para hacerlos valer. El Proyecto, de acuerdo con esas diferencias creadas por la naturaleza, impone al marido el deber de aportar los recursos necesarios para el sustento común y educación de los hijos; y a la mujer, le concede el gobierno interno del hogar. Todo sistema que sustraiga a la esposa y a la madre de esas funciones y que la lleve a realizar las propias del marido, debe merecer nuestra desconfianza, porque se aparta de la realidad y perjudica a la familia. Cuando esta última se encuentra en juego, debe decirse a la esposa: “este asunto necesita que usted y su marido se pongan de acuerdo para llevarlo a cabo” y si no la alcanzan, recién llegar al Juez. El doctor Galli hacía una objeción que a primera vista impresionaba, pero que es en realidad un sofisma, por este motivo: el hecho de que una profesión o modo de vivir cualquiera sea lícito no quiere decir que no pueda afectar los derechos de familia. Entonces el concepto no debe ser el de licitud, sino que esa actividad puede ser perjudicial al régimen de la familia. No sería ilícito, por cierto, que la mujer se empleara en una fábrica

ca, p. ej.; pero si con ello los hijos debían pasar a manos extrañas o descuidarse su educación, podría fundar el marido un serio reparo, siempre que no mediara un caso de absoluta necesidad.

El doctor Galli dice que sería la excepción.

El doctor Lafaille al continuar, expresa que se está en la excepción. El régimen del país debe ser que la esposa sólo trabaje fuera del hogar cuando no quede otro remedio, cuando deba ayudar o reemplazar al marido en lo que es propio de su papel dentro de la familia. Para apreciar si es o no así, es menester la conformidad del esposo, quien no podrá negarla arbitrariamente, pues entonces interviene el Juez. Estamos, en realidad, discutiendo quién va a llevar el asunto a los tribunales. Le parece normal que lo lleve la mujer y esto no puede causar ninguna alarma. En cuanto a la ley 11.357, el argumento de que hasta ahora no se ha cumplido, favorece las disposiciones del Proyecto, como lo ha señalado con acierto el doctor Alsina. Este Proyecto, como la ley, están destinados a servir de valla para cuando la mujer quiera llevar una vida exterior, que la sustraiga a sus deberes como esposa y como madre. Es necesario que este freno exista.

El doctor Rayees dice que aunque todavía no ha adoptado una posición definida, como lo ha dicho antes, desea expresar una idea complementaria de la que ya esbozó. Si la ley dijera: “se presumirá que la mujer falta a sus deberes cuando, contra la voluntad de su esposo ejerce una profesión...”, etcétera, encontraría acertada la norma, porque consagraría una sanción lógica, al propio tiempo que constituiría una valla contra el desconocimiento de la autoridad marital. Pero lo que dice la Reforma es que la mujer no puede ejercer válidamente, sin la conformidad del marido, profesión o comercio por cuenta propia. Quiere decir, entonces, que si lo hace, sus actos adolecen de nulidad. He ahí una sanción que no le parece justa ni lógica.

El doctor Lafaille expresa que es una valla seria, porque si son nulas las obligaciones así formuladas, los terceros no contratarán. Cree que se podría consultar a los miembros que no han concurrido y postergar el asunto. Así se resuelve.

PUNTO 3º — El doctor Lafaille considera que es una observación encaminada a la mayor claridad del texto y que en tal sentido debe ser adoptada.

Enumeración. (Art. 365, inc. 3º).

Se acepta la moción del doctor Vico.

El doctor Spota pregunta si los esposos pueden constituir una sociedad civil o comercial entre sí. De acuerdo con la ley vigente, la esposa puede concertar sociedad con cualquier tercero. ¿No es más moral que esta sociedad surja entre el marido y su esposa?

Sociedad entre esposos. (Art. 365, inc. 3º).

Se resuelve incluir en el Orden del Día de la sesión próxima el siguiente punto: “Sugestión del doctor Spota para que se considere, con referencia al inc. 3º, del art. 365, si los cónyuges no podrían celebrar entre sí el contrato de sociedad”.

PUNTO 4º — El doctor Spota dice que, en todos estos casos a que se refieren los incisos 4º, 5º y 6º, del art. 365, pueden quedar afectados los bienes que en definitiva van a pasar a los hijos. Ya que a la mujer se le prohíbe que disponga a título gratuito de sus bienes, puede ella hacer sentir el peso de su voluntad para que el esposo no sustraiga a los hijos el patrimonio familiar. ¿Por qué, entonces, no exigir la conformidad de ambos esposos para realizar estos actos, sea el marido o la mujer? Cree que la autoridad del esposo no queda menoscabada exigiendo el acuerdo de la mujer. Otra solución a este problema radicaría en poner en pie de igualdad a los esposos, de tal modo que no necesitaría uno de ellos la conformidad del otro.

Conformidad de los esposos. (Art. 365, incs. 4º, 5º y 6º).

El doctor Rayces dice que es chocante que el esposo necesite la conformidad de la mujer, pues de ese modo pelagra la autoridad marital. Considera más natural, entonces, que a ninguno se le exija tal conformidad.

El doctor Lafaille expresa que la mujer podría entonces donar libremente.

El doctor Spota contesta que como lo hace el esposo.

El doctor Lafaille advierte que dentro del régimen actual de la ley 11.357, también la mujer está en el mismo caso, es decir, que no puede hacer donaciones sin la conformidad del marido. Debe ser así, porque en el hecho, por lo que hace a los negocios y al manejo de los bienes, la mujer está aún en el terreno de las aspiraciones y no en el de la capacidad. Necesi-

taría llegar, por medio de la educación durante algunas generaciones, a la aptitud que no puede adquirir por obra exclusiva de la ley. La educación femenina en nuestro ambiente ha sido siempre orientada hacia otras actividades, distintas que las de los hombres, y no podemos creer que por milagros legislativos vamos a transformar tal estado de cosas.

El doctor Rayces dice que, dentro del régimen del Proyecto, la mujer puede disponer libremente de los bienes propios.

El doctor Lafaille anota que a título oneroso.

El doctor Rayces dice a continuación que si esta mujer puede disponer de los bienes a título oneroso, ¿qué más da que ella contraiga esta responsabilidad limitada que va a gravitar únicamente sobre sus bienes propios y no sobre los de la sociedad conyugal?

El doctor Galli manifiesta que lo natural parece optar entre estas dos soluciones: permitir a la mujer disponer libremente a título gratuito de sus bienes propios o establecer que en igual situación el marido necesite conformidad de la mujer.

El doctor Lafaille dice que el menos malo de los sistemas es el de la conformidad de los cónyuges para efectuar liberalidades, porque mantiene el patrimonio familiar en beneficio de los hijos y no deja a ninguno la posibilidad de dilapidar.

Queda postergado este punto.

PUNTOS 5º, 6º y 7º — Se postergan.

Necesidad del acuerdo de los cónyuges. (Art. 365).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 2º del anterior. Ver pág. 135).

Sociedad entre esposos. (Art. 365, inc. 3º).

PUNTO 2º — Indicaciones del doctor Spota para que se considere con referencia al inc. 3º, del art. 365, si los cónyuges podrán celebrar entre sí el contrato de sociedad.

Conformidad de los esposos. (Art. 365, incs. 4º, 5º y 6º).

PUNTO 3º — (El 4º del anterior. Ver pág. 135).

Acuerdo presunto. Supresión del art. 366.

PUNTO 4º — (El 5º del anterior. Ver pág. 135).

Impugnación de los actos realizados sin conformidad. (Art. 369).

PUNTO 5º — (El 6º del anterior. Ver pág. 135).

Procedimiento sumario. (Art. 370).

PUNTO 6º — (El 7º del anterior. Ver pág. 135).

REUNION N° 54

—Buenos Aires, ocho de septiembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Arturo Acuña Anzorena, Fernando M. Bustamante, Daniel Ovejero, Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO VI

Deberes y obligaciones de los esposos

PUNTO 1° — El doctor Rey dice que si bien es cierto que no vota por las razones oportunamente dadas, eso no quiere decir que no deba dejar constancia de lo que piense al respecto. Está de acuerdo con el sistema de la Comisión Redactora establecido en el art. 365, incisos 1°, 2° y 3°. Las razones que puede dar coinciden con las que tuvo la Comisión para establecerlo en ese sentido. Declara que considera excesivos los derechos que la ley actual otorga a la mujer casada, si bien ésta, felizmente, no los ejerce en la realidad sino en parte; que no es ésta una cuestión de capacidad o incapacidad natural, pues las restricciones obedecen a la necesidad de que en el matrimonio haya unidad de dirección y hasta una preeminencia del esposo sobre la mujer en ciertos aspectos. Su modo de ver estas cuestiones le lleva al punto de considerar ridículo que el esposo, en estas situaciones, sea quién tenga que recurrir al tribunal para pedir lo que en realidad debiera ser solicitado por la mujer disconforme. Reconoce, sin embargo, que no está de moda pensar de esta manera.

Necesidad del acuerdo de los cónyuges. (Art. 365).

El doctor Ovejero adhiere en un todo a lo expresado por el doctor Rey.

El doctor Acuña Anzorena opina en el mismo sentido. Después de meditar mucho sobre el asunto, comprendió que la mejor solución es la del Proyecto. Entiende, como lo decía el doctor

Bibiloni, que el problema que se plantea, no es precisamente de capacidad, puesto que la mujer debe estar desede este punto de vista equiparada al hombre, sino de relaciones conyugales, pues la mujer al contraer matrimonio, contrae un doble compromiso: 1º, el de cumplir sus deberes de esposa; y 2º, sus deberes de madre, y fácil le sería violar su promesa, si pudiera ejercer profesión fuera de la casa común, prescindiendo de la conformidad del marido. También es de advertir, como lo decía el doctor Rey, que el matrimonio debe estar sometido a una dirección y ésta debe necesariamente recaer en el marido. Si hay que hacer una cuestión judicial sobre esto, piensa que convulsionaría mucho menos la presentación de la mujer contra el marido, que la inversa. Existe en Francia una ley, de reciente data, la del 18 de febrero de 1938, en la que se legisla sobre este punto. En el art. 216 reformado, se establece como principio que la mujer puede ejercer una profesión separada, reconociéndose, empero, al marido el derecho de oponerse a ese ejercicio; criterio éste coincidente con la proposición del doctor Spota. Pese a este importante antecedente legislativo, las razones que ha dado, le aconsejan a decidirse por el Proyecto en la forma como está concebido.

El doctor Rayces expresa que si esto no es un problema de capacidad o incapacidad, como en realidad no lo es, se debería entonces rechazar, como sanción en contra de los actos realizados por la mujer, la incapacidad que consagra el Código. No hay una concatenación lógica entre el principio que se sienta y los resultados a que se llega con esa solución legal. Le parece preferible: sentar la presunción de que la mujer falta a los deberes conyugales establecidos en el art. 365, si realiza tales actos sin consentimiento del marido. Entonces se quedaría a salvo la autoridad marital, pues sabría la mujer que estará expuesta, en caso de divorcio, a una sanción de culpabilidad por no haber respetado la autoridad se sienta y los resultados a que se llega con esa solución ideal. Ha consultado a muchas personas para pulsar nuestro ambiente social y familiar, y en todas ha encontrado la mayor perplejidad, tanto ante el régimen de la ley vigente, como ante el que preconiza la Reforma, toda vez que tan vergonzoso es que vaya el esposo a reclamar contra los actos de la mujer, como que la mujer, que comparte la mesa y el lecho con su

esposo, vaya a los Tribunales a discutir si se le debe otorgar o no venia para realizar ciertas actividades. Ambas soluciones son inconvenientes, y por eso se le ha ocurrido la que deja indicada.

El doctor Lafaille manifiesta que le parece que cuando la mujer abandonando sus deberes, ejerciera sus actividades fuera de su domicilio, incurriría en la sanción prevista por el art. 372, inc. 4º, que establece como una causal de divorcio la violación grave de los deberes nacidos del matrimonio susceptible de turbar profundamente las relaciones conyugales. Está, pues, salvada la dificultad que sugiere el doctor Rayces. En lo que no está conforme es que ésto substituya a la otra norma contenida en el Proyecto, por una razón que le parece buena: por ejemplo, si la mujer, violando esos deberes conyugales, celebra actos jurídicos con terceros, como podría ser el de: "dar sus servicios en locación", ¿cuál será la sanción, entonces, dentro del régimen propuesto por el doctor Rayces? Los servicios estarán bien contratados. El tercero tendrá derecho a exigir el cumplimiento del contrato. Por el contrario, si consideramos la norma propuesta por la Comisión, habría nulidad cuando faltara el consentimiento del marido. Por ello, sería muy deficiente un sistema que reconociera eficacia a dichos contratos. El marido quedaría, entonces, frente a esta disyuntiva: o disocia el matrimonio, o tolera, en aras de la paz doméstica, el acto de la esposa, porque ese tercero le exigiría el cumplimiento de lo pactado. Los hijos soportarían las consecuencias, y el propósito del legislador quedaría burlado. Superponer las dos sanciones le parece bien; pero si se quiere substituir una por otra, no está de acuerdo en absoluto.

El doctor Rey observa que sus palabras no han sido bien entendidas. Ha querido decir que la capacidad e incapacidad no pueden ser la razón de la modificación proyectada, pero no quiso decir que ésta no se traduzca en una limitación a la capacidad de la mujer, porque sería absurdo. Quiere decir que la capacidad no puede ser una razón para establecer limitaciones a la mujer casada.

El doctor Rayces expresa que se decía que no es una cuestión de capacidad o incapacidad, pero lo cierto es que se termina con una sanción de incapacidad. No ve congruencia

entre el principio que se sienta y el resultado a que se llega, que socava la autoridad marital.

El doctor Lafaille dice que si se le da validez a los actos realizados por la mujer casada, desaparece la única sanción práctica, ya que no le deja al marido más que la alternativa a que antes se ha referido.

El doctor Rayces continúa expresando que debe reconocer que cuando hablaba el doctor Lafaille y se refirió al interés colectivo —no tanto al interés de la mujer y al marido sino el interés familiar y social—, ha empleado un argumento que le ha impresionado, porque es fuerte, pero que no lleva necesariamente a la conclusión que preconiza. En verdad, lo que está más en juego en la cuestión que nos preocupa, es la armonía conyugal; es verdad también que debemos mantener la autoridad marital tendiente a este fin; pero, cree que el medio de que se vale el Proyecto es artificioso, es una coacción material más bien contraproducente. Lejos de conservar la autoridad marital, la unión conyugal, la estabilidad de la familia, el Proyecto autoriza llevar la cuestión ante tribunales, donde fatalmente se acentuará la desunión.

El doctor Lafaille manifiesta que con la disposición del Proyecto se evita que los esposos vayan al Tribunal. El día que todas las personas que intenten tomar en locación los servicios de mujeres casadas, sepan que ellas no pueden contratarlos sin acuerdo del marido, se abstendrán de hacerlo, si no media este requisito.

El doctor Rayces pregunta: “Ese día que las mujeres casadas, separadas de hecho de los maridos, pero que evitan llevar sus divergencias ante los tribunales, quisieran trabajar ¿qué harán si no pueden buenamente obtener venia del esposo?”

El doctor Lafaille contesta: “Piden autorización al Juez. No se dislocaría el matrimonio por pedir esta venia, sino estuviera disociado con anterioridad.”

El doctor Rey manifiesta que serán pocos los casos que deberán decidir los tribunales. Por lo general, cada uno de los cónyuges, en el fondo de su conciencia, sabe si tiene razón. El marido que se opone a que su mujer contraiga obligaciones fuera de su hogar, sabe si realmente tiene razón o si su actitud obedece a un mero capricho y sabe también perfectamente que se expone al rechazo de su pretensión con el consiguiente

menoscabo de su autoridad moral. Es muy probable que el esposo que se oponga sin razón desista antes de que se llegue a los tribunales; de manera que, en la práctica, ésto se resolverá entre los esposos sin intervención de los jueces. A lo sumo, en el supuesto de que se tuvieran que ventilar esas cuestiones ante la justicia, tendrían que establecerse tribunales especiales para los casos de familia.

El doctor Vico observa que la restricción proyectada parece dirigirse a cierta época del matrimonio que no es aquélla en que se encuentran todos los matrimonios; parece dirigirse a la primera época del mismo en que vienen los hijos y ellos requieren los mayores cuidados, pero no contempla la situación de matrimonios con hijos emancipados en que la mujer puede tener ciertas aptitudes que quiera ejercitar. Esta mujer se ve obligada a ir a los jueces, que no se las reconocerán por la forma restringida en que el inciso final de este artículo coloca al Juez. Este, en efecto, no va a decidir el caso con arreglo al principio de la libre actividad de la mujer ni con arreglo a la cuestión de si esa actividad perjudicará al hogar, sino con arreglo al principio que le establece el art. 365 en su parte final. Bastaría la sola circunstancia de que esa actividad no respondiese a la necesidad del hogar sino a las inclinaciones de la mujer, para que el Juez no se encontrase ante el caso que le plantea el inciso final y diese una solución negativa, que la ley le impone imperativamente.

El doctor Lafaille considera que la objeción del doctor Vico está prevista y resuelta en el Proyecto, porque, en el caso de la mujer con hijos emancipados que deseara trabajar, la negativa sistemática del cónyuge para que ejerza esas actividades encontrará su remedio en la intervención del Juez. Este le dirá al marido que no tiene motivo para oponerse a que su mujer desenvuelva sus actividades fuera del hogar, porque tal hogar no presenta para ella las mismas exigencias que antes.

El doctor Spota dice que no va a reeditar las razones que ya dió en la reunión anterior, fundamentando su disidencia con el sistema del Proyecto. Tampoco insistirá en poner de relieve que su ponencia implica, a su juicio, una prudente solución del problema: ni es la amplia de la ley 11.357 ni la restringida del precepto que se considera; es, en cambio, una solución intermedia. No cree, además, que sea ridículo

que el marido haga valer su oposición; pero, si así fuera, ese reproche, a su criterio, infundado, puede formularse al mismo Proyecto, ya que es el sistema que acoge en el art. 366, precepto que expresa que el *marido* “deberá requerir la intervención del Juez”. Por último, debe observar que de la discusión habida se desprende un hecho innegable: la mujer casada —salvo en el supuesto del art. 366— es incapaz de realizar los actos jurídicos a que se refieren los incisos 1º, 2º y 3º, del art. 365, ya que si han sido concertados sin la anuencia del esposo, son nulos como si los hubiera realizado un incapaz (art. 203, inc. 1º). La evolución, entonces, sería aquí la inversa de lo que pasa en otras legislaciones como la francesa y la italiana; de la capacidad reconocida en la ley 11.357, se va a la incapacidad relativa auspiciada en el Proyecto. No es éste, en verdad, el sistema que pudiera esperarse después de haber sentado el Proyecto la capacidad de la mujer casada. La mayor parte de las legislaciones extranjeras —ha dicho el profesor de la Facultad de Derecho de París, León Julliot de la Marandière (“Dalloz Hebdomadaire”, 1938, “chronique”, pág. 28)— han dado a la mujer su independencia jurídica. Esta última debe tener, en principio, pues, capacidad plena; el marido sólo puede modificar este principio de verdadera civilización jurídica, si demuestra que la ocupación de la mujer impide que ella alcance “el título de mayor gloria”, el *domini mansit, lanam fecit* (Azara, Antonio, “Diritto delle persone e diritto di famiglia nel Progetto di riforma del Codice Civile”, Roma, 1935, p. 181). Mientras tal prueba no se da, la presunción de la ley debería ser que la mujer obre como persona capaz, es decir, como “persona que sabe donde radica el interés de la familia”. Al esposo, pues, corresponde, acreditar que ese superior interés se halla lesionado por la actitud de la esposa.

Puesto a votación el punto 1º, es rechazada la moción del doctor Spota por el voto de los doctores Acuña Anzorena, Bustamante, Lafaille y Ovejero. El doctor Rey, si bien expresó su oposición a tal moción, se abstiene de votar, de acuerdo con la norma de conducta adoptada por el mismo. El doctor Rayces se abstiene de votar. El doctor Vico vota por la moción. El doctor Alsina ha hecho llegar sus puntos de vista contrarios a la moción en la nota siguiente:

“No siéndome posible concurrir a la sesión del 9 del corriente, 17 y 30 hs., y en el deseo de participar en alguna forma en el debate del Punto 1º del Orden del Día, ruego al señor Presidente que se tenga por reproducido mi voto de la sesión anterior en sentido favorable al mantenimiento del art. 365, incisos 1º, 2º y 3º del Proyecto; a cuyo efecto, concreto brevemente mis fundamentos, que ya esbozara en dicha sesión: I. Encuentro acertada la tesis del doctor Bibiloni, para quién aquí no está en tela de juicio la capacidad de la mujer como tal, es decir, *en razón de su sexo*; sino sus obligaciones de madre y de esposa (Anteproyecto, t. V, p. 76, en nota). II. De la misma manera que el hombre no puede abandonar su hogar, sin incurrir en sanciones y por más capaz que se le considere, me parece incuestionable la razón de la ley en adoptar precauciones para que tampoco la mujer pueda incurrir en un *abandono disfrazado*. III. Se arguye que las sanciones de aquél son distintas de las de éste; pero no es una objeción, porque en el primero no cabe sino el divorcio, ya que no puede ejercerse *compulsión personal*; mientras que el segundo, puede *prevenirse*, lo que resulta muy preferible. Y es evidente que la mejor prevención está en privar de eficacia a los actos que celebre la esposa contraviniendo la ley. IV. Por otra parte, la naturaleza de las actividades previstas por el art. 365, incisos 1º, 2º y 3º, *per se*, constituye ya un indicio serio de distracción en el cumplimiento de las obligaciones de esposa, en la generalidad de los casos. A ese indicio se suma todavía una *oposición marital*, que, en la inmensa mayoría de las uniones, no ha de ejercerse sin *justos motivos*, máxime si aceptamos la tesis de que nuestras costumbres no están perturbadas. V. Además, es de suponer que ningún marido sensato se expondrá al ridículo de contender con su esposa en los tribunales, si no tiene para ello razones muy sólidas; y más aún, ante la perspectiva de verse desautorizado por los jueces, que lo colocaría en posición nada envidiable... VI. Las presunciones deben ser poderosas, cuando la mayoría de las leyes más modernas establecen un sistema análogo: aparte de las citadas por Bibiloni en su erudita nota, las de Brasil (art 247; VII, 233; IV y 245); Perú (173), Méjico (169, 170, 171) y hasta la reciente ley francesa de febrero 19 de 1938, cuyo artículo modificatorio del 216

del Código Napoleón, lo hace claramente, en mi opinión (ver comentario del doctor Calatayud en "Jurisprudencia Argentina", t. 60, p. 17, Sección Doctrina). VII. En esta delicada situación cuando se debate el interés del hogar y ha de someterse a los tribunales en su caso, parece muy natural que ese interés tenga su representante y que el marido sea la persona a quien la ley encomiende su defensa, antes que hacerlo un extraño —según dijo con acierto, a mi juicio, el doctor Lafaille, en la sesión anterior—. VIII. No cabe, en mi concepto, objetar estas conclusiones con la "tradición" de la ley 11.357, pues el hecho de que no haya suscitado reparos hasta hoy, obedece probablemente a que nuestros matrimonios viven en paz y armonía y, quizás, porque no han abierto los ojos ante la sugestión imprudente de sus artículos. El Proyecto hace bien en prever posibles cambios de nuestras costumbres y adoptar precauciones para entonces, por poca que sea la eficiencia de éstas frente al desmoronamiento de la moral. Voto, pues, por el mantenimiento del art. 365''.

Sociedad entre esposos. (Art. 365, inc. 3º).

PUNTO 2º — El doctor Spota dice que propuso este punto siempre ligándolo a la proposición anterior, es decir, partiendo de la base que la mujer es capaz. Pero como se resolvió que la mujer no puede realizar numerosos actos sin la venia del esposo, lo cual implica el pleno auge de la *auctoritas maritalis*, no concibe una sociedad entre esposos que no sea la legal. La dependencia de la mujer excluye los iguales poderes de los socios inherentes a toda sociedad civil o comercial.

El doctor Lafaille expresa que, las razones expuestas revelan que el doctor Spota no insiste sobre el punto de que se trata.

Conformidad de los esposos. (Art. 365, incs. 4º, 5º y 6º).

PUNTO 3º — El doctor Rayces propone que, en cuanto a "aceptar donaciones", se equipare a ambos cónyuges. Tanto el marido como la mujer pueden aceptar donaciones sin necesidad de recurrir a la conformidad de la otra parte. Su proposición tiende a equipararlos en la libertad de acción. En cuanto a la aceptación de herencias, debe establecerse que ella ha de ser con beneficio de inventario. En lo que atañe a "renunciar las herencias", cree que eso debe quedar librado a la voluntad de cualquiera de ellos sin necesidad de la conformidad del otro cónyuge.

El doctor Lafaille observa que los doctores Spota y Rayces sólo están de acuerdo en apariencia, porque mientras el uno dice que ambos esposos deben estar conformes, el otro entiende que cada cual puede proceder libremente. Eso, por una parte. Por la otra, corresponde distinguir entre los incs. 4º, 5º y 6º del art. 365.

El doctor Spota expresa que ha manifestado en la sesión anterior que al exigirse la conformidad a ambos cónyuges se tiene la ventaja de que los bienes de la familia, que en definitiva pasarán a los hijos, no serán dilapidados por ninguno de los dos. No se le oculta que la arquitectura del Proyecto, si prosperase esta moción, quedaría lesionada, porque entiende que el supremo árbitro de los intereses familiares es el esposo. Agrega que su moción y la del doctor Rayces deben pensarse mucho, porque podrían estar en contraposición con lo votado; pero, como dentro de su modo de ver, la moción discutida desempeña el papel de un programa mínimo, sigue manteniéndola.

El doctor Lafaille observa que el marido es el representante de los intereses de la familia, pero no el supremo árbitro.

El doctor Spota indica que quizá habrá empleado mal los términos al decir que el marido es el supremo árbitro. No tiene inconveniente en que se diga que el marido es el representante de los intereses de la familia. Los argumentos valen perfectamente para ese caso, porque si no es el supremo árbitro, asume el rol de una especie de juez de primera instancia.

El doctor Ovejero dice que no está de acuerdo con esta proposición, sobre todo en el caso de la donación, porque no se puede equiparar el consentimiento del marido con el de la mujer ni tampoco dejar en libertad a la mujer. No se trata solamente de lo que piensen los cónyuges, sino de lo que piense toda la sociedad. ¿Qué piensa la sociedad de una mujer que recibe donaciones de un tercero? ¿Quién es el encargado de juzgar la moralidad dentro de la familia? Es el representante de esos intereses, el marido.

El doctor Lafaille manifiesta que la aceptación de donaciones no es siempre un acto destinado al aumento del patrimonio, puesto que hay donaciones con cargo, onerosas, y, desde luego, en todas existe el deber alimenticio del donatario con

respecto al donante. La mujer se hallaría habilitada para aceptar donaciones que en el orden de la familia podrían ser peligrosas y hasta nocivas. Entonces cabe la intervención del marido representante del interés de ese grupo. En cuanto a la aceptación de herencia, únicamente da lugar a reparos cuando ella es pura y simple. La moción del doctor Spota sigue la corriente del Código del Brasil, es decir, la de requerir la conformidad de ambos cónyuges. Parece simpático a primera vista, que cuando el marido se encontrase en situación de aceptar o renunciar a una herencia, pidiera el consejo de la mujer. Pero en la mayoría de los supuestos y en las circunstancias de nuestro medio, no es posible la equiparación de ambos cónyuges. No ha llegado el momento de que, considerados en su conjunto el aporte de la mujer y, sobre todo, los gananciales derivados de su trabajo, tenga la misma importancia que los del hombre. No sería justo que para estos últimos principalmente el marido necesite la conformidad de la mujer. No se puede negar que no se ha llegado a la situación en que la mujer tenga la experiencia de los negocios y actividades externas que las alcanzadas por el hombre. Mientras actúa como soltera o viuda podrá con sus errores causarse un perjuicio a sí misma; pero cuando se lo irroga a la sociedad conyugal o a sus hijos es una cosa muy distinta. Después de meditar mucho sobre estos incisos, va a insistir en las fórmulas del Proyecto.

El doctor Rayces retira su proposición.

El doctor Spota expresa que el legislador no debe ver con simpatía los actos a título gratuito, o por lo menos, debe aceptarlos por excepción. La ley vigente, no sólo la 11.357, sino el mismo Código Civil que nos rige, ha elevado la condición jurídica y moral de la esposa; la ha hecho socia de los bienes adquiridos durante el matrimonio si no provienen de herencias, legados o donación; le ha otorgado el título de heredera del esposo, equiparándola a los hijos. Excluye a los colaterales en la sucesión del esposo. El genio de Vélez Sársfield permitió que se tenga un sistema superior al de muchas legislaciones europeas. Lógico es, entonces, que los actos de disposición a título gratuito ejecutados por el esposo, pueden afectar esos principios. Por lo demás, el interés de los hijos, el de la familia, está por encima de toda preocupación derivada de la

auctoritas maritalis. Estableciendo, entonces, esa conformidad de los dos esposos, se protege el patrimonio familiar que debe preocupar más al legislador que todos los perjuicios referidos; se protege, en una palabra, a los hijos que, en definitiva, son los que van a recibir esos bienes. Tal es la razón de su ponencia.

El doctor Rey pide que cuando se proceda a votar, se reflexione si será congruente establecer que para aceptar donaciones la mujer necesita la conformidad del marido y que no la necesitaría para disponer a título gratuito.

El doctor Lafaille observa que se va votar si se acepta o no la moción del doctor Spota, la cual tiende a que ambos cónyuges necesiten estar de acuerdo cuando se trata de los supuestos de los incisos 4º, 5º y 6º, del art. 365.

Resulta aprobada la moción del doctor Spota, con la disidencia de los doctores Lafaille, Ovejero y Rayces.

El doctor Spota agrega que para que no haya duda conviene aclarar que la última parte del art. 365 debe regir los supuestos contemplados en los tres últimos incisos, es decir, que siempre habrá recurso ante el juez, en todos los casos en que se exige la conformidad de ambos cónyuges.

Así se decide.

El doctor Vico propone que se sustituya el término “respondiera” por “no perjudicase” en el art. 365, *in fine*.

El doctor Lafaille cree que es preferible poner “fuera compatible” en vez de “respondiera”.

Así se resuelve.

PUNTO 4º — En virtud de lo resuelto al discutirse el Punto 1º, se resuelve que es inoficioso votar el Punto 4º.

Acuerdo presunto.
Supresión del art.
366.

PUNTO 5º — El doctor Lafaille propone que quede reformado el art. 369 en el sentido de que: “sólo el cónyuge que debe prestar la conformidad podrá impugnar los actos que requieran su asentimiento”. Así se acepta.

Impugnación de los
actos realizados sin
conformidad. (Art.
369).

PUNTO 6º — El doctor Spota expresa que, en el caso del art. 366, es decir, cuando la mujer ejerce una profesión, etc., y el esposo quiere oponerse, conviene que no se acuerde un derecho tan absoluto, como el derivado de la 2ª parte del art. 370, en el cual se autoriza una verdadera medida precautoria que

Procedimiento su-
mario. (Art. 370).

puede ocasionar perjuicios ante la cesación brusca de un "status".

El doctor Lafaille indica que si llegase a prosperar la oposición sistemática del marido para los actos de la mujer que no afecten al hogar, habría que admitir que el juez y el esposo estarían de acuerdo. Se acaba de modificar el art. 365, *in fine*, en virtud de la indicación del doctor Vico, y se ha establecido que se debe tratar de algo compatible con las necesidades o intereses del hogar. Está garantizado el derecho de la mujer con la intervención del juez. Cree que se está olvidando el interés colectivo de la familia para acordarse mucho del interés de la esposa. Sostiene la redacción del Proyecto.

El doctor Ovejero observa que el Proyecto no está en contradicción con lo que dice el doctor Spota.

El doctor Lafaille continúa expresando que el doctor Spota se pone en el caso del art. 366 que es el supuesto que se presta a mayores objeciones para defender los derechos de la esposa; pero, en ese caso, en que ella ejerce la profesión y el marido retira la conformidad, suponiendo que proceda arbitrariamente, se tendrá también que admitir que el juez sea igualmente injusto para que le priven del ejercicio de sus actividades. Agrega también que mientras la incidencia se ventila, puede la esposa continuar en el desempeño de sus tareas.

El doctor Rey indica que hay que tener en cuenta que se trata de un juicio sumario.

El doctor Lafaille agrega que la observación del doctor Rey le parece atendible, porque, siendo sumario, se debe suponer que el juez solamente va a suspender el ejercicio de los derechos de la mujer en un caso serio, pues de lo contrario el magistrado esperará que se tramite el asunto hasta su terminación.

El doctor Vico considera mejor suprimir el párrafo cuestionado, porque ¿qué confianza se puede tener en medidas provisorias que importan una anticipación de sentencia?

El doctor Rayces plantea esta cuestión: el juez suspende a la mujer en el ejercicio de estos actos; ¿se tratará sólo de la incapacidad?; ¿y los terceros que siguen contratando con esa mujer?

El doctor Lafaille indica que si estuviera suspendida la autorización, debería ser inscripta tal suspensión en el Registro.

El doctor Rayces agrega que los que mantienen vinculaciones de negocios con esta mujer, tendrán que ocurrir siempre a tal Registro.

El doctor Lafaille observa que en la actualidad ni siquiera existen esas inscripciones. Pero, sin duda, es el sistema vigente en que el marido retira su venia y nadie lo sabe. Ese régimen malo se sustituye evidentemente por otro mejor.

El doctor Spota indica que insiste con la salvedad de que debe suprimirse la segunda parte del art. 370 cuando se trata de cuestiones regladas por el 366.

El doctor Lafaille añade que se puede hacer constar de que la moción está modificada en el sentido de limitarla a los casos previstos por el art. 366.

Se vota esta moción y se rechaza con la disidencia de los doctores Vico y Spota.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Votar si se admite o no, el divorcio a vínculo.

REUNION N° 55

—Buenos Aires, quince de septiembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO VII

Del divorcio

PUNTO 1º — El doctor Lafaille expresa que corresponde votar si se admite o no el divorcio *ad vinculum*. Hace pre-

sente que el doctor Antille ha remitido su voto en el sentido de la admisión del divorcio absoluto.

El doctor Alsina, por las razones que da en la nota que se transcribe, se abstiene de votar. La referida nota dice así:

“En la imposibilidad de asistir a la sesión del día de la fecha y dados los términos de la citación distribuída por la Sección, conforme a los cuales debemos los ausentes emitir nuestro voto acerca del Orden del Día (admisibilidad del divorcio a vínculo), cumplo con expresar que frente a este arduo problema jurídico y social, no tengo aun opinión hecha ni partido adoptado.

“Desde luego opino con el doctor Lafaille (“Derecho de Familia”, núm. 152), que esta cuestión debe resolverse en el terreno estrictamente legal; sin perjuicio de considerar cada cual el punto de vista religioso, conforme a sus creencias.

“Entiendo que, de todas maneras, suponiendo se aceptase el divorcio absoluto, tendría que ser con las mayores restricciones, ya que los inconvenientes de éste residen precisamente en la tendencia progresiva a la inestabilidad de las uniones, que se produce en razón directa de las facilidades con que se admita la disolución del vínculo.

“Pero, repito en lo fundamental del problema, no tengo partido hecho ni me sentiría en aptitud espiritual de improvisar mi decisión en este momento.

“Por ello, me abstengo de votar en un sentido o en otro”.

El doctor Acuña Anzorena en su nota, del 14 de setiembre ppdo., expresa: “Siéndome imposible asistir a la reunión que tendrá lugar en el día de mañana, complázcome en hacerle llegar por ésta mi opinión en cuanto al punto a tratarse en la misma:

“Considero más conveniente conservar, como se hace en el Proyecto, de conformidad con el voto de la mayoría, el divorcio limitado a la separación de cuerpos”.

El doctor Rey dice que por norma general, que seguirá manteniendo, se ha abstenido hasta ahora de votar dentro de la Sección. La principal razón que dió, en la primera oportunidad, cuando ingresó a ella, era que se consideraba el menos autorizado para votar el Proyecto de una Comisión a la que había pertenecido como secretario. Dada la circunstancia de que en este caso la Comisión ha presentado un doble

proyecto sobre divorcio y por la enorme importancia que él asigna al punto desea que se le autorice para votar en esta cuestión.

Asentimiento general.

Al proseguir el doctor Rey expresa que el punto primordial a considerar es una cuestión de oportunidad y el momento actual, que es, quizá, uno de aquellos en que la humanidad atraviesa por un mayor desconcierto, le parece el más inoportuno para introducir en nuestra legislación un cambio tan grande como la admisión del divorcio *ad vinculum*.

Confiesa que si de él dependiera la decisión de un punto como éste no se atrevería a modificar nuestra legislación actual. Cree que la manera más eficaz de contribuir en los momentos actuales a aumentar el lento proceso de la descomposición de la familia y de la sociedad, sería la de introducir este cambio en nuestra legislación. Por esa razón, vota en contra de la admisión del divorcio a vínculo y por que se mantenga tal como se legisla en el Proyecto de la Comisión, limitado a la separación de los cuerpos.

El doctor Spota vota por el divorcio absoluto, pero no en la forma restringida que surge de la reglamentación del Proyecto de la minoría, sino en forma amplia y siguiendo las directivas del "Anteproyecto" de Bibiloni.

Votan por el rechazo del divorcio absoluto los doctores Lafaille, Ovejero y Rayces. El doctor Vico se pronuncia por la aceptación del divorcio absoluto.

Se resuelve recabar de los miembros que aun no han votado hagan llegar sus votos sobre el punto en discusión.

CAPÍTULO VI

Derechos y obligaciones de los esposos

El doctor Rayces, antes de entrar al estudio de las observaciones respecto del divorcio, pide que se considere el problema de los derechos de la mujer casada. La fórmula que en la sesión anterior asomó a su espíritu ha ido diseñándose y cree que hoy puede presentarla más acabada para someterla a la consideración de los miembros de la Sección. Antes de

Derechos y obligaciones de los esposos. (Arts. 363 y siguientes).

leerla, explica cuáles son sus nociones cardinales, para que se pueda apreciar cómo se ha orientado. Parte de la base de la capacidad natural de la mujer mayor de edad (soltera o casada). Emplea el término “capacidad natural” teniendo en cuenta la clasificación de la doctrina en incapacidades *naturales* e incapacidades *arbitrarias*. En la hora actual nadie osa decir que el sexo influye en la capacidad natural. Pero, cuando la mujer se casa contrae deberes propios del matrimonio (los que enumera el art. 361 del Proyecto), y puede suceder entonces que ciertas actividades —que serían normales en una mujer soltera— resulten, empero, en *determinadas circunstancias*, incompatibles con dichos deberes. Alude a las actividades mencionadas en los tres primeros incisos del art. 365: ejercicio de profesión, trabajo fuera de la casa común, etc. Ha dicho “en determinadas circunstancias”, por cuanto no siempre hay incompatibilidad. Ahora bien, es al marido, como jefe natural de la familia y representante de los intereses de ésta, a quien corresponde decidir si militan o no esas circunstancias y, por ende, si existe o no la incompatibilidad. Y como no debe pagarse un tributo excesivo a la autoridad de ese jefe de familia, es justo que en el caso de que su decisión sea arbitraria, haya un recurso a la autoridad judicial. Siendo así las cosas, se tiene lo siguiente: que las actividades de los tres primeros incisos del art. 365 del Proyecto, no comportan actos ilícitos, ni contrarios a la moral y buenas costumbres, tanto cuanto se les considera en sí mismos, como cuando se les estima en relación a las personas. Son simplemente *incompatibilidades con los deberes nacidos del matrimonio, en determinadas circunstancias*. Entonces, cabe preguntar: ¿de dónde resulta la invalidez con que las fulmina el Proyecto y la consiguiente incapacidad de derechos de la mujer casada? No encuentra el nexo lógico —aunque comprende muy bien el propósito que ha inspirado a la Comisión Reformadora—. Agrega, por otra parte, que considera sumamente impolítico y condenado a un fracaso seguro, consagrar incapacidades de derecho para la mujer casada en un ambiente completamente hostil a semejante *capitis diminutio*, después de diez años de vigencia de la ley conocida con el nombre de derechos civiles de la mujer. A raíz de la sesión anterior y mientras continuaba preocupado con el tema debatido en ella, creyó conve-

niente consultar a un ilustrado sacerdote que, por razón de las funciones de su ministerio, conoce a fondo los factores que actúan en las armonías y desarmonías de los hogares. Se refiere a Monseñor Gustavo Franceschi, quien le expresó que encontraba, *prima facie*, acertadas las ideas que le expuso, las cuales están concretadas en las fórmulas que pasa a leer:

“Artículo 365. — La mujer casada tiene pleno ejercicio de su capacidad civil. Las restricciones a este ejercicio sólo pueden resultar de limitaciones impuestas por la ley en interés del hogar, o del régimen matrimonial que corresponda conforme a lo dispuesto en el art. 337.

(En virtud de esta norma debería suprimirse la última parte del art. 23).

Artículo 366. — Se presumirá que la mujer falta a los deberes nacidos del matrimonio, cuando, contra la voluntad del marido inscrita en el Registro de . . ., ejerciera profesión, industria o comercio por cuenta propia; o diera servicios en locación o formare parte de sociedades colectivas de capital o industria o en comandita, civiles o comerciales; o aceptare donaciones.

Sin embargo, la mujer podrá pedir la conformidad supletoria del juez que se la prestará, si la petición no fuera incompatible con las necesidades e intereses del hogar. Esta conformidad sería inscrita, a requerimiento de la mujer, en el Registro de . . .

Obtenida la conformidad supletoria, no regirá, respecto de los actos realizados durante su vigencia, la presunción establecida en el primer apartado de este artículo.

Artículo 367. — En los supuestos del primer apartado del artículo anterior y siempre que no existiere conformidad supletoria, los contratos celebrados por la mujer podrán ser anulados por el juez a requerimiento del marido, cuando resultaren incompatibles con las necesidades del hogar. La anulación sólo producirá el efecto de desobligar a las partes para el futuro. Tratándose de un contrato de sociedad, ésta se considera disuelta y procederá su liquidación.

En el juicio respectivo no serán parte los terceros contratantes, pero la sentencia producirá efecto respecto de ellos.

Artículo 368. — La conformidad supletoria puede ser retirada por el juez en cualquier momento, a requerimiento del

marido, cuando en razón de nuevas circunstancias su subsistencia fuera incompatible con las necesidades e intereses del hogar. Pero los efectos de la conformidad revocada subsistirán respecto de terceros contratantes de buena fe mientras no se haya inscripto la revocación en el Registro de...

Artículo 369. — Las cuestiones entre cónyuges previstas en los artículos anteriores, serán resueltas sumariamente por el juez''.

Se resuelve que figure como Punto 1° del Orden del Día de la próxima sesión la moción del doctor Rayces para que se reconsidere el tema de los derechos de la mujer casada.

El doctor Rayces prosigue expresando que, puesto a meditar sobre el posible significado del proemio del art. 365 del Proyecto en relación con los casos puntualizados en los dos primeros incisos, encontró que ahí había algo difícil de comprender. Analiza, luego, algunas de las hipótesis. El artículo citado dice que la mujer casada no puede válidamente ejercer la profesión sin consentimiento del marido. Y bien, suponiendo que una médica ejerza su profesión gratuitamente, ¿qué significado tiene esa invalidez de que habla el artículo? Absolutamente ninguna. La razón es obvia: ejercer una profesión es ejecutar hechos y los hechos son lícitos o ilícitos, pero no válidos o nulos. Otra hipótesis: una mujer sale diariamente a vender en la calle los productos que fabrica en su casa. ¿Se declararán judicialmente nulas las ventas que realice? ¿No se ve que esto sería prácticamente imposible, si no absurdo? En los ejemplos que acaba de poner, las actividades de la mujer pueden ser reprobables, no por ilícitas (pues no lo son), sino en cuanto la llevan a distraerse del hogar; y es por eso que la sanción lógica no es la de invalidez que auspicia el Proyecto, sino la que propone, o sea, la de una presunción de violación de los deberes nacidos del matrimonio. Únicamente en los contratos de tracto sucesivo podría tener prácticamente aplicación la sanción de nulidad. Pero esta no es razón para que involucren hechos y contratos distintos en una fórmula que lleva a las anomalías que acaba de señalar.

Reabierto el debate respecto de la situación jurídica de la mujer casada y sin perjuicio de continuarlo en la próxima reunión, expresa el doctor Lafaille que va hacer ligeras observaciones sobre este asunto. A su parecer, no es un argu-

mento fundamental decir que la mujer no comete acto ilícito, ni acto reprehensible, cuando realiza esas actividades fuera de su casa y que no habría fundamento para crearle esa restricción a su libertad. El fundamento de la restricción de la libertad de la mujer es si perjudica o no el régimen de la familia con ese proceder, y si se admite la afirmativa podría fundarse en ello una incapacidad de derecho. Al aceptar que esa actividad de la mujer, cuando se realiza fuera del hogar, en determinadas condiciones y sin acuerdo del marido, es una actividad nociva, el legislador crea la incapacidad para impedir su ejercicio. Cuando el marido presta su asentimiento, actúa no por derecho propio, sino, como lo ha dicho reiteradamente, en representación de los intereses de la familia. No entiende cómo puede hablarse, entonces, de "autoridad marital". En cuanto al argumento sobre el ambiente de oposición que se dice formado, hay que observar que él sólo se revela en la Capital Federal, dentro de ciertos círculos, que hacen propaganda intensa. No le impresiona tal hecho, aun cuando el espíritu de los juristas pueda experimentar con ello alguna influencia.

Se resuelve considerar la moción del doctor Rayces en la próxima reunión.

El doctor Vico expresa que, habiéndose calificado acertadamente como incapacidad de derecho las restricciones al ejercicio de derechos por la mujer casada contenidas en el Proyecto en discusión, si se mantuviera el precepto ya sancionado contra su voto expreso consignado en acta, de que la capacidad de derecho se rige siempre por las leyes de la República, colocárase la ley en las condiciones de legislar para todo el mundo. Y ello porque se somete a los matrimonios celebrados, de residentes o domiciliados fuera del país, cuyas leyes difieren de las nuestras en cuanto a la capacidad e incapacidad de la mujer casada, a la ley argentina y no a la ley del lugar de su radicación o a la que rige el derecho personal de la capacidad.

El doctor Lafaille dice que si se admite como punto de partida que esta incapacidad de derecho de la mujer casada estará fundada en el interés de la familia, por consiguiente en el orden público, debe aplicarse la ley local y no la del domicilio.

El doctor Vico propone que se plantee este asunto también para la próxima reunión.

El doctor Rayces se refiere a la moción del doctor Vico y presenta el siguiente ejemplo: supone un matrimonio radicado en un país donde la mujer puede ejercer libremente su profesión. Es un matrimonio de profesionales y la mujer ha venido a la Argentina por cualquier circunstancia. Se le recaba una consulta a la mujer, quien la evacúa sin el consentimiento del marido. Si tal locación de servicios no fuere válida, quien se ha beneficiado con ella podría abstenerse de abonar el precio convenido, so pretexto de tratarse de un acto ilícito.

El doctor Lafaille observa que no es ilícito, sino nulo.

El doctor Vico expresa que modificará los términos del ejemplo para dar más fuerza al argumento. Que se plantee el ejemplo dado por el doctor Rayces, pero en la situación de que el ejercicio de la profesión sea hecho fuera del territorio de la República; no aquí sino en el lugar donde se haya verificado el matrimonio, y que se venga a demandar el cobro de los honorarios a nuestro país. ¿Qué se le dirá? ¿Que la incapacidad de derecho está regida por la ley argentina y que no se admite una ley extranjera?

El doctor Lafaille dice que se debe estudiar esta cuestión como 2º punto del Orden del Día para la próxima reunión. Si el proyecto del doctor Rayces consiguiera el voto de la Sección, no habrá incapacidad de derecho para la mujer casada y entonces no se presentará el problema que el doctor Vico plantea. Así se resuelve.

Derechos y obligaciones de los esposos. (Arts. 365 y siguientes).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Moción del doctor Rayces de que se reconsidere el tema de los derechos de la mujer casada y se examinen los artículos 365 a 369, propuestos por el mismo. (Ver texto pág. 167).

Incapacidad de derecho de la mujer casada. Reglas del título preliminar.

PUNTO 2º — Indicación del doctor Vico para que se considere si de sancionarse la incapacidad de derecho para mujer casada, no dará ello lugar a dificultades al aplicar las reglas del título preliminar.

REUNION N° 56

—Buenos Aires, veintidós de septiembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Arturo Acuña Anzorena, Dalmiro A. Alsina, Alejandro Rayces y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO VI

Derechos y obligaciones de los esposos

PUNTO 1° — El doctor Alsina expresa que ha examinado rápidamente el proyecto del doctor Rayces y necesitaría, por lo tanto, solicitar algunas explicaciones. Agrega que se enuncia que la mujer casada tiene pleno ejercicio de su capacidad civil, y le parece que, de acuerdo con lo sostenido en sesiones anteriores, el Proyecto de Reforma del Código Civil no niega que tenga plena capacidad civil ni tampoco intenta discutirla. Entonces —continúa— ésto será un enunciado de carácter general pero ajeno a la cuestión.

El doctor Rayces manifiesta que el primer artículo de su proyecto está inspirado en el deseo de que todo lo que se relaciona con la capacidad de la mujer, todo lo que tiende a dejar claramente establecido que la mujer tiene plena capacidad civil sea señalado a fin de que sirva de orientación a los efectos de la interpretación de muchos actos que la mujer casada puede realizar.

El doctor Lafaille considera que si hubiera de prosperar la referida moción del doctor Rayces, la reforma debería introducirse en la parte final del art. 23. Entonces —agrega—, en lugar de decir, como dice ahora, “la mujer casada lo será (incapaz) tan sólo en los casos declarados en el presente Código” se debería establecer, como regla, que “la mujer casada es capaz y no tendrá más restricciones que las expresadas en el presente Código”. Concluye expresando que no se opone a ello.

Derechos y obligaciones de los esposos. (Arts. 365 y siguientes).

El doctor Alsina manifiesta que, a su criterio, conviene estudiar cada uno de los artículos del proyecto del doctor Rayces, porque hay algunos que le sugieren interrogantes. En realidad, se pregunta qué diferencia de solución hay entre este sistema y el del Proyecto de Reforma; y le parece que fuera escasa. Por ejemplo, se dice en la proposición discutida: “se presumirá que la mujer falta a los deberes nacidos del matrimonio cuando contra la voluntad del marido, etc., etc.”. El doctor Lafaille ha explicado, en sesiones anteriores, que ese es, precisamente, el sentido del Proyecto de reforma.

El doctor Lafaille recuerda lo dispuesto en el inc. 4º, art. 372, del Proyecto, en el cual se hace referencia a la violación grave de los deberes nacidos del matrimonio, como causal de divorcio.

El doctor Alsina prosigue señalando que, según la interpretación que se tiene a través de lo expresado por el doctor Lafaille, cabe considerar que a esta violación de los deberes matrimoniales le corresponde, como sanción en el caso de divorcio, la declaración de culpabilidad.

El doctor Rayces aclara que hay una diferencia sustancial entre la disposición proyectada por él y la del Proyecto. Este último estatuye que no son válidos los actos de la mujer realizados en esas condiciones, es decir, crea una incapacidad de derecho para la mujer, estableciendo que no puede realizar determinados actos. En cambio, en el régimen que ha propuesto, la mujer puede realizarlos válidamente; sólo que sufrirá la sanción que corresponda por su desobediencia al marido, pero nunca esa sanción derivará a una cuestión de incapacidad. La sanción que considera lógica es la de crear una presunción *juris tantum* —cuando el marido ha inscripto su disconformidad— de que la mujer ha faltado a sus deberes matrimoniales. ¿Y por qué únicamente una presunción? Porque no sólo la mujer sino tampoco el marido pueden proceder arbitrariamente; y es así que aquélla puede evitar la presunción acudiendo a la autoridad judicial, no a los efectos de que le preste una vena que llene una laguna de su capacidad, si no a los efectos de que el Juez examine la situación y le de una conformidad supletoria que borraré la presunción aquélla establecida en el artículo de su proyecto. Esa es la explicación

que quería dar. Además, ha tenido presente que la sanción de incapacidad de derecho establecida en el Proyecto de Reforma con referencia a la mayor parte de esos actos es algo inexplicable, porque esos actos, v. gr., “ejercer el comercio”, etcétera, no son tales sino hechos y los hechos son lícitos o ilícitos y no válidos o inválidos. No se explica que a una persona —la mujer casada— que asiste a un enfermo, se le diga que realiza actos inválidos. ¿Y si esa persona decide trabajar a título gratuito? En ese supuesto, el artículo no querría decir nada. En el caso de que el enfermo abonara el precio de los servicios la incapacidad de derecho que consagra el Proyecto de Reforma implica que el paciente podría repetir el pago.

El doctor Lafaille pide se tenga en cuenta lo establecido en el art. 369. Observa que se habla como si esta nulidad fuera absoluta, de pleno derecho y que colocase a la mujer en la imposibilidad de subsanarla jamás, cuando otra cosa establece el art. 369. Entonces, no será quien recibe el servicio médico el que pueda negarse a pagar el precio; ni podría decirse que la profesional que prestó asistencia no le pueda cobrar, porque el único habilitado para pretender la nulidad sería el marido, y si él obra arbitrariamente, cabría un recurso ante el Juez. Hace notar que la ley debe establecer como sanción, en los supuestos de que la mujer realice actos que le están vedados o que requieran el acuerdo del marido, la nulidad, sin perjuicio de la otra penalidad que acepta el proyecto del doctor Rayces y que también consagra el de la Comisión Reformadora y que sería en casos graves, el divorcio (art. 372, inc. 4º). El proyecto del doctor Rayces, agrega, conduce exactamente al mismo resultado que el de 1936 en cuanto a la sanción a que puede llegar, que sería, en suma, el divorcio. Pero elimina la otra sanción que da, la que es la nulidad admitida por todas las leyes, en los casos de incumplimiento de la venia marital, salvo cuando se trata del ejercicio de la profesión. Hay una corrección gramatical, hecha por el doctor Rayces que ha de tenerse en cuenta. Pero el doctor Rayces presenta como error del Proyecto el hecho de que aquí se hable de sanción para actos que no son tales sino hechos. La Comisión no ha dicho que sea nulo el ejercicio,

sino los actos derivados del ejercicio, y sólo en tal sentido puede entenderse el art. 369, que es, además, bastante claro.

El doctor Alsina agradece las aclaraciones que le ha suministrado el doctor Rayces. Admite la diferencia entre lo que éste propone y el Proyecto, pero mantiene su opinión de que no hay fundamento bastante para suprimir la sanción prevista en el Proyecto contra un acto que es contrario al interés de la familia. Cree que frente a ese acto, calificado de contrario al interés de la familia, no hay inconveniente en aplicar dos sanciones: la que sufrirá su autor en el caso de divorcio y la que recae sobre el acto en sí en el aspecto patrimonial.

El doctor Spota propone que, teniendo en cuenta una de las normas proyectadas por el doctor Rayces, se suprima la última parte del art. 23.

El doctor Acuña Anzorena adhiere a lo propuesto por el doctor Spota.

El doctor Spota hace notar, además, que tal cual ha sido votado el art. 365, el esposo necesita la conformidad de la mujer para realizar los actos referidos en los tres últimos incisos de dicho precepto, es decir que hay una situación de equivalencia entre los cónyuges. Considera que es esto una razón más para suprimir la última parte del art. 23.

El doctor Lafaille dice que no se opone de modo alguno a ello. Comprende la justicia de la observación del doctor Spota, por cuanto se presenta la anomalía de que ya no es la mujer casada quien tiene restricciones, sino también el hombre, el cual para realizar ciertos actos jurídicos necesita la conformidad de aquélla. Si hay asentimiento general para suprimir la parte final del art. 23 no tiene inconveniente en ello, según lo anticipó. Esa supresión no importa, en su concepto, ningún cambio de doctrina.

Se resuelve suprimir la última parte del art. 23.

El doctor Lafaille indica que debe ahora decidirse si conviene o no que la sanción de nulidad establecida por el Proyecto de la Comisión quede eliminada y reemplazada por una declaración de incumplimiento de los deberes matrimoniales en la forma que el proyecto del doctor Rayces señala.

El doctor Acuña Anzorena pregunta cuál será la situación

de aquellos actos que no importan el ejercicio de una profesión, por ejemplo, una donación que se hubiese aceptado.

El doctor Lafaille contesta que el proyecto del doctor Rayces se refiere únicamente a los tres primeros incisos.

El doctor Spota manifiesta que concurda con el doctor Rayces, siempre que se suprima de su proyecto la referencia según la cual el ejercicio de los actos de que se trata, se presumirá como falta a los deberes del matrimonio; la regla que debe regir es la del art. 372, inc. 4º.

Votan por el proyecto del doctor Rayces, los doctores Vico y Spota. En contra los doctores: Acuña Anzorena, Alsina y Lafaille. Producido el empate, se resuelve postergar la consideración del proyecto para la próxima reunión.

PUNTO 2º — El doctor Lafaille indica que en la última reunión, impresionado por ciertos argumentos, se inclinaba a manifestar que dentro del Proyecto la incapacidad de la mujer podría calificarse como de derecho; pero, reflexionando con más detención, se da cuenta que no debe ser tal. Así lo declara, a fin de que el doctor Vico no tenga en cuenta su opinión al fundar la suya.

Incapacidad de derecho de la mujer casada. Reglas del título preliminar.

El doctor Vico expresa que no se fundará en esa declaración, pero mantendrá su concepto de que se trata de incapacidades de derecho, como todas las prohibiciones que se hacen a los tutores, curadores, jueces, en cuya virtud no pueden ser titulares para comprar créditos o bienes de los incapaces, etc. En todos estos casos, si se mantiene el precepto de que la capacidad de derecho se rige por la ley territorial, entonces, en el caso de una patria potestad, de una tutela o de un matrimonio que surgieron bajo una ley extranjera, es la ley argentina la que rige la capacidad de derecho, a pesar de que las leyes extranjeras que gobiernan esas instituciones, otra cosa dispongan. El art. 2º, en efecto, establece la prevalencia de la ley argentina. Entonces resultaría que tal ley se colocaría en las condiciones de regir para todo el mundo. Supone que, en un país extranjero, la compra de bienes de los hijos por el padre esté permitida ampliamente. A pesar de que esa tutela, esa patria potestad esté gobernada por una legislación extranjera, no teniendo nada que hacer en el gobierno de esa familia la ley argentina, si ocurre el caso de que algún

bien situado en la República Argentina, que puede estar afectado por esa relación que se forma entre el padre y el hijo, es objeto de una transacción que fué arreglada y aprobada por las autoridades que legislan la institución misma, tendrá que ser nula para la ley argentina.

El doctor Lafaille formula la pregunta de si en el derecho internacional privado, para aquellos países que admiten la incapacidad de la mujer casada, esos actos son considerados como incapacidad de derecho o de hecho.

El doctor Vico contesta que esa incapacidad es de hecho. Pero hace notar que su observación tiende a que se vuelvan a tratar los términos del art. 2º del Proyecto.

El doctor Lafaille dice que, evidentemente, el doctor Vico pretende la reconsideración de lo establecido en el art. 2º. Agrega que no se opone a ello, ya que si es necesario así se hará. Lo esencial es que se debe aclarar la naturaleza jurídica de las restricciones a la capacidad de la mujer casada y a veces a la del propio marido: ¿esas limitaciones son incapacidades de derecho o caen dentro de la incapacidad de hecho?

El doctor Vico expresa que el régimen de la incapacidad de derecho de la ley internacional es el establecido en el Tratado de Montevideo. Observa que no concuerda con los fundamentos que dió en el Congreso de Derecho Civil el doctor Quintana, pero sí con las conclusiones, en el sentido de que la capacidad e incapacidad de derecho se rigen por la ley del lugar del domicilio.

El doctor Rayces dice que cuando señalaba, en la primera sesión que se dedicó al art. 365, la incongruencia que existía, en su sentir, entre la hipótesis que se sentaba y la conclusión de incapacidad a que se llegaba, el doctor Rey fué el primero que observó, recordando a Bibiloni, que no estaba en juego para nada la incapacidad de hecho de la mujer casada y todavía, cuando por su parte insistió en que se llegaba a una incapacidad de derecho, dijo el doctor Rey que no lo había entendido bien. Se está en presencia de una incapacidad que no entra en ninguno de los cuadros conocidos, ya que es una incapacidad de derecho susceptible de ser remediada por un consentimiento ex-post-facto del marido.

El doctor Lafaille hace notar que siempre ofreció dificultades en la doctrina, tanto nacional como extranjera, determinar

el género de incapacidad que afecta a la mujer casada y ha sido también dentro del Código actual motivo de discrepancia entre los profesores y comentaristas de derecho civil.

El doctor Alsina señala que cuando trajo a colación las ideas de Bibiloni, cree que antes que el doctor Rey, lo hizo con el objeto de sostener que la restricción que se acaba de discutir, no lo es en razón del sexo. No está en juego la incapacidad de la mujer como tal, como mujer, sino que es una restricción derivada del matrimonio como la tiene también el hombre. Por su parte, no tomó partido en una ni en otra posición. No es una incapacidad derivada de su condición de mujer sino de los deberes matrimoniales.

El doctor Lafaille expresa que ha vuelto a pensar en lo que debía ser la incapacidad de hecho y de derecho, olvidando un poco las situaciones concretas para remontarse a los conceptos. Con ese criterio, señala que la limitación a los derechos del sujeto se puede hacer de dos maneras: una categoría que se refiere a los derechos o facultades de que tal sujeto puede ser titular, y otra que contempla tan sólo el modo de ejercerlas, por sí o por su representante legal, o sometidos a algunos requisitos. En el primer caso, la incapacidad es de derecho y en el segundo de hecho. En el uno, afecta la órbita jurídica de la persona. Esos actos no los puede realizar ni por sí, ni por otro; de ahí que se pueda decir que el tutor, el juez, tienen una incapacidad de derecho, por que no pueden realizar determinados actos (adquisiciones de algunos bienes, v. gr.) ni por sí, ni por medio de representante. Pero la mujer casada y también el marido, son sin duda, titulares de los derechos derivados de los actos a que se refieren los incisos del art. 365; sin embargo, para ejercerlos se necesita el consentimiento del otro cónyuge o del juez. De ahí que esta mínima limitación que se introduce, respecto de los cónyuges, en razón del matrimonio y por consideraciones sociales y de orden público, sea una incapacidad de hecho. La única diferencia que puede hacer autorizar la división que tanto se critica de la incapacidad de hecho y de derecho, revela que pertenece a la primera clase. No se reduce aquí la esfera jurídica; no está en juego la posibilidad de ser titular, *la titularité* de un derecho, para emplear la expresión de Ferrara. Como no hay este cercenamiento y sólo se le impide

ejercer esas facultades por sí, la incapacidad es de hecho. Cree que se incurre en un error al sostener que la mujer casada está afectada en el Proyecto por una incapacidad de derecho. Son muy contadas sus restricciones, pero que se fundan en la incapacidad de hecho.

El doctor Vico recuerda que existen autores que consideran que la incapacidad de la mujer casada es de derecho, porque no se funda en una situación objetiva de insuficiencia como en el caso del demente o del menor. En estos últimos casos la ley existe para sancionar la incapacidad, pero, en cuanto a la mujer, la circunstancia de contraer matrimonio no altera su capacidad como aptitud o discernimiento, y son consideraciones ajenas a su propia aptitud personal las que originan su incapacidad relativa.

El doctor Lafaille observa que la diferencia entre ambas incapacidades es la que llama Ferrara, la *titolarité*: ser o no titular de derechos.

El doctor Vico prosigue expresando que hay casos en que, como decía el doctor Rayces, la capacidad de hecho y de derecho están ligadas, por ejemplo, la capacidad de testar: no se puede testar por representante y sí se puede testar a los 18 años. Lo que los franceses llaman el goce y el ejercicio. Allí hay indisoluble unión entre el derecho de testar y el ejercicio.

El doctor Lafaille dice que esa limitación tan pequeña, insignificante a que está sometida la mujer casada, aunque fundada en un interés de familia, no deja de ser equiparable a la incapacidad de hecho, porque no le impide que sea titular del derecho, sino simplemente impone para su ejercicio el cumplimiento de ciertas formalidades. Entiende que esas restricciones deben sujetarse a la ley del domicilio, por corresponder a la incapacidad de hecho. Entonces no se plantea la cuestión propuesta por el doctor Vico, porque no hay dificultades en la aplicación, para este caso, del art. 2º.

El doctor Vico observa que, con esa calificación, se vuelve a crear esa antinomia que se llama la doctrina de las calificaciones. Si se califica como una típica incapacidad de hecho, estará sujeta a la ley del domicilio; pero otros no la califican como incapacidad de hecho.

El doctor Lafaille expresa que reconoce sin dificultad que los autores del Proyecto no tuvieron el propósito de corregir

todas las clasificaciones. Agrega que la clasificación que se auspicia es de derecho elemental, aceptada generalmente por la doctrina de los civilistas. Podría citar un gran número de autores que la admiten y es la que, por su parte, enseña. El doctor Vico plantea esta cuestión en términos amplios, pero en ocasión de discutirse los derechos de los esposos. Por su parte, no sostiene ese modo de pensar sobre la mujer casada y afirma que la situación del juez, del tutor o del curador es distinta, aun cuando las limitaciones se funden en el orden público. Cree que se debe considerar el proyecto del doctor Vico circunscripto a los supuestos de verdadera incapacidad de derecho. Propone que se resuelva: 1º) si con estas aclaraciones que surgen del debate, se excluye de la discusión el asunto de la mujer casada y, 2º) si deben quedar regidas ambas incapacidades por el mismo principio del domicilio.

Existe asentimiento en el sentido de considerar los puntos mencionados, tal como los ha resumido el doctor Lafaille, en la sesión próxima.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 1º del anterior. Ver pág. 170).

Derechos y obligaciones de los esposos. (Arts. 365 y siguientes).

PUNTO 2º — (El 2º del anterior. Ver pág. 170).

Incapacidad de derecho de la mujer casada. Reglas del título preliminar.

CAPÍTULO VII

Del divorcio

PUNTO 3º — Artículo 372, inc. 5º, a). — Observa el doctor Vico que lo dispuesto en el párrafo a) del inc. 5º del art. 372 debe considerarse como contradictorio con la facultad del marido para fijar domicilio conyugal.

Abandono malicioso y fijación del domicilio conyugal. (Art. 372, inc. 5º).

PUNTO 4º — Artículo 372, inc. 6º — Sugiere el doctor Spota que, en el inc. 6º del art. 372, se considere si ciertas causales que, de existir con anterioridad al matrimonio, producirían la nulidad del mismo, en el caso de producirse ulteriormente podrían dar margen a divorcio, como ser locura, enfermedades contagiosas que puedan afectar al otro cónyuge o a la prole, impotencia.

Causales de nulidad y de divorcio. (Art. 372, inc. 6º).

Juego. (Art. 372, inc. 6º bis).

PUNTO 5º — Artículo 372, inc. 6º (bis). — Sugiere el doctor Spota, respecto al inc. 6º (bis) del art. 372, que se estudie si debe considerarse el caso de "juego".

Juez competente. Domicilio conyugal. Libertad de elegir la jurisdicción. (Art. 373).

PUNTO 6º — Artículo 373. — Formula el doctor Vico la moción de que se suprima la parte final del art. 373.

Residencia de la mujer. (Art. 375).

PUNTO 7º — Artículo 375. — El doctor Spota sugiere que en el art. 375 se suprima lo relativo a la residencia de la mujer en casa honesta por considerar que ella tiene libertad de elegir su habitación.

Alimentos (Art. 375 bis).

PUNTO 8º — Artículo 375 (bis). — El doctor Vico propone que en la parte final del art. 375 se considere la posibilidad de que los alimentos se extiendan a uno y otro cónyuge.

Prueba. Confesión y juramento. (Art. 376).

PUNTO 9º — Artículo 376. — El doctor Vico propone que se considere la posibilidad de suprimir la segunda parte del art. 376 en cuanto excluye la confesión y el juramento.

Prueba. Ascendientes como testigos. (Art. 376 bis).

PUNTO 10º — Artículo 376 (bis). — El doctor Spota sugiere, respecto al art. 376, que se estudie la posibilidad de que los ascendientes sean llamados como testigos en los juicios de divorcio.

Atentado contra la vida del cónyuge. (Art. 377).

PUNTO 11º — Artículo 377. — El doctor Spota propone que se examine si no conviene suprimir la parte final del art. 377.

Cónyuge inocente. Indemnización del perjuicio material y moral. Alimentos al cónyuge culpable. (Art. 382, inc. 3º).

PUNTO 12º — Artículo 382, inc. 3º. — El doctor Spota propone se complete el inc. 3º del art. 382 en el sentido de que el cónyuge inocente deberá ser indemnizado por el perjuicio material y moral y que los alimentos a suministrarse al cónyuge culpable lo sean teniendo en cuenta la conducta que observe en el momento de solicitarlos.

Comunidad de bienes. Conformidad de los cónyuges para continuarla. (Art. 382, inc. 4º).

PUNTO 13º — Artículo 382, inc. 4º. — El doctor Vico sugiere que se examine si podría exceptuarse del inc. 4º del art. 382 el caso en que ambos esposos manifestaren su conformidad para continuar en comunidad de bienes

Donaciones al marido. Revocación. (Art. 382, inc. 6º).

PUNTO 14º — Artículo 382, inc. 6º — Con referencia al inc. 6º del art. 382, el doctor Vico sugiere la posibilidad de que, por razón de la jurisdicción, pudiera aplicarse en el

país en los casos en que la esposa hubiere hecho donaciones al marido y propone se considere si en ese supuesto la mujer podrá igualmente revocar.

PUNTO 15º — Artículo 384. — Con referencia al art. 384, el doctor Spota propone que se examine si no será conveniente autorizar aun a la mujer culpable a continuar con el apellido del esposo, si éste no viera inconveniente en ello.

Uso del apellido.
Mujer culpable.
(Art. 384).

REUNION N° 57

—Buenos Aires, trece de octubre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Arturo Acuña Anzorena, Dalmiro A. Alsina, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO VII

Del divorcio

PUNTOS 1º y 2º — Se postergan.

PUNTO 3º — (Artículo 372, inc. 5º, a). El doctor Lafaille no considera justificada la observación del doctor Vico por cuanto la contradicción en que se apoya no existe a su juicio.

El doctor Rayces entiende que el art. 372, inc. 5º a), debe ser aprobado, ya que no es lo mismo que un cónyuge se ausente por un año, llamado por asuntos importantes que lo retienen durante ese tiempo, que irse *intencionalmente*, contra la voluntad del otro cónyuge.

El doctor Acuña Anzorena en el mismo sentido expresa que el adverbio “intencionalmente” da a entender que no es por necesidad, sino que indica un propósito y en ese caso no se restringe la facultad del marido.

Abandono malicioso y fijación del domicilio conyugal.
(Art. 372, inc. 5º).

El doctor Lafaille expresa que con las explicaciones dadas en el curso de la discusión, debe concluirse que el artículo es suficientemente claro para calificar que se trata de un abandono intencional y no de una ausencia provocada por necesidad o circunstancias justificables. Así se decide.

Separación por mutuo consentimiento.
(Art. 371).

Proposición del doctor Spota sobre el artículo 371.— El doctor Spota dice que, antes de pasar a la consideración del otro punto del Orden del Día, formulará una moción. Tanto en el Código Civil brasileño (art. 318), como en el de Italia (art. 158), así como en el art. 811 del Código Proc. italiano y en el Proyecto que se elabora en este último país, (art. 163, libro I), como, por otra parte, en el derecho canónico (Gasparri, "Tratatus canonicus de matrimonio", Vaticano, 1932, t. 2, p. 248, número 1187; comp., Rava, Adolfo y Tito, "Lezioni di dirittos civile sul matrimonio", Padua, 1935, 3ª ed., p. 595, tex. y n. 1) y en el derecho romano (Novela 22, tít. 1º, cap. 4, de Justiniano, cita de Ferreira Coelho, A., "Código Civil dos Estados Unidos do Brazil", Río de Janeiro, 1932, t. 24, p. 317, text. y n. 1), se admite la separación de los esposos por mutuo consentimiento. Tal separación no importa la pérdida de los derechos sucesorios, ni la cesación de las obligaciones entre los esposos —salvo en lo que respecta a la cohabitación—. ¿No sería conveniente para el interés general que los esposos, de común acuerdo, no ventilen ante los tribunales las causas —muchas veces escandalosas— de la separación? El juez, en ese caso, interviene; establece las obligaciones entre los esposos y para con los hijos. Con ello, se ganará que no trascienda al público una serie de circunstancias que ni la familia ni la sociedad tienen interés en divulgar. Nuestro derecho positivo da lugar, muchas veces, a que los esposos eludan la ley, simulando causales distintas de las verdaderas, y los jueces —con la cabal comprensión de su ministerio— tratan de no poner a la luz del día estas últimas, cuando están convencidos de que el vínculo afectivo ya no existe. Si tal cosa ocurre, ¿por qué no considerar el ejemplo de esos dos códigos —siguiendo, además, las directivas del derecho canónico? Debe observarse, también, que no interesa a la cosa pública el mantenimiento de la coha-

bitación cuando ello es a costa de reyertas familiares. Lo que interesa es que el vínculo no se disuelva y que los hijos no estén presenciando esas escenas que tanto daño moral ocasionan. Basta que el Estado homologue este acuerdo para que la cosa pública sea respetada. Esta es la opinión de un jurista como Carnelutti (“Separazione per accordo tra coninghi”, en “Rivista di diritto processuale”, 1936, II, ps. 153 y ss.), quien dice que “sería una ingenuidad creer que *reipublicae interest*, a cualquier costo, la convivencia entre marido y mujer. Existen —agrega— frecuentemente, situaciones que reclaman, aun en el interés público, y sobre todo en el de la prole, que no obstante la indisolubilidad del vínculo, la cohabitación no tenga lugar; antes de que los hijos asistan a continuas reyertas entre los padres, resulta un mal menor que se hallen alejados de uno de ellos o aun de ambos”. Tal es, además, la opinión de Jemolo, Arturo Carlo, “Il matrimonio”, Turín, 1937, vol. 3º, t. I, del “Trattato di dir. civile italiano” dirigido por Vassalli, Filippo, p. 281.

El doctor Rey dice que para poder examinar a conciencia la proposición del doctor Spota es conveniente que concrete exactamente qué diferencia hay, a su juicio, en cuanto a las consecuencias, entre la separación que él propone y el divorcio que admite el Proyecto.

El doctor Spota contesta que propone una forma conocida en el derecho comparado. Los efectos jurídicos son los mismos que, con respecto al divorcio legislado en el Proyecto, se establecen en éste para el esposo inocente, quien conserva los derechos hereditarios y el de los alimentos. No se entra a estudiar la causal de la separación, la cual queda reservada a la conciencia de los esposos. El juez debe homologar —sin poder rehusarse— la separación pedida a los efectos de que se solucionen las cuestiones referentes a la tenencia de los hijos, a los alimentos, a las visitas, a la separación de bienes, etcétera.

El doctor Rayces manifiesta que la separación consensual de carácter provisorio permite que algún día, serenados los ánimos y acallados los enconos, se vuelvan a unir los esposos, los que si no hay extravíos irreparables, tendrán, en el fondo un resto de esperanza de volver a unirse. Cree que la moción presentada lo facilita.

Se resuelve considerar en la sesión próxima la moción del doctor Spota referente al art. 371, en el sentido de que, como lo admite el derecho antiguo, canónico y algunos códigos como el de Brasil y el Proyecto de Código italiano, se autorice la separación de común acuerdo entre los cónyuges, homologada por la autoridad judicial, con el efecto de que subsisten para ambos cónyuges todos sus derechos y obligaciones de esposos; así como el derecho sucesorio, quedando sin efecto la obligación de cohabitar, y debiendo el juez, al homologar la separación consensual, reglamentar lo atinente a la tenencia de los hijos, las visitas a los mismos y todas las materias a que diera lugar la separación de los bienes, la cual será una consecuencia de la separación consensual.

Causales de nul-
dad y de divorcio.
(Art. 372, inc. 6°).

PUNTO 4° — (Artículo 372, inc. 6°). El doctor Spota dice que la expresión “el uso indebido de tóxicos enervantes” no configura todos los estados de las enfermedades mentales. De ahí que es posible que se considere que la enfermedad mental no sea causa del divorcio. Entiende que sería, por lo menos, ventajoso que la mujer esté autorizada a no cohabitar.

El doctor Lafaille recuerda que el art. 362 establece que “el juez puede, según las circunstancias y a pedido de la esposa, eximirla de la obligación de habitar con su marido”. En el supuesto indicado, la mujer alegaría que el cónyuge padece de anomalías que hacen peligrosa la cohabitación; entonces el juez la exime de ella en virtud del art. 362.

Ante esta explicación del doctor Lafaille, el doctor Spota retira su ponencia.

Juego. (Art. 372,
inc. 6° bis).

PUNTO 5° — (Artículo 372, inc. 6° bis). El doctor Spota considera que podría quedar comprendido en el inc. 4°, del art. 372, la perturbación a que da lugar el juego. Si así se considera retiraría su ponencia.

El doctor Lafaille observa que a dicho inciso se le ha dado gran amplitud, siguiendo al legislador alemán.

Comisión de delito
grave.

El doctor Spota manifiesta que muchos códigos contemplan como causal de separación el haber cometido un delito grave que implique pena de cinco o más años. Pregunta si eso puede ser causal de separación.

El doctor Lafaille entiende que está contemplado, implícitamente, en el inciso referido.

El doctor Spota pregunta si no sería conveniente poner un límite negativo. Agrega que, por lo demás, ciertos códigos establecen que, en materia de delitos políticos, no hay causal de divorcio.

Delitos políticos.

El doctor Lafaille contesta que no sería conducta deshonrosa el delito político de sedición. No se podría llamar delito político a la traición a la patria.

El doctor Spota observa que para los delitos comunes debe ser un delito de cierta gravedad.

El doctor Lafaille entiende que la calificación de deshonoroso es suficientemente explícita.

El doctor Rayces agrega que ciertos delitos pasionales son castigados con penas grandes y no son deshonorosos en el sentir general.

El doctor Lafaille añade, a modo de ejemplo, la cuestión del delito de sangre que muchas veces es menos deshonoroso que el delito contra la propiedad.

El doctor Rey también estima que para establecer tal causal no se puede considerar el tiempo de la pena sino las circunstancias que rodean al delito.

El doctor Lafaille observa que la conducta deshonorosa es la que produce ese alejamiento y la falta de estimación y respeto que es una de las bases del matrimonio. El marido o la mujer deben cometer un delito de tal naturaleza que determine este efecto e impida la cohabitación, a fin de que funcione la norma del inc. 4°.

Conducta deshonorosa.

El doctor Rayces adhiere a lo expresado por el doctor Lafaille.

El doctor Spota estima que, ante el resultado a que se arriba con la precedente discusión, debe retirar su ponencia.

PUNTO 6° — (Artículo 373). Se posterga su consideración.

Juez competente.
Domicilio conyugal.
Libertad de elegir
la jurisdicción.
(Art. 373).

PUNTO 7° — (Artículo 375). El doctor Spota indica que, en primer término, parece que sería aceptable suprimir, por lo menos, la expresión: “dentro de los límites de su jurisdicción”. Así, por ejemplo, un juez de la Capital podrá autorizar la residencia de la mujer en localidades cercanas. Eso no cree que pueda ser motivo de discrepancia. En cuanto

Residencia de la
mujer. (Art. 375).

a la cuestión de fondo, entiende que la mujer es plenamente capaz y, entonces, se le debe permitir que, a su riesgo, habite donde crea que debe hacerlo. Si ella considera conveniente a sus derechos hacer conocer al juez que habita en casa honesta, que lo haga. Pero establecer esa especie de tutela del juez sobre la mujer casada no condice con este movimiento moderno que se ha visto ya concretado en el decreto-ley francés, del año 1938, donde se autoriza a la mujer a vivir en la casa que ella crea más conveniente. Observa, además, que ese decreto se asemeja al Proyecto en lo relativo al ejercicio de la profesión de la mujer y al derecho de oposición del esposo; de ahí su similitud con el sistema de los arts. 365 y siguientes.

El doctor Lafaille considera que se trata de la secuela del juicio de divorcio; que la residencia de la mujer autorizada por el juez suele ser uno de los motivos que permitan reconstruir la vida común de los cónyuges. Si la mujer procede a su arbitrio, no sólo corre un riesgo propio, sino que también dificulta el restablecimiento del hogar.

El doctor Rayces apoya la moción del doctor Spota.

El doctor Lafaille propone que se establezca: "...podrá el juez, a instancia de parte, decretar la separación personal de los esposos y autorizar la residencia de la mujer si no dispusiere que el marido dejare el domicilio conyugal".

El doctor Alsina observa que en algunos casos de juicios de divorcio, la esposa, sin autorización judicial ninguna, procede a trasladarse a casa honesta. Pregunta si el Proyecto prevé alguna sanción para la hipótesis de falta de autorización. Por su parte, considera que no cabría la compulsión personal, ni tampoco juzgarla culpable al dictar sentencia.

El doctor Lafaille propone, además, que se suprima la frase: "en casa honesta, dentro de los límites de su jurisdicción".

El doctor Alsina observa que más que una cuestión de libertad de la esposa para cambiar de domicilio, o de requisitos para poder hacerlo (venia judicial, etc.), se plantearía aquí el interrogante de la sanción aplicable, como ya lo ha dicho.

Se aprueba la moción del doctor Spota con la redacción que surge de las proposiciones del doctor Lafaille.

PUNTO 8º — (Artículo 375, bis). Se aprueba sin objeciones la moción del doctor Vico en el sentido de que al final del art. 375 se considere la posibilidad de que los alimentos se extiendan a ambos cónyuges.

Alimentos. (Art. 375 bis).

PUNTO 9º — (Artículo 376). Se rechaza.

Prueba. Confesión y juramento. (Art. 376).

PUNTO 10º — (Artículo 376 bis). El doctor Spota explica por qué ha planteado el problema a que se refiere su moción. Muchas veces ha observado que los causantes de estos casos de divorcio no son siempre los esposos, sino parientes más o menos próximos que, después, cuando llega el juicio, rehuyen comparecer. Ese es el problema con que ha chocado en la vida profesional. Pero, ante lo resuelto con respecto a la anterior ponencia del doctor Vico, no insiste en su moción.

Prueba. Ascendientes como testigos. (Art. 376 bis).

Se tiene presente el desistimiento.

PUNTO 11º — (Artículo 377). El doctor Spota formula sus dudas sobre la concordancia del art. 377, en el inc. 3º, del art. 372.

Atentado contra la vida del cónyuge. (Art. 377).

El doctor Lafaille observa que en el art. 377 se encara la posibilidad de que el juez suspenda el fallo por un período que no exceda de un año. El inc. 3º es un caso general, limitado por lo que se prescribe al fin del artículo.

Con las explicaciones precedentes queda aclarado el punto.

PUNTO 12º — (Artículo 382, inc. 3º). El doctor Spota dice que habría que concordar el inc. 3º, del art. 382, con lo ya votado en materia de esponsales. Es cierto que no son situaciones idénticas; pero el motivo de la disposición ya votada es el mismo. Es un principio de justicia que quien ocasiona un daño moral o material debe repararlo; tal es lo que ocurre cuando el esposo culpable causa serio agravio moral al inocente, o bien, cuando se ve precisado este último a liquidar un negocio que fué todo el afán de su vida. Por eso, al distribuirse los gananciales deberá tenerse en cuenta la causal que provocó la separación y resarcirse el inocente de los perjuicios materiales y morales que ha padecido. Eso por un lado, y con respecto al cónyuge culpable que demanda del inocente alimentos que le son de estricta necesidad, parece que debe haber un límite y el derecho comparado da ejemplos,

Cónyuge inocente. Indemnización del perjuicio material y moral. Alimentos al cónyuge culpable. (Art. 382, inc. 3º).

tal como el Código Civil chileno, de donde deriva el art. 80 de la ley de matrimonio vigente. Por eso debe tenerse en cuenta la conducta posterior al divorcio. Si después del divorcio la mujer sigue una vida deshonesta o vive en constante adulterio, no se puede condenar al hombre a que pase alimentos que en realidad son para ese tercero. Así lo hizo notar en un estudio que ha publicado en la "Revista de Jurisprudencia Argentina", t. 61, p. 315).

El doctor Lafaille expresa que si la mujer vive en concubinato tendrá que justificar, desde luego, su estado de indigencia y si se le demuestra la inmoralidad de su vida, los tribunales rechazan la demanda por alimentos.

El doctor Rayces dice que parece bien que el culpable indemnice al cónyuge inocente de los perjuicios causados por su conducta violatoria de los deberes matrimoniales. No es ese un obstáculo para una futura reconciliación.

El doctor Rey señala que todos están de acuerdo en que será justo indemnizar al cónyuge inocente de los perjuicios causados. Ello presenta, sin embargo, el inconveniente de estimular los divorcios con vista a posibles indemnizaciones que de otro modo no se habría pensado obtener.

El doctor Lafaille considera que aun sin decirlo expresamente, la indemnización procedería con sólo aplicar los principios generales.

Alimentos al cónyuge culpable.

Se resuelve suspender la discusión para ser estudiado el punto en la reunión próxima, aceptándose, en cambio, que si se trata de los alimentos que el cónyuge culpable solicita en caso de extrema necesidad, debe tenerse en cuenta la conducta del mismo con posterioridad al divorcio y al solicitarse dichos alimentos

Comunidad de bienes. Conformidad de los cónyuges para continuarla. (Art. 384, inc. 4°).

PUNTO 13° — (Artículo 384, inc. 4°). El doctor Lafaille dice que este punto plantea un problema digno de estudio. La ventaja que observa en la proposición es que en algunos casos puede ser la comunidad beneficiosa y al hacerla cesar irrogarse perjuicios a uno y otro cónyuge que desaparecerían con el acuerdo de ambos. Esto podría también dar motivo para una reconciliación. El inconveniente sería que una de las partes explotara la inexperiencia o la necesidad de la otra.

El doctor Acuña Anzorena considera que el inconveniente anotado se puede subsanar con la homologación judicial. Por ello debe establecerse tal homologación, ya que nunca podría ser perjudicial y, a lo sumo, sería ineficaz.

El doctor Lafaille indica que lo único establecido en el Proyecto es la disolución de la sociedad. Si se cree necesario autorizar a los cónyuges para formar un condominio, no habría inconveniente en ello, siempre con la venia del juez. Se podría decir: "La sociedad conyugal quedará disuelta de pleno derecho y separados los bienes de los esposos. No obstante, si ambos estuvieren de acuerdo en proseguir en comunidad respecto de los bienes o de algunos de ellos, podrá así resolverse por el juez de la causa".

El doctor Rey considera que de aceptarse alguna proposición en ese sentido, debe dejarse librada a la decisión de las partes la continuación de la sociedad conyugal. El juez podría, a lo sumo, actuar como conciliador.

El doctor Lafaille propone que se establezca: "...no obstante podrán ambos cónyuges continuar en comunidad sobre todos los bienes o alguno de ellos, siempre que así lo manifestaren". Entonces no habría necesidad de juicio verbal.

Así se resuelve.

PUNTO 14° — (Artículo 382, inc. 6°). Se resuelve suspender su consideración por no estar presente el doctor Vico.

Donaciones al marido. Revocación. (Art. 382, inc. 6°).

PUNTO 15° — (Artículo 384). El doctor Spota propone que se siga el sistema del Código alemán: si la mujer es culpable, el marido puede impedirle que lleve su apellido; pero ello se debe dejar a la voluntad del esposo inocente, porque el art. 384, argumentando a contrario, parecería que establecería que la mujer, de pleno derecho, pierde el apellido del marido.

Uso del apellido. Mujer culpable. (Art. 384).

El doctor Rey considera que la proposición está comprendida dentro del artículo, porque si la mujer usa el apellido de su esposo sin que éste se oponga, nadie podría impedirsele.

El doctor Spota entiende que la mayor claridad en las leyes es siempre ventajosa y así como se creyó necesario decir que la mujer inocente podía conservarlo, también puede decirse que el esposo inocente puede prohibir el uso y hasta tanto

no lo haga, la mujer culpable está facultada para usar el apellido del marido.

El doctor Lafaille dice que el art. 28 establece que le corresponde usar el apellido del esposo a la mujer casada, y la divorciada no deja de ser casada.

El doctor Rey observa que la manifestación que hizo no era tendiente a formular oposición sino una aclaración.

El doctor Rayces propone que se establezca: “Si lo fuera el marido, podría conservarlo la mujer culpable aun contra la voluntad de él”. Así se resuelve.

CAPÍTULO VIII

De la disolución del matrimonio

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

Artículo 385.— El doctor Spota hace moción en el sentido que se agregue: “muerte natural o presunta”.

El doctor Lafaille, manifiesta que se podría emplear el término: “fallecimiento” en vez de: “muerte natural”, resolviéndose emplear ese término y queda entonces así concretada la moción del doctor Spota: agregar al art. 385 la cláusula de que el matrimonio se disuelve por fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges.

CAPÍTULO IX

De los matrimonios nulos y anulables

Terminología (Art. 389, inc. 1º).

Artículo 389, inc. 1º— El doctor Spota sugiere que se armonice la terminología del inc. 1º, del art. 389, con lo resuelto anteriormente al votar el art. 339, inc. 8º.

Causas no previstas. (Art. 389, inc. 3º).

Artículo 389, inc. 3º— El doctor Spota, en cuanto a la parte final del inc. 3º, del art. 389, propone que se la armonice con lo ya resuelto sobre el inc. 4º, del art. 339, sobre todo en cuanto a la posibilidad de que pueda alegarse otra causa, aparte de aquella contemplada en ese inciso.

Artículo 389, inc. 5º — El doctor Lafaille dice que la palabra esterilidad dió lugar a objeciones. Cuando la Comisión habló de “esterilidad”, no lo tomó en el sentido de imposibilidad de engendrar sino tal como los clásicos consideraban la imposibilidad de uno de los contrayentes para celebrar la unión sexual que puede existir tanto para uno como para el otro cónyuge. No es justo que se condene a persistir en un matrimonio que tiene esa dificultad. Lo que habría que decir es: “por causa de impotencia del marido o de la mujer para celebrar el acto...”.

Se resuelve, ante lo explicado, suprimir la expresión “esterilidad”.

El doctor Spota dice que el término “manifiesta” no le parece el más adecuado; se podría hacer referencia a la impotencia incurable. Por ser varios los miembros de la Sección que consideran conveniente analizar la terminología, la moción se concreta así: “Sugestión de varios miembros de la Sección para que se examine, aparte de lo convenido respecto del inc. 5º, del art. 389, la terminología empleada en el mismo, cuando utiliza la expresión «absoluta y manifiesta”’.

Artículo 389, in fine. — El doctor Spota sugiere que se estudie si la salvedad formulada al final del art. 389, debe corresponder a aquellos funcionarios de facto que usurparen esas facultades.

Artículo 390, inc. 3º — El doctor Lafaille propone que en el inc. 3º, del art. 390, se considere la manera de armonizar esta disposición con lo ya resuelto precedentemente en el inc. 9º, del art. 339 y con las leyes sobre profilaxis de la lepra y enfermedades venéreas.

Artículo 395, inc. 3º — El doctor Spota propone que se estudie, en cuanto al inc. 3º, del art. 395, si fuera posible discriminar alguna de las causales de la nulidad en el sentido de atenuar los efectos que se producen respecto de los hijos.

Artículo 397. — El doctor Spota propone que la responsabilidad por el resarcimiento se refiera tanto al daño moral como al material y se considere siempre a cargo del causante de la nulidad.

Esterilidad. Alcance del término. Supresión. (Art. 389, inc. 5º).

Impotencia absoluta o manifiesta. Concepto. (Art. 389, inc. 5º).

Funcionarios. Usurpación de facultades. (Art. 389, in fine).

Leyes de profilaxis. (Art. 390, inc. 3º).

Causales de la nulidad. Discriminación. Efectos sobre los hijos. (Art. 395, inc. 3º).

Daño moral. (Art. 397).

Parto dentro del término. La no aplicación de la norma. (Art. 398).

Separación por consentimiento mutuo. (Art. 371).

Juez competente. Domicilio conyugal. Libertad de elegir la jurisdicción. (Art. 373).

Cónyuge inocente. Indemnización del perjuicio material y moral. (Art. 382, inc. 3º).

Donaciones al marido. Revocación. (Art. 382, inc. 6º).

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

Terminología (Art. 389, inc. 1º).

Nulidad. Dispensa. (Art. 389).

Artículo 398. — El doctor Spota propone que se contemple la posibilidad de que hubiera dado a luz la mujer antes de los trescientos días, supuesto en el cual no se aplicará la regla.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Ponencia del doctor Spota en el sentido de que según lo admite el antiguo derecho canónico y algunos códigos como el de Brasil, el italiano y el Proyecto de Código italiano, se autorice la separación de común acuerdo entre los cónyuges, homologada por la autoridad judicial con el efecto de que subsistan para ambos todos sus derechos y obligaciones de esposos, así como el derecho sucesorio, quedando sin efecto únicamente la obligación de cohabitar. El juez al homologar la separación consensual, deberá reglamentar lo atinente a la tenencia de los hijos, la visita a los mismos y todas las materias a que daría lugar la separación de los bienes, lo cual sería una consecuencia de la separación consensual.

PUNTO 2º — (El 6º del anterior. Ver pág. 180).

PUNTO 3º — (El 12º del anterior en su 1ª parte. Ver página 180).

PUNTO 4º — (El 14º del anterior. Ver pág. 180).

PUNTO 5º — Indicación del doctor Spota para que se agregue al art. 385 la cláusula de que el matrimonio se disuelve por el fallecimiento o por muerte presunta de uno de ellos.

PUNTO 6º — Indicación del doctor Spota para que se armonice la terminología del inc. 1º, del art. 389 con lo resuelto anteriormente al votar el inc. 8º, del art. 339.

PUNTO 7º — Proposición del doctor Spota, en lo relativo a la parte final del art. 389, para que se armonice con lo ya resuelto respecto al inc. 4º, del art. 339, sobre todo en cuanto a la posibilidad de que pueda alegarse otra causa, fuera de la del embarazo.

ACLARACIÓN AL PUNTO 7º — Se hace presente que en la sesión del 30 de julio de 1938, quedó modificado el inc. 4º, del art. 339, en el sentido de que debe dispensarse el impedimento establecido en el mismo cuando medien motivos graves, sin necesidad de enumerar éstos, ya que, v. gr., la menor puede quedar en cinta o bien ser simplemente desflorada o violada.

Impedimento. Dispensa. (Art. 339, inc. 4º).

PUNTO 8º — Indicación de varios miembros de la Sección para que se examine, aparte de lo que se ha convenido respecto al inc. 5º del art. 389, la terminología empleada en el mismo cuando utiliza las expresiones “absoluta y manifiesta”.

Impotencia absoluta o manifiesta. Concepto. (Art. 389, inc. 5º).

PUNTO 9º — Indicación del doctor Spota para que se estudie si la salvedad formulada al final del art. 389, debe comprender a aquellos funcionarios de facto que usurparen sus facultades.

Funcionarios. Usurpación de facultades. (Art. 389, in fine).

PUNTO 10º — Indicación del doctor Lafaille para que, en el inc. 3º, del art. 390, se considere la manera de armonizar esta disposición con lo ya resuelto precedentemente en el inc. 9º, del art. 339, y la disposición del Congreso de la Nación sobre profilaxis de la lepra y enfermedades venéreas.

Leyes de profilaxis. (Art. 390, inc. 3º).

ACLARACIÓN AL PUNTO 10º — Se acuerda tener presente que en la sesión del 30 de junio de 1938 se resolvió agregar al inc. 9º, del art. 339, como impedimento, todas las enfermedades que puedan afectar al otro cónyuge o a la prole y que, como tales, se establezcan en las leyes de la Nación dictadas o que en lo sucesivo se dictaren.

Impedimento. Enfermedades transmisibles. (Art. 339, inc. 9º).

PUNTO 11º — Proposición del doctor Spota para que se estudie, con respecto al inc. 3º, del art. 395, si fuera posible discriminar algunas de las causales de la nulidad en el sentido de atenuar los efectos que se producen respecto a los hijos.

Causales de la nulidad. Discriminación. Efecto sobre los hijos. (Art. 395, inc. 3º).

PUNTO 12º — Proposición del doctor Spota, acerca del art. 397, para que la responsabilidad por el resarcimiento se refiera tanto al daño material como al moral y se considere siempre a cargo del causante de la nulidad.

Daño moral. (Art. 397).

PUNTO 13º — Proposición del doctor Spota para que se contemple también en el art. 398 la posibilidad de que la mujer hubiera dado a luz antes de los trescientos días, supuesto en el cual no se aplicará la regla.

Parto dentro del término. La no aplicación de la norma. (Art. 398).

REUNION N° 58

—Buenos Aires, veinte de octubre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO VII

Del divorcio

Separación por consentimiento mutuo.
(Art. 371).

PUNTO 1° — Artículo 371. El doctor Spota formula consideraciones sobre el alcance de su moción. Es un sistema ya conocido en el derecho comparado; lo admiten países como el Brasil e Italia que han establecido la indisolubilidad del vínculo matrimonial y eso es lo que lo lleva a concebir la adopción de este sistema en nuestra legislación. En el Código Civil italiano la materia está resuelta en el art. 158, el cual establece que la separación por el solo consentimiento de los esposos no tiene efecto sin la homologación judicial. Se agregan, por el art. 811, Cód. Proced. Civil italiano, varias circunstancias necesarias, como ser la intervención judicial en una instancia previa, donde debe oírse separadamente a cada esposo y luego tratar de reconciliarlos. Si la reconciliación no se alcanza, se homologa la separación, determinándose sus condiciones respecto a los cónyuges y a la prole, condiciones éstas que —de acuerdo al art. 810, Cód. Proced. cit.— pueden ser modificadas o revocadas a pedido de cualquiera de las partes y según las circunstancias. Todas las obligaciones de los esposos subsisten. Esta separación de mutuo acuerdo no importa la pérdida de los derechos sucesorios ni la cesación de lo deberes de ayuda mutua, asistencia, etc., existentes entre los esposos, excepto la de cohabitar. Para entroncar esta moción dentro del Proyecto propone que se autorice, en el art. 371, la separación consensual, previa homologación

del juez y que se agregue al art. 374 lo siguiente: "Si se tratara de la separación consensual, antes de tener lugar la homologación, el juez debe oír separadamente a cada esposo y luego procurará la reconciliación de ambos. En caso contrario, los esposos establecerán sus condiciones respecto a cada uno de ellos y a la prole, pudiendo tales condiciones ser modificadas o revocadas por el juez, a pedido de parte, siempre que las circunstancias así lo aconsejen". Por último, habrá que agregar en el art. 382, los efectos de esta separación consensual, que serán los mismos establecidos en dicho artículo, pero no se aplicarán los incs. 3º y 6º. Además, en el art. 384, deberá establecerse que la separación consensual no afecta los derechos hereditarios de los cónyuges. Debe preverse, también, el supuesto de que, con posterioridad a la separación de mutuo acuerdo, sobrevenga una causal de divorcio: puede alegarla cualquiera de los esposos y, entonces, el divorcio se decretará con los efectos establecidos en los arts. 382 a 384.

El doctor Lafaille observa que, a su juicio, el problema es otro. Existe una separación por mutuo acuerdo y sobreviene una causal de divorcio, o media una reiteración de aquélla que provocó tal estado. En ambos casos procede la demanda; no es necesario que las causas sean ulteriores; siempre se pueden acumular las precedentes, porque se ha entendido de que la reconciliación se pacta sobre la base de una buena fe. De manera que cuando el cónyuge deje de cumplir las condiciones implícitas, se pueden invocar agravios anteriores.

El doctor Rey pregunta si la separación de mutuo acuerdo tendría el efecto de impedir el divorcio a menos que surgieran otras causales.

El doctor Spota contesta afirmativamente.

El doctor Rey agrega que en esas condiciones si no hubiera otra causal, esas personas jamás se podrían divorciar.

El doctor Spota observa que en la legislación brasileña, para aceptar esta separación de mutuo acuerdo, se exige que haya transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio. Es una especie de espera que, en cambio, el Código Civil italiano no entiende que sea necesaria.

El doctor Rey considera que la proposición del doctor Spota tiene un aspecto simpático en el sentido de que evita los divor-

cios y deja las puertas abiertas a una posible reconciliación, pero que también ofrece inconvenientes.

El doctor Lafaille agrega que se evitan también los escozores que dejan los pleitos de divorcio.

El doctor Vico manifiesta que llegaría a admitir el divorcio de mutuo acuerdo con las consecuencias que tiene el divorcio entre nosotros, que no es tal divorcio. Se facilita la reconciliación; nadie queda con el estigma de la culpabilidad. Lo considera superior.

El doctor Lafaille observa que, en la práctica, esa función del juez no se llenará y se vendrá a establecer una mera fórmula.

El doctor Spota indica que en la jurisprudencia italiana se tiene resuelto que no puede llegarse a la separación sino compareciendo las partes ante el tribunal; no es suficiente, además, que los esposos presenten una convención —aun otorgada ante escribano— y pidan que sea la misma homologada. Observa Jemolo ("Il matrimonio", vol. 3, t. 1 del "Trattato di diritto civile italiano", dirigido por Vasalli, Turín, 1937, pág. 281, tex. y nota 4) que se declaró ineficaz una separación así obtenida, aun cuando hubiera mediado homologación del tribunal. De ahí que la ley debe imponer al juez una conducta que se traduzca en un verdadero deber de conciencia, a fin de que se convenza de que las condiciones de la separación no perjudicarán a la prole ni importarán convenciones leoninas o inequitativas. El tribunal, pues, debe negar la homologación toda vez que tenga la convicción de que acaezca alguna de esas situaciones.

El doctor Lafaille reconoce al sistema varias cualidades recomendables: evita el escándalo y la declaración de causas, que puede ser violenta para las partes; trae la posibilidad de un acuerdo futuro entre los cónyuges; regulariza situaciones, pues la vida real demuestra la frecuencia con que los esposos viven separados de hecho, sin procurar el divorcio. Sin embargo, se llega, prácticamente, a que los cónyuges, por un acuerdo mutuo, rompen el hogar y se convierten en árbitros de la suerte de sus hijos, sin que puedan aquilatarse los motivos. Esto es muy serio...

El doctor Spota expresa que no debe olvidarse que esa

separación consensual es el medio más adecuado para llegar a una posible reconciliación.

El doctor Lafaille continúa manifestando que, con ese criterio, ¿por qué no se agrega a las causales del divorcio el mutuo consentimiento de las partes? Los cónyuges declararían al juez que no quieren vivir juntos y éste homologa dicha manifestación. En lugar de disminuirse los divorcios, se reducirían los pleitos; pero aumentarían las separaciones —que es lo importante— con el agregado de que una cantidad de personas que no tienen causales para divorciarse, lo harán por ese procedimiento. La parte criticable del sistema es que disolvería los hogares en virtud de motivos no autorizados por la ley. Esto contrarresta las ventajas señaladas y lo torna, a su juicio, inaceptable. Bastaría con reglamentar los efectos de la separación de hecho, sobre todo en el régimen sucesorio y no provocar los males que semejante régimen determinaría, máxime por vía de contagio.

Se incorpora a la sesión el doctor Rayces y el doctor Lafaille resume el estado de la discusión, expresando que al apreciar el pro y el contra observamos que si bien se evitan escándalos, pleitos de divorcio, mayores motivos de discordia y se abren las puertas a un posible arreglo futuro, se permite, a la vez, disociar una familia por motivos no autorizados, qué se dejan al criterio de las partes. Se obtiene así, un efecto casi idéntico al divorcio, tan parecido, que el doctor Vico dice: ¿por qué no agregar a las causales del Proyecto, el mutuo consentimiento de los cónyuges?, con lo cual se llegaría a la identificación completa. ¿No será eso dejar que los cónyuges mismos sean los árbitros únicos de que el hogar pueda o no subsistir?

El doctor Rayces se inclina a creer en la bondad del método.

El doctor Lafaille expresa que le encuentra este grave óbice: dos esposos, sin causa alguna o por razones fútiles o porque uno se fastidió del otro, se presentan al juez y dicen: “nosotros nos acogemos a la disposición del artículo 371 y venimos a que se homologue esta separación” y se rehusan a indicar los motivos. El juez los oye, dispone todo lo concerniente a los hijos, a la asistencia y demás obligaciones de familia y todo se termina.

El doctor Rayces pregunta, en el caso de que el juez no legalice el acuerdo, ¿qué podrá pasar?

El doctor Lafaille contesta que pueden separarse de hecho, sin ninguna ingerencia judicial; también iniciar divorcio o por último, seguir viviendo juntos en condiciones más o menos soportables, que no dieran base para una ruptura. En otros términos, es un peligro y un exceso acordar a esta situación efectos jurídicos análogos o idénticos al divorcio por la simple voluntad de las partes. Llegada la separación, sería suficiente —como ya lo expresó— reconocerle determinadas consecuencias, dentro del Código; por ejemplo, en materia sucesoria, pero nada más. La ley debe contemplar ese estado especial, sin extremar su trascendencia, ni en el orden de las personas, ni en la sociedad conyugal.

El doctor Rayces pregunta si se da por disuelta.

El doctor Spota contesta que si así lo estiman los esposos, como una de las condiciones de la separación consensual.

El doctor Lafaille dice que se comprometen así diversos intereses, aparte de los propios de marido y mujer; se afecta a los hijos y también a los terceros, como ser los acreedores.

El doctor Rayces expresa que creía que no se daba por disuelta la sociedad conyugal y entonces no veía más que las ventajas del sistema; pero así, es lo mismo que la separación de hecho sin la sanción que la ley tiene.

El doctor Spota manifiesta que no es lo mismo, en absoluto. En primer lugar, esto no es un divorcio; es una separación donde subsisten todas las obligaciones y todos los derechos; no hay culpa de ninguno de los esposos; existe el derecho hereditario. Entonces, como es lógico que cada cual deba trabajar por sí, ya que no debe estar sometido al otro cónyuge, cree que se los podría facultar para que solucionen el problema de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, estableciendo los que corresponden a cada uno. Siempre es el acuerdo entre las dos partes el que decide, sin perjuicio de la intervención judicial para evitar pactos inequitativos. Además, nada se opone a que las partes, si así lo estiman, continúen con la sociedad conyugal.

El doctor Lafaille observa que mirándolo con un criterio realista, en estos casos de hogares desquiciados, cuando se llega a ese acuerdo delante del juez, quien cede siempre es

la mujer, porque es más temerosa al escándalo y tiene menos conocimiento de la vida. Esos convenios se hacen en detrimento de la parte más débil, y entonces los maridos culpables buscarán este medio para eludir las responsabilidades derivadas del incumplimiento de los deberes conyugales.

El doctor Spota cree que no es lanzarse demasiado al vacío al aceptar lo que propone, pues se trata de un sistema de siglos; practicado en el derecho canónico y romano y aceptado por el de dos países que han mantenido la indisolubilidad del vínculo matrimonial: Italia y Brasil.

El doctor Lafaille indica que lo permitido por la Iglesia fué siempre la separación provisoria.

El doctor Rayces considera que, al parecer, la única diferencia que existe entre el divorcio y la separación de mutuo acuerdo es que no hay calificación de culpa. Es un divorcio sin culpables.

El doctor Spota entiende que no es divorcio y tan no lo es que cualquiera de los cónyuges puede iniciar un divorcio por causas sobrevinientes o por la reiteración de la que se pruebe que motivó la separación consensual.

El doctor Lafaille dice que esa diferencia señalada hace un momento, de que no hay divorcio, pero que puede iniciarse luego, no es un fundamento en juicios de esta especie, porque ni la sentencia misma causa instancia ni impide la reconciliación. Lo que, a su juicio, debe considerarse, para no atacar la solidez de la familia, es que un hogar constituido por la ley, sólo puede disociarse por los motivos que la ley establece, y no por el arbitrio de las partes, que no debe jugar cuando se afectan intereses colectivos. ¿De qué serviría enumerar cuidadosamente las causas de divorcio, si luego lo autorizamos, en definitiva, por el simple consentimiento de los esposos?

El doctor Rayces indica que entendía que era una separación provisoria por mutuo consentimiento. Este provisoria puede ser por un tiempo amplio que será como un lazo que se tienda, como un señuelo para una reconciliación.

El doctor Lafaille observa que ese es el sistema canónico que no se puede confundir con el que ahora se preconiza. En el primero se llamaba a los interesados y luego de exhortarlos para una reconciliación, se los separaba provisoriamente, cuando no se obtenía tal resultado.

El doctor Rayces manifiesta que lo fundamental es que se facilite un temperamento por el cual se evita la exacerbación de los enconos durante un tiempo más o menos largo, tres o cuatro años, pasado el cual podía ser una separación de hecho.

El doctor Lafaille expresa que esa separación provisoria es la que menciona el art. 3575 del Código Civil vigente. Por su parte, llega hasta admitir que en la instancia de divorcio y una vez llamados a conciliación, el juez, siempre que las partes estuvieran de acuerdo, pueda decretar dicha medida con determinados efectos dentro del pleito y mientras él se desenvuelva.

El doctor Spota expresa que su proposición tiende a evitar el juicio de divorcio y la inútil imputación de causales que tantos efectos perniciosos tiene para una reconciliación.

El doctor Rey dice que ha escuchado muy atentamente en la reunión anterior y en ésta las razones dadas y no ha podido apartarse de la idea que del primer momento se le ha ocurrido. Considera que debe analizarse la proposición del doctor Spota desde un doble punto de vista: del punto de vista de los principios establecidos en el Proyecto y del punto de vista de su conveniencia e inconveniencia. Si se tienen en cuenta los principios del Proyecto, será incongruente con ellos la proposición que se estudia, porque aquél no autoriza el divorcio por mutuo consentimiento, y la proposición del doctor Spota equivale a un divorcio de mutuo acuerdo —basta alegar la voluntad de los cónyuges— aun cuando no cesa el derecho hereditario. Fuera de ello, equivale a un divorcio como el que admite el Proyecto. Tan es así, que, producido el mutuo acuerdo y homologado por el juez, quedarían separados para toda la vida y nunca podrían pedir el divorcio, a menos que sobrevengan nuevas causales que den lugar al mismo. Parece que permitir una separación en esas condiciones equivale a alterar completamente los principios del Proyecto y de la legislación actual en materia de divorcio con lo que se subvierte completamente el régimen de la familia en ese punto. No obstante, si las ventajas fueran superiores a los inconvenientes, podría dejarse de lado esa incongruencia y aceptarlo. Por su parte, no está convencido de ello, aunque reconoce que es preferible evitar las mutuas recriminaciones de los esposos ante

el juez. Reconoce que evitarlas es una ventaja en favor de una posible reconciliación, porque, como las intimididades no están documentadas, no se han divulgado, el esposo culpable puede sentirse más inclinado a una futura reconciliación. El no publicar todas esas cosas es la única ventaja que tiene este sistema.

El doctor Rayces observa que esa desventaja es la incongruencia únicamente.

El doctor Rey contesta que esa desventaja es que prácticamente queda en manos de los esposos la disolución de la familia. Quizá fuera conveniente establecer tribunales de familia ante los cuales pudieran presentarse las partes puntualizando las causales que provocan su separación. Esos tribunales podrían decretar la separación provisoria por un período, al final del cual, si las partes no insistieran en que se decrete el divorcio, se mantendría el vínculo.

El doctor Rayces expresa que al final de ese período, si no se unen se los reputaría separados de hecho.

El doctor Lafaille pregunta qué efectos tendría.

El doctor Rayces contesta que el mismo efecto que tiene en la actualidad con la ley vigente o el que tendrá con la ley proyectada.

El doctor Lafaille observa que si se vuelve a la separación de hecho, tal como actualmente se la contempla en la ley, nada tendría que objetar, pero no es así.

El doctor Rayces señala que ello es así; solamente que habría habido un temperamento transitorio acordado a los cónyuges a manera de tregua para facilitar una reconciliación.

El doctor Rey, refiriéndose a lo auspiciado por el doctor Rayces, dice que la conclusión que deriva de lo que este último propone, es esta: que de acuerdo con ese procedimiento estará en manos de las partes divorciarse o no por las causales que se les ocurran. Se presentan al juez y no manifiestan los motivos: basta que estén de acuerdo. Se les separa provisoriamente por dos años, al fin de los cuales, como no se quieren reconciliar, quedan de hecho divorciados.

El doctor Rayces observa que quedan separados de hecho.

El doctor Lafaille, con referencia a los puntos de vista expuestos por los doctores Rey y Rayces, manifiesta que media acuerdo en lo fundamental, desde que el doctor Rayces con-

siente en que el juez otorgue a las partes un término para la separación de hecho, vencido el cual no quedarán divorciados, pero consolidada esa situación *de facto*.

El doctor Rey indica que vencido ese plazo o se continúa el divorcio o quedan los esposos en la anterior situación.

El doctor Lafaille indica que, volviendo al punto de partida, el serio inconveniente es que este sistema les deja a las partes el derecho a una separación, autorizada por la ley con efectos jurídicos mayores que la separación de hecho actual y casi idénticos a los del divorcio.

Se pone a votación la moción del doctor Spota. El doctor Rayces vota por la proposición con la reserva de la subsistencia de la sociedad conyugal.

El doctor Spota expresa que, para concordar con el voto del doctor Rayces, propone que los efectos de la separación consensual sean los de los incis. 1º y 2º del art. 382 subsistiendo todas las demás obligaciones del matrimonio salvo, naturalmente, la de cohabitar.

El doctor Vico vota por la moción del doctor Spota y el doctor Lafaille en contra, resultando ésta aprobada.

Juez competente.
Domicilio conyugal.
Libertad de elegir
la jurisdicción.
(Art. 373).

PUNTO 2º — Artículo 373. — El doctor Vico funda su proposición diciendo que, con el art. 373, está restringida la libertad de elegir la jurisdicción de común acuerdo. No acepta esta restricción, como tampoco la exigencia del domicilio común, que no es lo mismo que domicilio conyugal, porque aquí se requiere el domicilio común con los caracteres de residencia de ambos cónyuges, lo que importa una restricción a la función que se ha asignado de conservar la facultad del marido para fijar el domicilio conyugal. Por esa causa pide la supresión del segundo párrafo del art. 373.

El doctor Lafaille entiende que la libertad de los cónyuges para elegir la jurisdicción que les convenga no puede colocarse aquí en el mismo plano que la libertad de dos litigantes, cuando se trata de derechos patrimoniales. Hay un interés social en el matrimonio, según lo considera la ley argentina. Este es el régimen del Proyecto, suprimase o no aquella frase que formula tal declaración (art. 333, 1ª parte). Si es así, en una cuestión de orden público como es la estabilidad de la familia, no puede quedar al criterio de los esposos elegir

el estatuto y el tribunal e irse —v. gr—, a Méjico para ventilar el pleito. Se habla de “domicilio común”, en forma deliberada, porque si bien es verdad que el marido tiene derecho para fijar el domicilio conyugal, se deseó impedir que se trasladase por su propia voluntad y sin acuerdo con la esposa y que quedaran estos puntos tan serios, librados a su beneplácito. Por eso estima que debe mantenerse la norma impugnada.

El doctor Vico expresa que aquí no pueden plantearse múltiples cuestiones referentes a la residencia y al domicilio, porque se habla de domicilio común conyugal y de que los esposos cambian su residencia para obtener el divorcio. Entonces: ¿cuál es el domicilio? ¿el anterior? Todas estas cuestiones hacen del artículo un semillero de pleitos.

El doctor Lafaille considera que peor es someter todo el régimen de la familia al criterio no ya de ambos cónyuges, sino del marido solamente.

El doctor Spota dice que votaría por la supresión, por ser innecesario el párrafo 2º del art. 373. El principio ya está suficientemente claro en el primer apartado del mismo precepto: el juez competente es el del último domicilio común de los cónyuges.

El doctor Lafaille expresa, con respecto a lo manifestado por el doctor Spota, que cabe preguntarse cuál sería la sanción, pues de otro modo se consagraría una regla inocua dentro de la ley.

El doctor Spota contesta que todo lo que tienda a violar una disposición de orden público —y dicho párrafo 1º lo sería por aplicación del art. 333— es nulo de acuerdo con lo establecido en los arts. 10 y 12.

Los doctores Rayces y Lafaille votan en contra de la moción del doctor Vico; el doctor Spota a favor de la misma, pero en disidencia de fundamentos, resultando empatada la votación.

PUNTO 3º — (Artículo 382, inciso 3º). El doctor Spota funda su proposición diciendo que a las razones que expresó en reuniones anteriores, desea añadir las siguientes: entiende que es un principio de justicia que todo aquel que ocasiona por su culpa un daño —material o moral— debe repararlo. Aún no estableciéndose en la ley que el esposo culpable debe

Cónyuge inocente.
Indemnización del
perjuicio material y
moral. (Art. 382,
inc. 3º).

una indemnización al inocente, la solución será la misma, pues se aplicarán los principios generales que rigen la responsabilidad aquiliana. Cree conveniente, sin embargo, establecerlo en forma expresa, porque las relaciones de familia tienen su particularidad y las normas que la rigen no permiten, muchas veces —ante esa particularidad—, que se completen con otras reglas que rigen distintas instituciones del mismo derecho civil. Por razones de justicia y equidad, estima, entonces, que se debe establecer la obligación de reparar los daños materiales o morales sufridos por el esposo inocente. Se ha hecho cargo, además, de un argumento que se adujo en la sesión anterior, en el sentido de que esto puede ser un incentivo para el divorcio con vistas a obtener ganancias. Por su parte no piensa así. Capitant dice que la obligación de resarcir esos daños tiende, por lo contrario, a evitar que los divorcios ocurran. Funcionando la norma que imponga tal obligación, sería un dique más de contención. En este sentido, el citado autor, al comentar un fallo de la Corte de casación francesa (“C. Civile”, jun. 21/927, “Dalloz Periodique”, 1928, 1.5, con nota de Georges Ripert, y Sirey, 1927, 1.299), en su obra: “Les grands arrêts de la jurisprudence civile”, París, 1934, págs. 46-8, nos dice que la obligación a cargo del esposo culpable de resarcir los daños materiales y morales sufridos por el otro cónyuge, que ha establecido dicha Corte por aplicación del art. 1382 del *Code Napoléon*, puede dar lugar “a un saludable freno contra el divorcio o, por lo menos, acordar al esposo víctima de las faltas de su cónyuge, la reparación que legítimamente le es debida”.

El doctor Lafaille, con referencia a lo expresado por el doctor Rey en la reunión precedente y por el doctor Spota en esta, dice que los dos argumentos son ciertos pero que es de preguntarse, ¿qué podrá más: la codicia o el temor?

El doctor Spota manifiesta que basa su proposición, en primer lugar, en un motivo de justicia: “quien ocasiona por su culpa un daño debe repararlo” y, en segundo lugar, en que ello representa ese referido freno o dique de contención contra los divorcios. Antes de que un esposo dé lugar a una causal de divorcio, esas posibles obligaciones resarcitorias pueden desempeñar tal misión que interesa sobremanera al legislador.

El doctor Lafaille pregunta al doctor Spota cómo redactaría su ponencia.

El doctor Spota contesta que la redacción podría ser: “El cónyuge culpable deberá reparar el agravio material o moral que ocasionare al inocente”.

El doctor Lafaille observa que quizá sea mejor decir que el tribunal, a pedido del cónyuge inocente, podrá, según las circunstancias, fijar el importe de la reparación por el agravio material y moral, que el culpable deberá satisfacer. Pudiera ocurrir, en efecto, que los cónyuges, considerando las relaciones de familia con otro criterio, no exijan resarcimiento; o que los jueces no crean oportuno concederlo.

El doctor Spota expresa que tal era el espíritu de su proposición.

El doctor Vico observa que con una norma como la propuesta se protege más a la mujer.

El doctor Rey expresa que considera chocante la idea de la reparación del daño moral que pueda ocasionar el divorcio con el concepto de la familia y de las relaciones matrimoniales, sin dejar de reconocer que, en muchos casos, la norma auspiciada podría ser justa.

El doctor Lafaille supone que el marido hubiera inducido a la mujer a la prostitución; ¿cómo, en ese caso, no se le va a aplicar dicha disposición que se proyecta?

Queda aceptada la moción del doctor Spota en la forma propuesta por el doctor Lafaille.

PUNTO 4º — (Artículo 382, inciso 6º). — El doctor Vico expresa que propone se autorice a la mujer a revocar las donaciones y entonces el inc. 6º del art. 382 quedaría redactado así: “Cuando ambos esposos hubieren sido declarados culpables, podrá uno o ambos revocar las donaciones que se le hubieren otorgado”.

El doctor Lafaille aclara que ello se debe a la posibilidad de que aun cuando la ley no admite la donación de la mujer al marido, al aplicarse disposiciones extranjeras, podría darse el caso de que se trata.

Se acepta la moción del doctor Vico.

CAPÍTULO VIII

De la disolución del matrimonio

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

PUNTO 5º — (Artículo 385). — El doctor Spota indica que en sesiones pasadas ha dicho que aun en el derecho canónico la cuestión de la muerte presunta había sido considerada con suficiente elasticidad. Ha tenido ocasión de estudiar una contribución muy interesante de un docente agregado a la cátedra de derecho eclesiástico de la Universidad de Roma: se trata de P. Fedele, quien publicó en la “*Rivista di diritto civile*”, dirigida por Ascoli, 1936, págs. 161 y ss., una monografía sobre “*Il matrimonio dello scomparso*”. Analiza Fedele los antecedentes históricos del derecho canónico y se refiere a las disposiciones adoptadas por los papas Clemente III y Lucio III y a las enseñanzas de antiguos autores. El primero de los citados sólo admitió el nuevo matrimonio, cuando existía la certeza moral de la muerte, discutiéndose, luego, entre los canonistas, si era suficiente uno o si se requería, por lo menos, dos testigos. El segundo, Lucio III, estimó que, ante un matrimonio efectuado *auctoritate propria*, o sea, ante un matrimonio *de facto* —sin licencia del tribunal eclesiástico— dicho matrimonio tiene el efecto de que al esposo de buena fe le corresponde el derecho a exigir el débito matrimonial pero no está obligado a prestarlo. El matrimonio, pues, no se disuelve: es válido mientras no se demuestre que subsistía el primer matrimonio. Hay que acreditar la existencia del otro para que este matrimonio quede disuelto. De ahí que en derecho canónico el vínculo conyugal implica un impedimento de orden divino, y que el matrimonio no se disuelve mientras no se acredite la muerte del desaparecido o ausente por más verosímil que tal fallecimiento aparezca. Sin embargo, si el esposo desaparecido contrae *de facto* matrimonio, este segundo vínculo subsiste hasta tanto no se pruebe que vive el ausente. No es un impedimento dirimente, en derecho canónico, la ausencia; sólo es prohibitivo. Autorizar, pues, el matrimonio en esas condiciones por el legislador civil no es chocar con los principios del derecho canónico, sobre todo si, como lo propone,

se adopta lo dispuesto en el Cód. Civil alemán (parágrafo 1350) que autoriza a cualquiera de los esposos del nuevo matrimonio, si el esposo declarado muerto vive todavía, a impugnar el ulterior matrimonio, a menos que, al tiempo de celebrarse este último, conociera la existencia del esposo declarado muerto. Así, puede cualquiera de los esposos cumplir con sus deberes de conciencia, teniendo en cuenta que, en cuanto a los deberes religiosos, el derecho canónico da una solución adecuada para el que de buena fe contrajo el segundo matrimonio. Tal es, en esencia, la *ratio juris* de disposiciones como la del indicado parágrafo 1350 del Cód. Civil alemán, a fin de que se permita a los católicos y, en general, también a los protestantes, cumplir con sus deberes de conciencia. Planck hace referencia a ello ("Planck's Kommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch", de nuevo elaborados por Strohhal, E., y otros, Berlín y Leipzig, 1928, 4ª ed., t. 4, pág. 115, nº 1) y lo mismo los comentadores franceses del "Bürgerliche Gesetzbuch" como Bufnoir, C. y otros ("Code Civil Aleman", París, 1908, t. 3, págs. 86/7, coment. art. 1350, nº 1). Es por ello que la adopción de un sistema como el alemán no traba en absoluto el cumplimiento de los deberes de conciencia.

El doctor Lafaille dice que el problema, en derecho canónico, no es tan complicado y se reduce a una cuestión sobre la prueba del fallecimiento y a buena fe de los contrayentes. El derecho canónico con criterio muy humano, aceptaba que pudiera existir un matrimonio nulo, pero putativo, cuando se tuviera la creencia justa en cuanto a la muerte del primer cónyuge, y entonces ese vínculo anterior no impedía que los hijos fueran legítimos. Dentro del Proyecto, la prueba del fallecimiento se facilita más en relación al Código actual, y es de recordar el caso del art. 41 que dice que "aunque no se hallare el cadáver de una persona, se juzgará probado el deceso, cuando hubiere desaparecido en condiciones tales que éste deba ser tenido como cierto". Por otra parte, las normas del matrimonio putativo —que aun no hemos considerado— son muy liberales y los efectos de la buena fe se extienden hasta a las uniones ilegítimas. Opina que este es el extremo límite a que puede llegarse sin afectar la estabilidad de la familia.

El doctor Spota expresa que quien, *de facto*, contrae ma-

rimonio en esas circunstancias, creyendo que había muerto la otra persona, no incurre en trasgresión de ninguna norma religiosa. Debería, pues, legislarse, como ya lo ha hecho el legislador francés y el alemán, es decir, facultando a cualquiera de los esposos que han celebrado ese matrimonio, a impugnarlo, quedando como matrimonio putativo. Cumplen, así, con sus deberes religiosos. Propone, por lo tanto, que se autorice el segundo matrimonio, pero que el mismo pueda impugnarse en los términos expresados. El Proyecto italiano admite, también, el nuevo matrimonio de un esposo a raíz de la muerte presunta del otro cónyuge.

El doctor Lafaille dice que el Proyecto italiano fué más allá de la regla canónica, al declarar disuelto el matrimonio por una razón que no es la muerte real de la persona. Cuando se sustenta, en efecto, el principio de la indisolubilidad, no se puede aceptar sino la muerte natural. Esto, sin perjuicio de las atenuaciones en materia de prueba y del beneficio acordado cuando media la buena fe.

El doctor Rayces pregunta si cuando el esposo ha procedido de buena fe, el matrimonio se considera siempre válido.

El doctor Spota contesta que el segundo subsiste, en derecho canónico, mientras no se acredite que el declarado muerto existe en realidad. En el derecho canónico, la ausencia no es un impedimento absoluto sino meramente prohibitivo. Entonces, si de propia autoridad, o aun con licencia eclesiástica, el matrimonio se efectúa, es válido mientras no se compruebe que vive el esposo del primer matrimonio.

El doctor Lafaille agrega que lo que se puede admitir es la buena fe de uno o de ambos contrayentes. No se opondría a que pudieran apreciarse con amplitud los motivos que tuvo una de las partes para creer en el fallecimiento de la otra; pero es muy distinto a dar por disuelto el matrimonio por la presunción legal de la muerte. Tampoco sería admisible la simple creencia acerca de que tal hecho hubiese ocurrido; debe fundarse en justos motivos para que la nueva unión pueda calificarse de putativa. En cuanto a la facilitación de la prueba, se presentan casos como el desaparecido en el mar, a raíz de un combate o de la caída de un avión en que —a pesar de no haberse encontrado el cadáver— la certeza es com-

pleta y entonces podría extenderse la partida y procederse como en los supuestos normales.

El doctor Rey pregunta si, en el régimen del Proyecto, se llegara a producir el caso del art. 41 y después de casado nuevamente el cónyuge presente, apareciese el ausente, se considerará que se está en presencia de un matrimonio nulo.

El doctor Lafaille contesta que: desde luego, sería el caso del soldado desaparecido en la guerra y dado por muerto equivocadamente.

Efectuada la votación, resulta empatada, votando a favor de la moción del doctor Spota, el doctor Vico y en contra los doctores Lafaille y Rayces.

CAPÍTULO IX

De los matrimonios nulos y anulables

PUNTO 6º — (Inciso 1º, art. 389). El doctor Spota observa que el art. 46 comprende otras anomalías distintas de las establecidas en el inc. 1º del art. 389, v. gr., las enfermedades de la voluntad aunque el discernimiento no haya quedado afectado.

Terminología. (Art. 389, inc. 1º).

Se acepta la moción del doctor Spota, quedando redactado el inciso así: “Cuando lo pidiere el cónyuge que se hallare en uno de los supuestos del art. 46 de este Proyecto”.

PUNTO 7º — (Artículo 389, parte final). El doctor Lafaille dice que la ponencia del doctor Spota tiende a conciliar la materia de nulidad con lo resuelto sobre impedimento.

Nulidad. Dispensa. Art. 389).

Se acepta la moción del doctor Spota.

PUNTO 8º — (Inciso 5º, art. 389). El doctor Spota dice que con respecto a la expresión “absolutas”, parece que habría que suprimirla. Se han dado casos en que la impotencia versa con respecto al otro esposo y, por lo tanto, es relativa; sin embargo, ella debe ser causal de divorcio, porque las únicas relaciones sexuales legítimas, son, para la ley, las que tienen lugar entre los esposos.

Impotencia absoluta o manifiesta. Concepto. (Art. 389, inc. 5º).

El doctor Lafaille indica que se podría decir “impotencia completa”, descartando la parcial.

El doctor Spota señala que podría decirse: "Que no sea curable" y que, además, se haga referencia, como en el Proyecto italiano, a la impotencia "tanto manifiesta como relativa" o, mejor, que se suprima toda calificación de la impotencia.

El doctor Lafaille dice que si se quiere poner un adjetivo, éste debería ser "completa". En caso contrario, se diría solamente: "impotencia manifiesta", lo que no es satisfactorio.

El doctor Spota observa que la impotencia aun "generandi" no es causal de nulidad, y, sin embargo, puede acaecer que a uno de los esposos le falten ciertos órganos y que eso no fuera de conocimiento del otro al contraer matrimonio. Existe un error que podría ser causa de nulidad.

El doctor Lafaille expone que esa cuestión se discutió mucho entre los canonistas. Cree que es suficiente decir: "Por causas de impotencia completa y manifiesta del marido o mujer anterior a la celebración".

El doctor Spota observa que hay la impotencia que permite el acto sexual y, sin embargo, no permite generar por falta de ciertos órganos. No cree conveniente mantener un matrimonio en esas condiciones, si bien es cierto que la procreación no es el único fin del matrimonio. En todo caso entraría en la causal del error de la persona.

El doctor Lafaille indica que la Comisión Redactora no ha podido encontrar una fórmula más lata que la del Código brasileño, cuando dice que el error o ignorancia sólo podrán referirse a la identidad del otro cónyuge, a su honra y buena fama, a la existencia de un defecto físico irremediable o enfermedad grave, etc.

El doctor Spota duda si no será demasiado mecánico y estrecho el concepto de la impotencia que da la ley. La impotencia funcional debe ser tenida en cuenta por el legislador sobre todo dada la frecuencia del fenómeno que, según un ginecólogo de la Universidad de Berlín —Dukrsen— ascendía, en el sexo femenino, del 35 al 40 % tal como lo observan en un opúsculo un médico y un abogado (Prof. Giuseppe Ferruta y Ab. Elio Nissim, "Annullamenti di matrimonio e impotenza", Florencia, 1935, pág. 19). De ahí que cabe preguntarse si la impotencia "manifiesta" no implicará un concepto demasiado restrictivo de tal anomalía y si ello impe-

dirá que los jueces dicten sus fallos de acuerdo con las circunstancias tan variables.

El doctor Lafaille expresa que al tratarse el punto en la Comisión Reformadora, se entendió que la jurisprudencia había llegado a una aclaración satisfactoria de los términos legales.

El doctor Spota observa que lo que se pregunta es si eso configura la noción de impotencia.

El doctor Lafaille contesta que si se trata de un individuo imposibilitado para realizar el acto, en las condiciones normales, parece que habría impotencia, porque no está en la finalidad del matrimonio prostituir a la mujer o crear una situación contraria a la naturaleza. Hay que admirar también dentro del derecho canónico aquella causal de matrimonio no consumado, que completa el régimen de la impotencia y que se aplica para situaciones como la del ejemplo. Pero únicamente la Santa Sede estaba autorizada para declarar esa nulidad.

El doctor Rey manifiesta que en estos últimos años ha habido una abundante literatura sobre el punto. Aunque, por lo general, no conviene dar excesiva libertad a los jueces, parece que éste es uno de esos casos en que se debe proceder así. En un punto como éste, pueden presentarse algunas situaciones que realmente necesiten la aplicación de un criterio elástico y si se suprimiera lo de *manifiesta* se podría facilitar una jurisprudencia que se oriente en el sentido de solucionar ciertas situaciones de acuerdo con los adelantos de la ciencia médica. Dentro de muchos años podría llegarse a ciertas conclusiones, que, con esa disposición, encontrarán obstáculos.

Se resuelve redactar el inciso así: “Por causa de impotencia del marido o la mujer, anterior a la celebración”.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 9º del anterior. Ver pág. 193).

Funcionarios. Usurpación de facultades. (Art. 389, in fine).

PUNTO 2º — (El 10º del anterior. Ver pág. 193).

Leyes de profilaxis. (Art. 390, inc. 3º).

ACLARACIÓN AL PUNTO 10º. (Ver pág. 193).

Impedimento. Enfermedades transmisibles. (Art. 339, inc. 9º).

Causales de la nulidad. Discriminación. Efecto sobre los hijos. (Art. 395, inc. 3º).

Daño moral. (Art. 397).

Parto dentro del término. La no aplicación de la norma. Art. 398).

PUNTO 3º — (El 11º del anterior. Ver pág. 193).

PUNTO 4º — (El 12º del anterior. Ver pág. 193).

PUNTO 5º — (El 13º del anterior. Ver pág. 193).

REUNION N° 59

—Buenos Aires, veintisiete de octubre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO IX

De los matrimonios nulos y anulables

Funcionarios. Usurpación de facultades. (Art. 389, in fine).

PUNTO 1º — El doctor Spota dice que el art. 389, en su penúltimo párrafo, establece que será anulable el matrimonio en caso de incompetencia del Oficial Público, con la salvedad de lo establecido en los incs. 2º y 3º, del art. 240. Considera que es de aplicación lo establecido en el párrafo final de dicho art. 240, el cual determina “que la falta en el Oficial Público de las condiciones necesarias para el desempeño de su cargo, o cualquier otra irregularidad en su nombramiento o recepción del empleo, no afectará la eficacia del acto”. En sesiones anteriores, ha hecho notar que el supuesto en el cual se coloca el art. 240, no comprende la hipótesis de aquellas personas que ejercen de hecho una función pública y revisten la apariencia de ejercerla autorizadamente a los ojos de la gente a quienes sólo se les puede exigir una diligencia media. Hay, en efecto, situaciones muy difíciles en las cuales los par-

ticulares no se encuentran en condiciones de discriminar si se trata de un funcionario designado regularmente, y la salvedad que hace dicho art. 240 es muy diminuta comparada con los supuestos que pueden presentarse. Ya en la jurisprudencia francesa se presentó el caso de la comuna de Montrouge, en donde faltaban al alcalde sustituto las condiciones requeridas por la ley para su elección, pues había mediado una delegación irregular del cargo de Oficial Público, y ello implicaba la inexistencia de un funcionario público, tal cual observan, acertadamente, Beudant, Lerebours Pigénnière, y Batiffol, “Cours de droit civil français”, París, 1936, 2ª ed.; t. 2, páginas 190-2, núms. 288-9 y pág. 504, núm. 623. Sin embargo, la Corte de Casación consideró que los matrimonios eran válidos. Los autores de derecho administrativo —como Rolland, en su “Précis de droit administratif”, París, 1937, 6ª ed., págs. 119 y ss., núm. 157— sostienen que la apariencia de que se ejerce la función puede convalidar actos tales. Pregunta si, especialmente en materia de matrimonio, no sería conveniente dar un enunciado más amplio que el del art. 240, párrafo final.

El doctor Lafaille expresa que la observación está, a su juicio, salvada en el texto. El error que encuentra es que el art. 389 se remite a los “incs. 1º y 2º del art. 240”, en vez de decir: “incs. 2º y 3º”, falla material que deberá corregirse (1).

El doctor Spota observa que no parece que estuviera comprendido el supuesto que ha planteado, porque, según la fórmula del art. 240, párrafo final, sería necesario que existiera siempre un nombramiento. En la doctrina se hace el distinguo del funcionario *de facto* y del funcionario usurpador, aunque, para nuestro caso, es inoperante que medie o no nombramiento. Por lo demás, un nombramiento en violación de las leyes importa la nulidad absoluta del mismo y hasta su inexistencia como tal. Lo que se requiere para que los actos del funcionario *de facto* se convaliden, es que obre dentro de los límites o facultades del funcionario *de jure*, como lo ha hecho notar entre nosotros el doctor González Calderón (“Estudios y dictámenes en derecho público”, Buenos Aires, 1937,

(1) Tal error ha sido corregido en otra edición oficial del Proyecto publicada en un único volumen.

págs 92 y s.), quien cita las opiniones de la obra clásica en la materia: la de Albert Constantineau: "A treatise on the de facto doctrine" (ed. 1910, parágrafo 252). Nuestro más alto tribunal, en su "acordada" del 10 de septiembre de 1930, consideró que los funcionarios *de facto* pueden "realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos" por un "gobierno de hecho". En Francia misma se dictaron —en 1872 y en 1922— leyes que dieron validez a actos referentes al estado civil realizados por ante personas no autorizadas, frecuentemente simples particulares encargados por los habitantes de ocupar las funciones que habían sido abandonadas (Beudant y otros, op. cit., t. 2, páginas 192-3, núms. 291-2).

El doctor Lafaille pregunta: ¿Y si se dijera: "salvo lo dispuesto en el art. 240"? Agrega que si se quiere extender lo previsto en el art. 240, habría que considerar el punto con relación a todos los instrumentos públicos, y no tan sólo respecto del matrimonio.

El doctor Spota manifiesta que uno de los casos más graves es el del matrimonio.

El doctor Lafaille expresa que el Proyecto encara la situación de la irregularidad del nombramiento y recepción del empleo y también la falta de condiciones para el desempeño del cargo. Cree que, dentro de este último, parece estar comprendido el supuesto planteado por el doctor Spota.

El doctor Spota observa que, a su juicio, el art. 240, en su párrafo último, contempla más bien la falta de condiciones en el funcionario ya designado o cualquier otra irregularidad en tal designación.

El doctor Lafaille prosigue manifestando que ha ocurrido el caso de personas que ejercieron funciones judiciales sin poseer el título universitario requerido por la ley. Ya en el derecho romano, se presentó el supuesto del esclavo fugitivo que llegó a ser pretor. Descubierto el hecho, se declaró que los fallos eran válidos. Es un caso de título aparente.

El doctor Vico dice que si esas leyes que se citaron, sancionadas en Francia en los años 1872 y 1922 han sido dictadas a raíz de perturbaciones, es posible que, contemplando cada caso, se pueda llegar a dictar una ley de emergencia, pero no incorporarla en la legislación estable.

El doctor Lafaille observa que la ley de 1872 se dictó a raíz de los sucesos de la Comuna de París. Allí se produjo una situación de desorden: la revolución gobernaba y sus autoridades administrativas y judiciales hicieron y deshicieron. El gobierno regularizó esa situación a los efectos del estado civil, dictando leyes de emergencia, pero establecer normas sobre el particular, dentro de un Código, no sería recomendable.

El doctor Spota indica que, por lo menos, debería darse a la expresión “irregularidad en el nombramiento”, del artículo 240, un sentido más amplio, ya que no es posible desconocer la realidad argentina, especialmente en los centros de población modestos y aun los alejados de las capitales.

El doctor Lafaille considera que con eliminar la expresión “incs. 2º y 3º”, se resolvería la dificultad.

El doctor Rayces pregunta cuál es la forma propuesta.

El doctor Spota contesta que en realidad no ha encontrado una forma que le satisfaga. A lo sumo; podría decirse: los actos celebrados ante un funcionario aparente y siempre que mediara error común o necesidad ineludible de ocurrir ante el mismo.

El doctor Lafaille dice que para tales situaciones *de facto* o cuando ha sido subvertido el orden público, se dictan leyes especiales y no parece que en un Código Civil se deben contemplar dichos casos. Las leyes orgánicas de los tribunales no dicen nada sobre los funcionarios *de facto*. Respecto de los jueces que pueda nombrar un gobierno revolucionario, se dictan leyes ratificando y aceptando todos los hechos. El artículo regla todas las cuestiones que se puedan considerar, si eliminamos la frase “incs. 2º y 3º” y se deja: “salvo lo dispuesto en el art. 240”.

El doctor Spota manifiesta que es de esperar, entonces, que se interprete el art. 240 en forma amplia y teniendo en cuenta que el *error communis facit jus*.

El doctor Lafaille expresa que todo consiste en que pueda demostrarse que se ha incurrido en un error invencible. Con ese principio, se crea un título aparente, y las dificultades planteadas pueden hallar una adecuada solución con el texto del art. 240.

Se resuelve consignar en acta estas explicaciones, suprimiéndose en la parte final del penúltimo párrafo del art. 389, los términos “incs. 2º y 3º”.

Leyes de profilaxis.
(Art. 389, in fine).

PUNTO 2º — El doctor Lafaille dice que el inc. 3º, del art. 390, que está tomado casi todo del Código Civil brasileño, se refiere “a la existencia de un defecto físico irremediable, o enfermedad grave, contagiosa o hereditaria, susceptible de poner en riesgo la salud del otro esposo o de los hijos”. Se ha establecido en esta Sección, cuando se votó el inc. 9º del art. 339, que se agregara como impedimentos relativos la lepra y las enfermedades venéreas. Entonces, ya sería una cuestión de nulidad y no de anulabilidad, porque se habría celebrado el matrimonio sin los requisitos exigidos. Tal sería el supuesto del casamiento celebrado por un leproso o por una persona que violase las leyes de profilaxis.

El doctor Spota expresa que podría haber un atenuante en el caso de que más tarde desapareciese la enfermedad. Cualquiera, por lo tanto, podría alegar la nulidad, demostrando que la enfermedad persiste.

El doctor Rey observa que la acción de nulidad a que se refiere este art. 390, puede ejercerse sólo dentro de los seis meses, según el art. 391.

El doctor Lafaille agrega que no entra a discutir si las leyes de profilaxis son convenientes o no con relación al matrimonio. El Congreso, en la ley que se refiere a las enfermedades venéreas, ha establecido el certificado prenupcial como requisito para la celebración del matrimonio. Un matrimonio que se celebre sin ese requisito, ¿es nulo o anulable?

El doctor Vico considera que debe previamente establecerse si es impedimento dirimente.

El doctor Lafaille entiende que es un impedimento dirimente, porque se opone a la celebración del matrimonio.

El doctor Spota expresa que al Estado no le interesa declarar las causales de la nulidad, o sea, cuando la enfermedad no subsiste. De ahí que podría ello preverse en el artículo 391 declarando que la acción de nulidad sólo puede ejercerse hasta los ciento ochenta días desde que cesó esa enfermedad. Conviene evitar, en lo posible, que las causales

de nulidad sigan subsistiendo, especialmente en protección de la familia y de los hijos.

El doctor Lafaille dice que, en esa forma, se coloca al matrimonio en una inestabilidad muy grande. Cuando hay mala fe de los dos cónyuges aquélla no podría prevalecer, y si existe un interés social en evitar el matrimonio, —nulo o anulable— los hijos se consideran ilegítimos dentro del Proyecto, como en el Código vigente. No mejora la situación de ellos con clasificar la unión en una u otra categoría.

El doctor Spota expresa que es innegable que habría ventajas sociales en establecer que esa causal deja de tener valor legal una vez cesada la enfermedad y entonces los hijos adquieren la calidad de legítimos, aun siendo de mala fe los dos esposos. De lo contrario, en este último supuesto, serían ilegítimos ante lo establecido en el art. 395, inc. 3°.

El doctor Lafaille observa que dentro del régimen de las leyes aludidas, ese matrimonio estaría constituido en violación de sus preceptos terminantes y entonces sería nulo. Esa nulidad que no solo interesa a los contrayentes sino al orden público, puede ser alegada por el Ministerio Fiscal y aun declararse de oficio. El sistema de hacer cesar esta ineficacia el día que desapareciese la enfermedad, fuera de envolver una inconsecuencia, crea otro inconveniente que es la demostración del momento en que se curó el enfermo.

El doctor Rayces plantea el caso de dos leprosos que se han casado, ambos de mala fe; han pasado varios años y han nacido hijos de esa unión. Un día, debido a los progresos de la ciencia, recobran la salud; pero simultáneamente queda de manifiesto el impedimento matrimonial y la mala fe de los cónyuges. ¿Qué interés hay en reputar nulo ese matrimonio e ilegítimos los hijos en él habidos? La sanción debiera ser otra, a su juicio.

El doctor Rey formula la observación de que, según el art. 387, que la Comisión aprobó, se considera nulo el matrimonio contraído mediante interdicción por insania y sordomudez. Todos saben que los sordomudos también pueden curar. No ve razón para distinguir entre este caso y el del leproso. La solución a adoptarse para el caso de la ley de profilaxis, habrá que tomarla para el caso de interdicción por insania o sordomudez. Parece más favorable la situación del

interdicto que se casa, porque éste no podía dar su consentimiento.

El doctor Lafaille cree que para ser lógico con esas leyes hay que declarar nulo al matrimonio como violatorio de lo establecido en el inc. 9º, del art. 339, reformado por esta Sección, dejando funcionar la teoría del matrimonio putativo.

Se resuelve trasladar al art. 387 los impedimentos enumerados en los incs. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 7º, del art. 339, y, además, agregar al inc. 9º, de este último, haciéndose referencia al caso siguiente: "cuando se violaren los requisitos para celebrar el matrimonio establecidos en leyes especiales". El inc. 3º, del art. 390, no sufre modificación.

Causales de la nulidad. Discriminación. Efecto sobre los hijos. (Art. 395, inc. 3º).

PUNTO 3º — El doctor Spota dice que el art. 395 comprende el supuesto del matrimonio putativo y el del matrimonio celebrado por ambos esposos de mala fe, ya que el primero exige siempre que haya buena fe de parte de los dos cónyuges o, por lo menos, de uno de ellos. Tratándose del matrimonio putativo, la solución del Proyecto es inobjetable: los hijos son legítimos y están amparados por la ley. El problema grave es el que se presenta cuando ya no se puede hablar de matrimonio putativo, es decir, cuando los dos cónyuges conocen la causal de nulidad y, no obstante ello, celebran el matrimonio. Es cierto que éste resulta nulo, pero tiene todas las apariencias de un matrimonio válido: se ha realizado ante el Oficial Público, nadie se ha opuesto a pesar de las publicaciones, etc. Luego vienen los hijos y entonces cabe preguntarse: ¿por qué el rigor de la ley debe incidir sobre ellos? Bien está que reprima a los esposos declarando nulo el matrimonio, pero los hijos no deben sufrir los efectos de tal nulidad; de lo contrario, se pagaría tributo a preocupaciones que no son de esta época. Es una cuestión, como diría el doctor Rayces, de sensibilidad jurídica en esta materia. Existe, por lo demás, una reacción en el derecho comparado: el Código Civil suizo, el cual ha sentado el gran principio de que los hijos que nacen de un matrimonio nulo son siempre legítimos, aunque el padre y la madre de ellos sean de mala fe (art. 133); lo establece el Código mejicano, en el art. 256, según el cual, si ha habido mala fe de parte de ambos cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos. El Proyecto de

Código Civil italiano (art. 134, libro I) es más tímido: sólo los considera como hijos naturales y siempre que su reconocimiento fuera admisible. El Proyecto adopta esta última corriente (art. 395, inc. 3º, *in fine*).

El doctor Lafaille dice que el Proyecto de 1936 va más lejos que el Proyecto italiano, aunque no alcanza a las conclusiones de los códigos suizo, mejicano y soviético.

El doctor Spota agrega que no sólo puede señalar una reacción moderna, sino también traer ejemplos antiguos: el “Landrecht” prusiano. Es cierto que el legislador alemán, en el Código Civil promulgado en 1896, no reputa legítimo al hijo de un matrimonio en esas condiciones (parágrafo 1699) en virtud de que lo contrario —según se explica en la exposición de motivos— sería “una cosa impropia de la dignidad” de lo cual “la ley no puede prescindir”, aún cuando se cubriera “exteriormente con las apariencias de matrimonio” un concubinato. Pero, ese mismo Código autoriza al hijo ilegítimo a exigir de su padre —y sólo durante la vida de éste— alimentos, “como si fuera legítimo” (parágrafo 1703). Concuerda con el Proyecto cuando se limita a permitir el reconocimiento de los hijos adulterinos o incestuosos efectuado *voluntariamente* por sus padres con lo cual sólo quedan equiparados a los hijos naturales (art. 472), debiendo prestarse los alimentos en los términos del art. 484, inc. 5º. El Proyecto, sin embargo, debe ir más allá que el Código Civil alemán del siglo pasado: debe marchar de acuerdo con el legislador suizo y mejicano, de tal modo que la nulidad decretada tenga efectos *ex tunc* sólo con respecto a los esposos, pero no con relación a los hijos. Bien ha dicho un jurista italiano que la exigencia de la buena fe en los padres aparece como excesiva cuando se trata de la condición de los hijos, ya que, con el sistema que exige la buena fe de ambos o de uno de ellos para que los hijos se consideren como legítimos, hace depender la legitimidad de esa buena o mala fe de los padres (Eduardo Piola-Caselli, *in* “Digesto italiano”, t. 15, parte 1ª, p. 1406-7, nº 8; v. “Matrimonio putativo”). En Italia, la norma del legislador suizo —inspirada en un sentimiento de piedad hacia los hijos— ha influido en la redacción del artículo 134 (libro I del Proyecto de Código Civil), ya que se les acuerda la condición de hijos naturales a los que nacieren

de un matrimonio cuyos padres eran ambos de mala fe, “en los casos en que el reconocimiento no estuviera prohibido”. Pero “ese sentimiento de piedad” no ha sido lo suficientemente fuerte como para sacudir la solución tradicional (Azara. Antonio, “Diritto delle persone o diritto di famiglia nel Progetto di riforma del Codice Civile”, Roma, 1935, págs. 172-3). Una solución como la acogida por ese Proyecto no implica, en realidad, adelanto alguno sobre el sistema que rige en el derecho franco-italiano: la declaración de nulidad, en efecto, de un matrimonio celebrado con mala fe de ambos esposos, importa, de por sí, el reconocimiento de la filiación natural de los hijos, salvo si fueran adulterinos o incestuosos, tal, como entre otros, lo señalan Aubry y Rau (3ª ed., t. 4, parágrafo 459, pág. 42, texto y nota 5); Planiol, Ripert y Rouast (“Traité pratique de droit civil français”, t. 2, págs. 243-4, núm. 310) y Degni (“Del matrimonio”, parte 2ª de la obra dirigida por Fiore y Brugi: “Il diritto civile italiano”, Nápoles-Turín, 1929, t. 2, págs. 282-5, núm. 42 bis). Por eso es que debe llegarse más allá; debe considerarse excesivo que la declaración de nulidad produzca efectos retroactivos— *ex tunc*— sobre los hijos inocentes, desde que el Estado ha revestido de apariencia legal al matrimonio viciado por una causal de ineficacia. Cabe añadir que, a parte del antiguo derecho prusiano, del derecho suizo, del mejicano, admiten la legitimidad de los hijos con prescindencia de la *mala fides* del padre, de la madre o de ambos, las legislaciones de Estonia (ley del 27 de octubre de 1922, citada por Brunelli, Giovanni; “Divorzio e nullità del matrimonio negli Stati d'Europa”, Milán, 1937, pág. 151, núm. 64), Islandia (ley del 27 de junio de 1921, núm. 39, párrafos 41-50, autor cit., op. cit., pág. 208, núm. 93, Bosnia y Herzegovina (op. cit., pág. 226, núm. 99), Letonia (ley del 1º de febrero de 1921, núm. 39, art. 40, op. cit., pág. 243, núm. 104), Polonia (Cód. Civil de 1825, nuevo texto del 13-26 de mayo de 1913, op. cit., páginas 264-5, núm. 124), España (Cód. Civil, art. 69), Suecia (Cód. Civil, modificado por la ley del 11 de junio de 1920, op. cit., págs. 306-7, núm. 142), Turquía (Cód. Civil, art. 125). En el derecho inglés los padres deben alimentar y educar a los hijos que se tornan ilegítimos a consecuencia de la nulidad del matrimonio (Brunelli, op. cit., págs. 196-7, núm. 85). Como

se observa, la proposición formulada, consistente en que la declaración de nulidad posea efectos *ex-tunc* respecto de los esposos de mala fe, y efecto sólo *ex-nunc*, es decir, a partir de tal declaración, para los hijos, ya constituye norma legal en muchos países europeos, de los cuales cabe destacar España y Suiza.

El doctor Vico opina que el matrimonio afectado de ineficacia y contraído con mala fe por ambos cónyuges, para los hijos debe considerarse putativo y para los esposos nulo. Concuerta con la moción del doctor Spota.

El doctor Lafaille dice que se está ante un régimen de nulidades. Estrictamente aplicado traería como consecuencia que el matrimonio no será eficaz y ninguno de sus efectos serían válidos, ni los hijos legítimos. La ley, desde el derecho canónico, atenúa ese rigor, estableciendo que los hijos deben ser legítimos aunque sea uno de los cónyuges de mala fe. Cuando los dos cónyuges son de mala fe no se les castiga a los hijos, pero como el matrimonio es una institución de orden público y existe el interés social de que no se produzca cuando es celebrado con impedimentos, rigen los principios generales. Dentro de la corriente que el doctor Spota señala, el Proyecto ha llegado a conclusiones más adelantadas que el Código actual. Por de pronto —aún en el supuesto de una doble mala fe— esos hijos están equiparados a los naturales; en segundo término, la adulterinidad sólo es alegable por determinadas personas, no sólo por el cónyuge, los ascendientes y descendientes legítimos; para todos los demás, esa adulterinidad no existe. En otros términos, la adulterinidad no se aplica de pleno derecho, ni es alegable por cualquiera. Eso atenúa la situación de los hijos adulterinos a los cuales se los ha colocado manteniendo los principios en la situación más favorable posible. Sostener la tesis de los doctores Spota y Vico, en virtud de la cual el matrimonio sería nulo para los cónyuges y válido para los hijos, equivaldría a borrar todos los impedimentos, para favorecer a la prole.

El doctor Vico observa que, para los hijos, el matrimonio será putativo.

El doctor Spota dice que no debe olvidarse que en el supuesto que se discute, el matrimonio fué celebrado con todos los requisitos: ante el Oficial Público y previas las publica-

ciones de ley, y si nadie se ha opuesto, se tiene una apariencia de un derecho que puede ser invocado por los hijos a su favor. Tal matrimonio no ha perturbado, por lo demás, a la sociedad, desde que ésta lo ha revestido con la autoridad legal.

El doctor Rey expresa que esas conclusiones no pueden entrar en juego cuando se trata del matrimonio, porque la situación en que quedan los hijos es la sanción más grande que puede haber contra los contrayentes. La situación de uno y otro esposo importa poco, pero la situación que se le crea a los hijos es la valla más formidable que se les puede poner. El aspecto patrimonial es secundario.

El doctor Lafaille dice que si esas personas tienen la preocupación de organizar su patrimonio, pueden constituir sociedades de hecho que salven el inconveniente. Parece que cuando se concurre ante el Oficial Público procediendo de mala fe, engañándolo, se debe ser más responsable que en el supuesto de amancebamiento. Allí, hay un delito y el individuo se vale del sello oficial para cometer un acto doblemente reprensible. No cabe enternecerse delante del hijo de los amancebados y, sin embargo, ¿qué culpa tiene ese hijo? No se trata del sentimiento. Si se aplicara la teoría de los contratos, de las responsabilidades individuales, el asunto se resolvería en seguida; pero aquí hay otros factores en juego. De lo contrario, habrá que llegar a la equiparación absoluta de todos los hijos, ilegítimos, adulterinos, incestuosos, porque ninguno de ellos debe pagar por los errores ajenos.

El doctor Vico observa que la moción del doctor Spota es muy diferente.

El doctor Lafaille opina que la moción del doctor Spota, si se acepta, conduciría a otras. Si prevalece la opinión que sustentan los doctores Vico y Spota, de que el hijo no debe pagar las culpas de los padres, se llegaría al resultado de que no hay filiación adulterina.

El doctor Vico repara que por eso el bígamo tiene pena y el concubino no.

El doctor Lafaille dice que no queda más remedio, en el caso de doble mala fe, que establecer la nulidad con respecto a los hijos, consecuencia que puede influir para que las personas no incurran en esas transgresiones. Lo que puede hacer

el legislador es mejorar la situación de los hijos dentro de su plano, es decir, conceder al hijo natural la mitad de los derechos hereditarios del legítimo y al hijo adulterino equipararlo al natural, sin permitir que tal adulterinidad sea libremente alegada. El día que desaparezcan estas diferencias, prácticamente desaparecerá también la valla para las uniones irregulares, la preferencia del matrimonio legítimo que los seres humanos contraen, precisamente por ello, a despecho de las cargas y responsabilidades que determina. Sería un premio al egoísmo y un incentivo para quienes llevan una conducta antisocial. Lo que le parece todavía más insostenible es que cuando alguien se vale de la apariencia del casamiento legal para transgredir las normas vigentes y cometer delitos, se le acuerde una situación privilegiada.

Se resuelve postergar la consideración del Punto 3°.

PUNTO 4° — El doctor Spota dice que en el Proyecto del Código Civil italiano (art. 145) se acuerda una adecuada indemnización al esposo inocente, aun cuando no se hubiera probado el *quantum* del daño sufrido, ni se hubiera dado una prueba específica del daño mismo, indemnización que debe satisfacer el cónyuge culpable; es decir, el que conociera antes de la celebración del matrimonio la causal de nulidad. Además, a este último se le impone una multa. El Código Civil suizo (art. 134) también acuerda al esposo no culpable indemnización del daño material o del agravio moral sufrido.

El doctor Vico propone que la moción del doctor Spota rija a favor y en contra de cualquiera de los esposos: marido o mujer.

Con asentimiento general, se aceptan ambas mociones.

PUNTO 5° — Se acepta la moción del doctor Spota.

Daño moral. (Art. 397).

Parto dentro del término. La no aplicación de la norma. (Art. 398).

TITULO II

REGIMEN DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO

CAPÍTULO I

De las capitulaciones y donaciones prenupciales

ARTÍCULO 399. — El doctor Spota propone la supresión del inc. 3° del art. 399, manteniéndose el régimen de la ley 11.357

Administración. Régimen de la ley 11.357. (Art. 399, inc. 3°).

en cuanto a la administración del marido, salvo voluntad contraria de la mujer y sin perjuicio de las facultades de disposición y administración que a ésta siempre le corresponderán.

Convenios nulos o anulables. (Art. 400).

ARTÍCULO 400. — El doctor Spota propone la supresión del art. 400, atento a que el art. 399 establece las únicas convenciones prenupciales válidas.

Contrataciones matrimoniales. Inscripción. (Art. 401).

ARTÍCULO 401. — Respecto al art. 401, el doctor Spota considera que debe inscribirse el contrato matrimonial en el Registro respectivo cuya creación se enuncia (art. 2º, inc. 4º de la ley regl.), pero que no reglamenta (art. 64, ley cit.).

CAPÍTULO II

De la sociedad conyugal

§ 1º — PRINCIPIO DE LA SOCIEDAD, APORTES Y HABER SOCIAL.

Separación de bienes. Régimen convencional. (Art. 404).

ARTÍCULO 404. — Sugiere el doctor Spota, respecto al artículo 404, que se estudie la conveniencia de organizar un régimen convencional de separación total o parcial de bienes, al lado del régimen legal de comunidad de gananciales; o bien, analizar si conviene mantener la ley 11.337.

Bienes gananciales. Indemnización por incapacidad de trabajo. (Art. 405, inc. 7º).

ARTÍCULO 405. — El doctor Rayces sugiere que se analice si el inc. 7º, del art. 405, no comprende, bajo ciertos aspectos, bienes gananciales, como serían los derivados de una indemnización por incapacidad o limitación de las aptitudes de trabajo.

Redacción. (Art. 406).

ARTÍCULO 406. — El doctor Rayces observa que el art. 406 está redactado en forma poco precisa ya que la expresión: “acrecerán” no parece clara.

A moción del doctor Lafaille se resuelve substituir el término: “acrecerán”, por: “ingresarán”.

Boleto compraventa anterior al matrimonio. (Art. 407).

ARTÍCULO 407. — El doctor Vico plantea con respecto al inc. 1º la hipótesis: de un boleto de compra y venta de un bien inmueble firmado con anterioridad al matrimonio. El contrato es anterior, es a título oneroso y se paga durante el matrimonio. ¿No correspondería, entonces, a la sociedad conyugal?

El doctor Lafaille estima que la conclusión justa sería la

de considerar el bien como propio, sin perjuicio del crédito que pudiera tener la sociedad conyugal por el anticipo.

El doctor Vico considera que, entonces, tendría que estar comprendido el caso en la enumeración del art. 409.

El doctor Lafaille contesta que el bien es propio. Existe, además, un derecho de crédito de la sociedad respecto del cónyuge a quien se le ha pagado su deuda. Es una obligación extinguida y que estaba a cargo del que prometió comprar.

El doctor Rey observa que ese crédito es bien ganancial y más adelante se dice así.

El doctor Vico dice que, en ese caso, no hace cuestión.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 3º del anterior. Ver pág. 212).

PUNTO 2º — El doctor Spota propone la supresión del inc. 3º, del art. 399, manteniéndose el régimen de la ley 11.357 en cuanto a la administración del marido, salvo voluntad contraria de la mujer y sin perjuicio de las facultades de disposición y administración que a éste siempre le corresponderá.

PUNTO 3º — El doctor Spota propone la supresión del artículo 400, atento a que el 399 establece las únicas convenciones prenupciales válidas.

PUNTO 4º — Respecto del art. 401, el doctor Spota considera que debe inscribirse el contrato matrimonial en el Registro respectivo cuya creación se enuncia (art. 2º, inc. 4º, de la ley regl.), pero que no reglamenta (art. 64, ley cit.).

PUNTO 5º — Sugestión del doctor Spota, acerca del art. 404, para que se estudie la conveniencia de organizar un régimen convencional de separación total o parcial de bienes, al lado del régimen legal de comunidad de gananciales; o bien, analizar si conviene mantener la ley 11.357.

PUNTO 6º — Sugestión del doctor Rayces para que se considere si el inc. 7º, del art. 405 no comprende, bajo ciertos aspectos, bienes gananciales como serían los derivados de una indemnización por incapacidad o limitación de las aptitudes de trabajo.

Causales de la nulidad. Discriminación Efecto sobre los hijos. (Art. 395, inc. 3º).

Administración. Régimen de la ley 11.357. (Art. 399, inc. 3º).

Convenios nulos o anulables. (Art. 400).

Convenciones matrimoniales. Inscripción. (Art. 401).

Separación de bienes. Régimen convencional. (Art. 404).

Bienes gananciales. Indemnización por incapacidad de trabajo. (Art. 405, inc. 7º).

REUNION N° 60

—Buenos Aires, tres de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Enrique V. Galli, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

Causas de nulidad del matrimonio. Impedimentos.

Antes de que se comience a discutir los diversos puntos del Orden del Día, el doctor Rayces observa que al revisar el acta de la sesión anterior, ha comprobado que se había resuelto incorporar a las causas de nulidad absoluta del matrimonio algunos impedimentos que en el Proyecto no figuraban como tales. Alude al inc. 8° del art. 339 que se refiere al estado de perturbación enfermiza del espíritu, como también al inc. 9° de ese artículo. Halla en el acta que, después de un cambio de ideas, se toma esa resolución de trasladarlo al art. 387.

El doctor Lafaille observa que, con respecto al inc. 9°, del art. 339, no se ha trasladado en total al art. 387, sino en cuanto se refiere a las enfermedades venéreas que están reglamentadas por leyes especiales o que en lo sucesivo se reglamentaren.

El doctor Rayces expresa que se han establecido causales que no deberían traer como consecuencia la nulidad absoluta del matrimonio. Deja constancia de su opinión, en el sentido de que no es partidario de que esos impedimentos figuren como causales de nulidad absoluta del matrimonio.

El doctor Lafaille agrega que lo votado en la reunión anterior es que los incisos del art. 339 daban lugar a la nulidad absoluta con excepción del 4° y del 8° y de la parte del 9° que se refiere a la embriaguez y uso indebido y habitual de tóxicos enervantes.

Se resuelve dejar constancia de que en concepto del doctor Rayces los incs. 7° y 9° del art. 339 no deben dar base a nulidades absolutas.

CAPÍTULO IX

De los matrimonios nulos y anulables

PUNTO 1º— El doctor Lafaille hace notar que la moción del doctor Spota tiende a que en todos los casos de matrimonio en que los cónyuges hubieran procedido de mala fe, se entenderá que los hijos son legítimos.

El doctor Spota agrega que, según los términos de su ponencia, la mala fe sólo tiene efecto para los esposos, pero no en contra de los hijos. Ya ha aportado diversos antecedentes de derecho comparado para demostrar que no es un sistema esporádico sino que tiene antecedentes en países como España, Suiza, México, y que ha sido aceptado por muchas otras legislaciones. Entiende que no es necesario extenderse más para fundar su proposición. En cuanto al Proyecto de Código Civil italiano, no hace más que seguir el sistema que la Comisión implanta, es decir los hijos son naturales, adulterinos, incestuosos, según la causa que creó la nulidad. El referido Proyecto italiano, de igual modo, los considera naturales pero sujetos a las impugnaciones correspondientes, ya que sólo pueden ser naturales si su reconocimiento no estuviere vedado.

El doctor Rayces dice que el proyecto va más lejos ya que siempre los considera naturales.

El doctor Spota expresa que, en realidad, deberá decirse que los hijos son ilegítimos, pero de la clase que les corresponde, según el impedimento que motivó la nulidad del matrimonio, como lo establece el art. 395.

El doctor Rayces agrega que el art. 395 dice eso, pero le parece que de la correlación y de la combinación con los demás artículos, se deduce la posibilidad de que un hijo nacido de ese matrimonio aparente, tenga la condición de hijo natural porque es natural todo hijo reconocido.

El doctor Lafaille observa que el reconocido adulterino está equiparado al natural en el Proyecto.

El doctor Rey añade que lo expresado por el doctor Lafaille es lo que dispone el art. 472, segundo párrafo.

El doctor Lafaille expresa que la discusión se reduce a lo siguiente: con la moción del doctor Spota quedan esos

Causales de la nulidad. Discriminación. Efectos sobre los hijos. (Art. 395, inc. 8º).

hijos como legítimos, mientras que la Comisión los considera naturales. Además, hay disposiciones en el título de “hijos adulterinos” que limitan el derecho de alegar la adulterinidad a ciertas y determinadas personas (art. 473). De manera que el hijo adulterino está en una situación mucho más favorable que en el Código Civil actual. Agréguese que es considerado natural y, por lo tanto, el hijo adulterino asimilado a él tiene la mitad de los derechos hereditarios. Esto es un episodio del conflicto terrible entre dos fuerzas de suma consideración; por una parte, el interés colectivo, que exige se cumplan las disposiciones relativas al matrimonio, que debe ser algo serio; y, por la otra, el sentimiento de humanidad que tiende a mitigar el rigor con que los hijos adulterinos sufren las consecuencias de la falta de los padres. El Proyecto se ha colocado aquí en un justo equilibrio.

El doctor Rayces dice que no ve tal rigor y sí ve que a los hijos se les dispensa la protección lo mismo a los legítimos que a los naturales. La diferencia está en que heredan menos; entonces, ¿qué es esto de rigor?

El doctor Lafaille observa que no se puede negar el hecho público, que el hijo legítimo disfruta de una consideración social que no se dispensa al natural, ni menos al adulterino.

El doctor Rayces añade que no es tan riguroso eso como se cree. El hijo natural puede sobresalir lo mismo que los demás, y hay ejemplos de grandes hombres públicos que así lo confirman.

El doctor Lafaille expresa que el punto central de la controversia radica en determinar si la Comisión al darles, aun en el supuesto de un matrimonio de mala fe, a los hijos, la calidad de naturales, ¿ha procedido o no convenientemente, o debió llegar hasta considerarlos legítimos? Encuentra un grave inconveniente en el hecho de equiparar los hijos nacidos de un matrimonio en esas condiciones a los legítimos. Sería más simple, para eso, abolir todas las categorías de ilegítimos. Insiste en que las personas que concurren ante el Oficial Público, procediendo de mala fe y con engaño, son más responsables que las unidas fuera de matrimonio. Aquéllas, valiéndose de la organización de la ley, la han prostituido para celebrar un casamiento aparente, y sería inexplicable que en vez de castigarlos, se les atribuyese una situación ventajosa.

El doctor Spota dice que, entonces, plantearía la situación en esta forma: 1º mantiene íntegramente su moción, en el sentido de que, en ningún caso, la mala fe de los padres afecta la calidad de legítimos de que han sido revestidos los hijos por el matrimonio nulo o anulado; 2º para el caso de que no prospere tal moción, pide que se diga claramente en el art. 339 que los hijos de padres que contrajeron de mala fe matrimonio tienen la calidad de hijos naturales y que nadie puede alegar filiación adulterina o incestuosa.

El doctor Lafaille observa que sería necesario modificar el Punto 1º del Orden del Día, porque no es así como se propone ahora. En su forma actual, la tesis del doctor Spota tiende a que en todos los supuestos, sin distinción, la mala fe de ambas partes, produzca sus efectos, para los contrayentes y nó para los hijos.

El doctor Spota entiende que la calificación de hijo ilegítimo importa un desfavor. No es lo importante lo patrimonial, sino que es la condición de hijo ilegítimo lo que importa. Si esta moción no prosperara, entonces, tal como lo ha dicho, propone que se establezca que son naturales, con lo cual no se modifica substancialmente el régimen del Proyecto y se evita el circunloquio de la parte final del art. 395.

El doctor Rayces propone que se diga directamente: “hijo natural”.

El doctor Spota añade que ello es —por así decirlo— su programa mínimo, pero sigue sosteniendo que estos hijos no deben recibir la sanción a que se hacen acreedores los que burlan a la sociedad, contrayendo de mala fe matrimonio, a pesar de que medie impedimentos.

Se vota la primera parte de la moción del doctor Spota, en el sentido de que cuando existiera mala fe por parte de ambos contrayentes, el matrimonio será válido respecto de los hijos, y la sanción se limitará a los padres.

Los doctores Lafaille y Rayces en contra y los doctores Galli y Spota en favor, dando lugar el empate a la postergación del punto discutido.

ARTÍCULO 389, INC. 1º — El doctor Rayces dice, con respecto del art. 389, inc. 1º, que debe estudiarse la siguiente cuestión: ¿No puede pedir la nulidad el curador del interdicto que contrajo matrimonio cuando era demente aun no declarado tal?;

Anulabilidad del matrimonio. Personalidad del curador para pedirlo. (Art. 389, inc. 1º).

¿únicamente puede hacerlo el cónyuge? Es necesario detenerse a considerar esta situación: un hombre que es loco, pero no declarado —ese es el estado de perturbación enfermiza del espíritu— se casa en esas condiciones y cada vez se acentúa más su mal, ¿es que nunca puede tener un representante que lo libere de las obligaciones del matrimonio y que pida la anulación del mismo?

El doctor Lafaille entiende que no se pretende declarar la nulidad absoluta de ese acto. Agrega que según el inc. 1º del art. 389, cuando pasa la perturbación, la persona afectada por ella puede pedir la nulidad del matrimonio. Ahora, suponiendo que no recobrase la salud y que fuera declarado insano, no ve la dificultad en que el representante del incapaz pudiera pedir esta misma nulidad. El curador está facultado para ejercer todas las acciones del demente.

El doctor Spota considera que se podría establecer que la nulidad puede alegarla el “cónyuge o, en su caso, el curador”. Está de acuerdo con la moción del doctor Rayces, porque tiende a facilitar que se rehagan, sobre mejores bases, las uniones matrimoniales. Por lo demás, tratándose de acciones que derivan de derechos personalísimos —como son los que atañen a la existencia o validez del matrimonio—, conviene declarar expresamente que asiste al curador el ejercicio de tal acción, perteneciente al cónyuge que contrajo matrimonio siendo demente no declarado.

El doctor Rey dice que se debe analizar el punto planteado, porque quizá convenga autorizar a pedir la nulidad a los que puedan oponerse al matrimonio.

El doctor Lafaille expresa que la observación del doctor Rey podría dar lugar a un concepto más amplio todavía, porque si la acción de nulidad correspondiera a todas las personas que pudieran haberse opuesto a la celebración del matrimonio, estaría comprendido el caso planteado y muchos otros.

Se resuelve analizar en la reunión próxima la proposición del doctor Rayces para que se considere si el inc. 1º del art. 389 y algunos casos análogos o previstos en aquél que pudieran presentarse, darían lugar a una modificación en que se permitiera al representante de la persona privada del discerni-

miento, en el caso de producirse su insania, deducir la acción de nulidad; o si convendría extender, como lo hace el Código actual de una manera expresa, la posibilidad de solicitar la nulidad del matrimonio a todos los que estuvieran en condiciones de oponerse a su celebración.

ARTÍCULO 389, PÁRRAFO 2º — El doctor Rayces señala que el segundo párrafo del art. 389 establece que el matrimonio es anulable si no tiene la publicidad necesaria, siempre que ello hubiera respondido al propósito doloso de sustraerse a una oposición. Considera que lo último o, mejor, que toda la norma está de más.

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

El doctor Lafaille expresa que el caso es el de dos personas que celebran matrimonio sin la publicidad necesaria o fuera del lugar que les corresponde. Ahora, debe suponerse que uno o ambos procedieron maliciosamente y que por ello no se hizo valer el impedimento dentro de los términos, lo que permitió realizar el acto.

El doctor Rayces observa que si se descubre la mala fe, está establecido en los arts. 387 y 389 cuáles son los impedimentos que traen como consecuencia la nulidad absoluta y cuáles la relativa. Si hay propósito doloso para sustraerse a una oposición, es porque existe impedimento; y si éste existe, hay que fundarse en él para anular el matrimonio y no en la falta de publicidad necesaria. Esto último no puede traer como consecuencia la anulación del matrimonio.

El doctor Lafaille repara que puede ser debido a otras causas que no sean impedimentos dirimentes, como la falta de venia u otros que tornan el matrimonio anulable y que no pueden luego deducir la acción sino las personas expresamente autorizadas.

Se resuelve tratar en la reunión próxima el punto siguiente: “Moción del doctor Rayces para que se considere si en el segundo apartado del art. 389, cuando torna anulable el matrimonio que se celebra sin la publicidad necesaria o ante Oficial Público incompetente, la sanción no será demasiado rigurosa; y si conviene adoptar otro temperamento”.

TITULO II

REGIMEN DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO

CAPÍTULO I

De las capitulaciones y donaciones prenupciales

Administración.
Régimen de la ley
11.357. (Art. 399,
inc. 3º).

PUNTO 2º— El doctor Spota dice que la moción que ha formulado, tiende a que el inc. 3º del art. 399 no importe una especie de dique a otras proposiciones ulteriores, en el sentido de que la mujer puede tener la facultad de administrar sus propios bienes.

El doctor Lafaille manifiesta que ese escrúpulo del doctor Spota carece de fundamento. El inciso, en vez de oponerse al régimen de la ley 11.357, lo amplía y acuerda facultades a la mujer para reservarse desde un comienzo la administración total y, como ahora, la de reclamar la separación de bienes por la mala gestión del marido, después de celebrado el matrimonio. En más de un caso estas demandas no se deducen por no alterar la paz del hogar. La Comisión Redactora, precisamente para evitarlo y sin quitar ninguna defensa a la mujer casada, creó, desde la capitulación prenupcial, un régimen de administración disociada. Todo sin perjuicio de que en cualquier momento pueda reclamarla, si no la hubiera revocado entonces, como se establece en el art. 432. Se ha entendido que la mujer en la vida del hogar puede verse cohibida para ejercer esa facultad. Se ha visto la relativa escasez de situaciones en que la mujer haya usado ese derecho y entonces se le confiere de antemano, para que pueda estipularlo como condición del casamiento, pero no se le impide hacerlo más tarde, ni se le retira la protección legal. ¿Dónde está, pues, el inconveniente?

El doctor Spota indica que el único inconveniente que ve es que esta reserva puede interpretarse como una limitación. Nadie reserva derechos cuando ya los tiene.

El doctor Lafaille considera que la reserva no quiere decir que no la pueda reclamar después. Si la expresión “reserva” es restrictiva, podría emplearse otra.

El doctor Spota añade que habría otra dificultad: las convenciones matrimoniales son inmutables, y en consecuencia estos convenios no podrían ser modificados durante la vida matrimonial.

El doctor Lafaille dice que éste es un argumento muy interesante. Cuando se establecen las capitulaciones prenupciales, quiere decir que el régimen de los esposos está definitivamente constituido. Si se entiende que la mujer puede asumir la administración de los bienes propios, ¿por qué no decirlo con respecto a los pactos prenupciales? Es mejor hacerlo entonces: la mujer puede reservarse la administración de antemano, porque se considera apta para ello o abriga dudas sobre las condiciones del marido.

El doctor Spota agrega que la única dificultad radica en que el esposo no va a ser el administrador legítimo sino un apoderado de su mujer.

El doctor Lafaille observa que la mujer puede revocar el mandato cuando quiera, dentro de la ley 11.357 y del Proyecto.

El doctor Spota repara que su moción da siempre la posibilidad de que el marido sea el administrador legítimo. Otra cosa acaecería si se aceptara que las capitulaciones no son inmutables.

El doctor Lafaille manifiesta que hoy la mujer da un poder y lo revoca a voluntad, sin expresar razones, como un simple mandato, pero esta violencia se le evita con el sistema propuesto, que agrega una ventaja al de la ley, sin reemplazarlo. Esa es su convicción. No es contrario a que la mujer administre, pero cree que tal remedio, aplicado con posterioridad al casamiento, no se ejercita libremente o rompe un vínculo entre los cónyuges. Si se estableciera en el contrato, un novio no contraería matrimonio sabiendo que la administración no le corresponde. Tendríamos, así, un régimen de administración separada.

El doctor Rey dice que, según el art. 433, podrá la mujer reintegrar al marido en la administración de sus bienes propios y confiarle la correspondiente a los enumerados en el art. 425, entre los cuales figuran (inc. 1°) los reservados por una capitulación prenupcial (art. 399, inc. 3°), lo cual demuestra que estos convenios no son inmutables en cuanto a este punto.

El doctor Spota expresa que no se siguen, entonces, los cánones clásicos que consideran inmutables los pactos prenupciales y cree que la posibilidad de modificar los mismos, según se desprende de la oportuna observación del doctor Rey, es conveniente. No tiene, pues, motivo para mantener su moción, ante las razones expresadas y por ello la retira.

Convenios nulos o anulables. (Art. 400).

PUNTO 3º — El doctor Lafaille dice que si con esta moción, se pretende suprimir el art. 400, no se opondría a ello. Es la transcripción de varias normas del Código actual que establecen cuáles son las cláusulas que no pueden pactarse y como ya se dice cuáles serán las válidas exclusivamente, no encuentra dificultad en que así se resuelva.

El doctor Galli considera que los incs. 2º y 3º del art. 400 deben mantenerse, porque no contemplan el mismo problema que el art. 399. El art. 399 sólo determina los fines de las convenciones; el inc. 2º del art. 400 contempla una situación posterior al matrimonio y el inc. 3º del mismo artículo invalida las convenciones cuando existe algún impedimento, todo lo que es distinto al contenido del art. 399.

El doctor Lafaille expresa que bastaría con suprimir solamente el inc. 1º del art. 400 y con ello está de acuerdo. Si se quiere eliminar el adverbio: “especialmente”, tampoco ve dificultad en ello.

Se resuelve suprimir el inc. 1º del art. 400.

Convenciones matrimoniales. Inscripción. (Art. 401).

PUNTO 4º — Se resuelve, por indicación del doctor Spota y para concordar la disposición del art. 401 del Proyecto con el art. 2º de la ley sobre Registro de inscripciones, modificar el título del capítulo 5º de la misma ley, en la siguiente forma: “Registro de personas jurídicas, sociedades, regímenes matrimoniales y mandatos”, y en el inc. 4º del art. 64: “Las capitulaciones prenupciales y los instrumentos en que las mujeres casadas declaren...”.

CAPÍTULO II

De la sociedad conyugal

§ 1º — PRINCIPIO DE LA SOCIEDAD, APORTES Y HABER SOCIAL.

Separación de bienes. Régimen convencional. (Art. 404).

PUNTO 5º — El doctor Spota dice que el inc. 3º, del art. 399, prestará un poco de ayuda a su moción. El doctor Lafaille

habló de un régimen de separación de administración; podría también ser posible un régimen de separación de bienes, lo cual es necesario para algunas formas de vida moderna. Supone un matrimonio formado por una esposa que tiene un gran comercio o industria y otra persona que no está en ello. Es legítimo que exista un régimen especial donde todas las adquisiciones van a ser propiedad de ella con el derecho de disponer de las mismas. No se le oculta las dificultades que podrá tener para la esposa un régimen de separación. En Italia es el régimen legal y se observa respecto del mismo el inconveniente que la mujer queda desamparada cuando se disuelve el matrimonio por muerte del marido. La mujer queda sin bienes, porque los obtenidos durante el matrimonio se adquieren a nombre del marido. Pero lo que propone no es ningún régimen legal sino convencional, que se reglaría en las capitulaciones, cuando la mujer creyera conveniente, para atender ciertas situaciones, reservarse para ella y su familia determinados bienes. Por ejemplo, en un divorcio obtendrá todos esos fondos mercantiles sin estar precisada a dividir los gananciales con el esposo y entonces la integridad del fruto de su trabajo quedaría en sus manos. Este sistema que tiende a la mayor independencia de la mujer, no tendría los graves inconvenientes que se señalan en la doctrina italiana —y de los cuales se ha hecho eco en un estudio intitulado: “Los regímenes matrimoniales en la legislación italiana” y que se publicó en la revista de “Jurisprudencia Argentina”, t. 30, sec. doct., págs. 1 y ss.—, porque es un régimen convencional que únicamente se podrá pactar antes de celebrarse el matrimonio. Parece que condice más con la independencia de los esposos autorizar ese régimen que ya tiene carta de ciudadanía en muchas legislaciones.

El doctor Lafaille dice que para estudiar este punto se debe considerar cuál sería el régimen de la sociedad conyugal en el caso de aceptarse el Proyecto. De ser así, resultaría que la mujer podría en cualquier instante de la sociedad conyugal, o antes, asumir la administración de los bienes propios y gananciales adquiridos por su trabajo, y además le sería permitido disponer a título oneroso de esos bienes y de las rentas que ellos produzcan. Quiere decir que de eso a la separación de bienes habría poca distancia y ella se traduciría por lo

general en detrimento de la mujer, porque si bien puede darse la situación planteada por el doctor Spota: de la esposa que tenga un importante patrimonio y lo maneje, la regla, en el país es que la mujer se beneficia con el trabajo del marido. Entonces, la privaríamos de los gananciales que tanta importancia revisten entre nosotros y en caso de viudez se volvería contra ella el art. 3576, que en lo fundamental reproduce el 2000 del Proyecto. Por su parte, no ve ninguna ventaja al sistema preconizado. Antes de sancionarse la ley 11.357, llegó a opinar que sería conveniente ampliar las capitulaciones prenupciales hasta permitir la separación de bienes, pero ahora las circunstancias han cambiado. Parece que la comunidad de bienes es útil por todas estas razones y, además, da mayor solidez a la familia.

El doctor Spota observa que si es así, ¿por qué no se aceptó el régimen de la comunidad universal de bienes?

El doctor Lafaille contesta que no se llega a ella, porque basta con la comunidad de uso que favorece a la mujer, sin arriesgar su acervo propio. Por lo demás, esta comunidad universal que es optativa en Francia, según estadísticas no llega al 1 % el número de los contratos en que se estipula. La mujer recibe tal amparo por nuestra ley, que uno se pregunta si no peca por exceso y dismantela demasiado el hogar, porque, al disponer de sus bienes, puede reducir los gananciales a cero, conservando el patrimonio propio. No hay que exagerar todavía, so pena de producir perjuicios mayores para la familia.

El doctor Spota dice que cabe observar que, con respecto a la ley 11.357, la mujer puede disponer de los propios y también de los gananciales que adquiera. ¿Qué dificultad existe entonces? En un régimen de separación, la mujer puede disponer de los bienes propios y de los gananciales como en el régimen que se acoge en el Proyecto; sólo que, disolviéndose el matrimonio —especialmente por divorcio— los gananciales corresponden a ella.

El doctor Lafaille expresa que sería más bien dañoso para la propia mujer y no se puede negar que ella necesita la tutela de la ley en nuestro ambiente. Esto, sin contar con que alguna simpatía merecen los hijos del matrimonio. No parece que después de todo lo hecho por la ley 11.357, más la capitula-

lación prenupcial que se proyecta, fuera necesario establecer el régimen convencional de separación.

El doctor Rayces observa que lo preconizado por el doctor Spota es para casos especiales.

El doctor Lafaille pregunta quién califica esa especialidad.

El doctor Rayces contesta que la interesada.

El doctor Lafaille continúa expresando que la ley se dicta para los supuestos generales; en cuanto a las excepciones, conviene señalarlas cuidadosamente y no dejarlas al criterio de los interesados, sobre todo cuando sus conveniencias pueden ser opuestas a las colectivas. La mujer necesita el amparo social y nosotros se lo concedemos. Para esas situaciones especiales, tal amparo puede acordarse con respecto al pacto en el momento del matrimonio, o al ejercicio de la administración con la facultad de disponer.

El doctor Spota repara que la mujer no hace lo que quiere en momentos críticos como son los de disolución de la sociedad conyugal por mala administración, divorcio, etc., ya que debe partir los gananciales con su esposo, muchas veces causante de la separación patrimonial o, aun, personal. ¿Por qué no permitir que cualquiera de los esposos evite esos riesgos, admitiendo que son bienes propios los frutos de los llevados al matrimonio o los adquiridos posteriormente con su trabajo?

El doctor Lafaille expresa que al suponer que solamente la esposa pactaría este régimen y no el marido, se incurre en equivocación, porque la separación puede también interesarle, sobre todo en cuanto a los frutos de su patrimonio, que le pertenecerían exclusivamente.

El doctor Spota observa que uno es legal y el otro es convencional.

El doctor Lafaille indica que debe evitarse el preconcepto: de acordar un beneficio a la mujer, sin admitir la recíproca.

El doctor Spota contesta que, aun con el régimen reglado en el Proyecto, el esposo puede disponer de sus bienes y de los gananciales que adquiere, en forma tal que, prácticamente, importe —por la mala administración, etc.— un despojo de la mujer.

El doctor Rayces solicita que se postergue para su mejor estudio el punto discutido.

Así se resuelve.

Bienes gananciales.
Indemnización por
incapacidad de tra-
bajo. (Art. 405,
inc. 7°).

PUNTO 6° — El doctor Rayces supone una indemnización por accidente de trabajo, v. gr., por la pérdida de brazos. El monto de la indemnización viene a sustituir, en este caso, a los brazos y por ello es un bien propio. Pero, las rentas son gananciales.

El doctor Spota observa que quizá pudiera resultar ventajoso considerar ganancial la indemnización o, mejor como un bien familiar, ya que la familia puede contar únicamente con tal bien.

El doctor Rey considera lógico estimar como bien propio la indemnización. De lo contrario, en casos de divorcio, el individuo que ha perdido, v. gr., los brazos, deberá dividir la indemnización con la mujer, a pesar de que el verdadero impedido es él.

El doctor Lafaille estima que el argumento del doctor Rey es muy fuerte. Si la esposa no se decide —agrega— a cargar con el infortunado que ha perdido los brazos y lo abandona, lo deja llevándose la mitad de la indemnización.

El doctor Spota repara que el inc. 7°, del art. 405, se refiere al resarcimiento “obtenido de un *seguro* contra daños personales o enfermedades”, cuando, en realidad, la indemnización puede obtenerse con prescindencia de seguros, a menos que, para este último caso, se considere aplicable el inc. 5° del mismo artículo. Pero, este último precepto, habla de “daños sufridos en un *bien* particular” y aquí se trata de daños sufridos en la persona misma, ya que afectan su integridad física o moral.

El doctor Lafaille dice que la observación del doctor Spota es muy atinada. Se podría decir: “El resarcimiento por accidente de trabajo o el obtenido en caso de daño personal o enfermedades”, es decir, que se suprimiría en el inc. 7° el concepto de “seguro”. Así se resuelve.

Anulabilidad del
matrimonio. Perso-
nería del curador
para pedirlo. (Art.
389, inc. 1°).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1° — Indicación del doctor Rayces para que se considere si del inc. 1°, del art. 389 y en los casos análogos que pudieran presentarse, darían lugar a una modificación en que se permitiera al representante de la persona privada del discernimiento, en el caso de producirse su insania, deducir la acción de nulidad o si convendría extender, como lo hace el Código actual, de una

manera expresa, la posibilidad de solicitar la nulidad del matrimonio a todos los que estuvieran en condiciones de oponerse.

PUNTO 2º — Moción del doctor Rayces para que se considere si en el segundo apartado del art. 389, cuando torna anulable el matrimonio que se celebra sin la publicidad necesaria o ante Oficial Público incompetente, la sanción no será demasiado rigurosa y si no conviene adoptar otro temperamento.

PUNTO 3º — Proposición del doctor Spota relativa al inc. 3º del art. 395. (Ver pág. 212).

PUNTO 4º — (El 5º del anterior. Ver pág. 225).

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

Causales de la nulidad. Discriminación. Efecto sobre los hijos. (Art. 395, inc. 3º).

Separación de bienes. Régimen convencional. (Art. 404).

REUNION N° 61

—Buenos Aires, diez de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Arturo Acuña Anzorena, Enrique V. Galli, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO IX

De los matrimonios nulos y anulables

PUNTO 1º — El doctor Rayces dice que su observación ha tenido por motivo circunstancial la redacción del art. 389. En el inc. 1º, del artículo citado parece que se contempla esta hipótesis: un hombre o mujer en estado de perturbación mental, excluyente del discernimiento, no ha sido declarado insano, es decir, no es interdicto, contrae matrimonio y, con el andar del tiempo —puede ser mucho como poco— recobra la salud. Según esta disposición, él mismo va a pedir la anulación de lo que celebró en estado enfermizo. Cree que convendría aclararlo para evitar discusiones futuras. Supóngase que el cónyuge que contrajo matrimonio en estado de per-

Anulabilidad del matrimonio. Personalidad del curador para pedirlo. (Art. 389, inc. 1º).

turbación mental excluyente del discernimiento, no mejora. Llega un momento en que dada la persistencia de la perturbación, advierten sus parientes la necesidad de hacerlo declarar insano, como medida protectora de su incapacidad. Entonces, ¿por qué no concederle a su representante legal la acción de nulidad? Cree que todos están de acuerdo respecto a esto. Parece que la disposición no está clara y de ahí que haga este pedido.

El doctor Galli expresa que con motivo de la proposición del doctor Rayces, ha buscado los antecedentes relacionados con la alteración mental en materia de matrimonio y llega a la conclusión de que el problema a considerar debe ser más amplio que el planteado.

Según la ley de matrimonio, la locura lo hace anulable, y la acción se acuerda a todas las personas que hubieran podido deducir oposición.

El cónyuge sano tiene la acción si ignoraba el estado mental del otro y también corresponde al propio incapaz una vez recobrada su salud (art. 85, inc. 7°).

Omite detalles sobre continuación de la vida marital que pueden hacer caducar la acción, porque no interesan para el punto que se discute.

Bibiloni considera nulo, el matrimonio celebrado en estado de perturbación mental por efecto de una causa durable que priva de discernimiento.

La acción puede ser promovida por todos los que tengan interés en hacerlo, inclusive el ministerio público, pero si el cónyuge incapaz de discernimiento recupera la plenitud de sus facultades, la nulidad no puede ser declarada sino a su pedido o al del otro cónyuge.

Por último el matrimonio es anulable, a requerimiento del esposo que contrajo matrimonio en estado de perturbación mental excluyente de discernimiento por una causa accidental o pasajera, o a pedido del contrayente que ignoraba el estado de insania o perturbación mental de su cónyuge, cuando el matrimonio se celebra en un intervalo lúcido (arts. 37, 38 y 39, tomo V, págs. 38/41).

La ley actual sólo contempla el impedimento de locura, o sea el estado habitual de demencia, manía o imbecilidad del art. 141 del Código. No se diferencian los supuestos de

demente declarado y no declarado. El matrimonio es anulable y el ejercicio de la acción es amplio. Apenas se restringe la acción al propio incapaz si recobra la razón y se niega al otro cónyuge si no ignoraba el estado de incapacidad.

En el anteproyecto de Bibiloni tampoco se diferencia al demente declarado del no declarado. Siempre el matrimonio es nulo cuando la afección mental es permanente.

Pero si pese a ese estado habitual, el matrimonio se celebra en un intervalo lúcido, el matrimonio es sólo anulable y la acción corresponde únicamente al otro cónyuge que ignoró la incapacidad. Este régimen resulta de las explicaciones que de Bibiloni en las notas a los arts. 37 y 39 (tomo V, págs. 38 y 40).

Es asimismo anulable el matrimonio cuando la perturbación mental era accidental.

El sistema de Bibiloni es el del Código Civil suizo, el cual agrega que la acción no pasa a los herederos de quienes pueden promoverla (arts. 121, 122, 123 y 135). También se asemeja al del Código del Perú (arts. 132 inc. 1º, 82 inc. 2º, 134, 139, 146 y 149).

El proyecto no admite la nulidad del matrimonio por alteración mental. Mantiene la calificación de anulabilidad de la ley vigente (art. 389), pero no resulta completo.

Después de establecer los casos de matrimonio nulo, Bibiloni lo considera anulable en caso de perturbación mental transitoria y pasajera, acordando la acción al propio enagenado accidental (art. 39 inc. 1º). Ese texto es el que ha servido de base al art. 389 inc. 1º del Proyecto, aunque suprimiendo la calidad de alteración mental transitoria.

Resulta así que el proyecto no solo no diferencia la demencia declarada de la no declarada, sino que tampoco separa la enagenación mental permanente, de la accidental o transitoria. Todos esos supuestos son de anulabilidad y la acción corresponde sólo al cónyuge enfermo si recupera la razón, o al sano mental si ignoró la perturbación del otro.

Considera conveniente deslindar las situaciones para precisar en cada caso los efectos.

El matrimonio del demente declarado debería ser nulo. El matrimonio del demente no declarado, quedaría como anulable por exigir la prueba de la alteración mental permanente, pero

la acción habría de acordarse con amplitud, a todos los que hubieran podido invocar esta causal de oposición, inclusive al curador del demente cuando llegue a tenerlo.

Ello sin perjuicio de reproducir los textos sobre las acciones concedidas al interesado que recupera la razón y las restricciones al cónyuge que conocía el estado mental.

En cuanto al supuesto de alteración transitoria, la anulación no se debería a la existencia de impedimento, puesto que el art. 339 inc. 8º declara que no lo es, sino a la ausencia de voluntad. El matrimonio como acto voluntario, debe realizarse con discernimiento, intención y libertad. La alteración transitoria, excluye el discernimiento según lo establece el art. 921 del Código y el art. 140 inc. 2º del Proyecto. Se aplicarían las reglas generales para asegurar la pureza del acto.

Pide que el asunto en discusión se considere con la amplitud con que lo ha planteado.

El doctor Lafaille indica que, como lo señala el doctor Galli, la ponencia del doctor Rayces presenta una amplitud mayor de la que tuvo en su origen, porque no sólo plantea la dificultad que podría presentarse en el caso de un juicio de insania ulterior, sino que se suscita otra de orden institucional. ¿Cuál es la situación de las partes y de los terceros en este caso de nulidad o anulabilidad de un matrimonio por falta de discernimiento, cuando no hay declaración judicial de demencia? Existiendo esa declaración, se produce la nulidad. El doctor Rayces observa que el matrimonio es nulo y no anulable. Aquí no se trata de demencia declarada: la persona, en el acto de celebrarse el matrimonio, carecía de discernimiento, faltaba un requisito de la voluntad, y todos saben que la regla en la materia, del propio Código Civil actual (art. 1045) es que cuando la persona procede en estado de "incapacidad accidental", el acto sería anulable. Si es así parece —a menos que en materia de matrimonio nos apartemos de ello— que tal sería la calificación correcta y que la respectiva demanda debería, en principio, ser entablada por el interesado que recobrarse la razón o bien por el otro cónyuge.

El doctor Rayces aclara cuál es su ponencia, que no tiene el alcance que se le atribuye. Dentro de lo que estima necesario para el régimen del matrimonio, considera que estas perturbaciones no deben dar lugar sino a una acción de simple anu-

labilidad que puede ser entablada sólo por los interesados y nadie de afuera debe venir a perturbar el matrimonio ya celebrado.

El doctor Lafaille expresa que si se está conforme en que los únicos que pueden deducir la acción son los interesados mismos y que nada tienen que hacer los terceros, entonces ¿qué dificultad podría oponerse a que la dedujera el representante legal de la parte si ésta hubiera caído en demencia?

El doctor Rayces señala que la fórmula, en sí, del inc. 1º del artículo 389, es inobjetable, pero parece incompleta, porque no prevé —al menos no la encuentra prevista— la hipótesis de que la perturbación, transitoria en el momento de la celebración del matrimonio, se torna, por una evolución de la enfermedad, en definitiva. Para ese caso, únicamente cuando hay declaración de insania, puede venir el representante a pedir la nulidad de aquel acto que fué hecho solamente en estado de perturbación transitoria.

El doctor Lafaille repara que tal dificultad no puede producirse mientras no se diga que esta acción es personalísima, que no se transmite a los herederos ni es susceptible de mandato. De otro modo, toda acción puede ser ejercida perfectamente por el representante legal del insano y no hay necesidad de repetir eso en cada caso. Así, por ejemplo, nada se indica en el título de la compraventa, pero es indiscutible la legitimidad de la intervención del curador.

El doctor Rey encuentra que las observaciones de los tres miembros de la Sección que han usado de la palabra, son exactas. Es cierto que son tres situaciones distintas, como dice el doctor Galli, las que se pueden presentar. El primer caso y más sencillo, que no está previsto en las disposiciones referentes al matrimonio pero sí en la parte general, es el que se refiere a una alteración transitoria que lo priva del discernimiento. Parece que no hay necesidad de sancionar nuevas disposiciones, cuando ya está previsto como un caso especial; esto no produce dificultad. El segundo caso tampoco presenta dificultad y es el de que haya sido declarado insano; el tercero, que es el caso verdaderamente difícil, es el de una persona que haya contraído matrimonio sin haber mediado declaración judicial de interdicción. En ese caso, el matrimonio es anulable. Puede ocurrir que los que tienen derecho

a oponerse, hagan esa oposición y habrá que hacer un juicio de insania; puede ocurrir que no hagan oposición por razón de imposibilidad de hecho o porque no tuvieron noticias. El matrimonio se realiza. Es anulable. ¿Quién puede pedir la anulación? Según Bibiloni la puede pedir cualquiera; según el Proyecto solamente el cónyuge que, habiendo celebrado el matrimonio en estado de insania, recobra la salud. No la pueden pedir los representantes, porque expresamente se establece en el artículo 392 que ellos podrán invocar la nulidad en el caso del artículo 387. Encuentra que no hay razón para establecer una disposición distinta que la correspondiente al caso en que una persona contrae matrimonio habiendo sido declarada insana. En la hipótesis de que una persona contraiga matrimonio sin ser declarada insana, debe modificarse la disposición referente a los que tienen derecho a pedir la nulidad y establecer que lo poseen los que pudieron hacer oposición.

El doctor Lafaille observa que si se admite eso, hasta el Juez la podría declarar.

El doctor Rey expresa que no la podría declarar de oficio.

El doctor Lafaille resume el estado de la discusión en estos términos: la cuestión estriba en si se modifica o no el inc. 1º, del artículo 389, en el sentido de ampliar la nómina de las personas que pueden solicitar la nulidad; y si esa reforma no convendría extenderla a casos análogos, en el sentido de conferirla también a los representantes.

El doctor Rey propone que al deducir la oposición puedan pedir la anulación.

El doctor Rayces expresa que ello debe ser cuando se haya establecido que es un interdicto, que es un demente.

El doctor Rey considera que quién pide la anulación del matrimonio fundado en que se trataba de un insano, tendrá que probarlo para que se resuelva a su favor el pedido.

El doctor Galli encuentra que el alcance limitado del artículo 389 inciso 1º deja sin sanción muchos supuestos de matrimonios de dementes, como sería el de aquéllos que no recuperan la razón. La acción reservada en el inciso no nacería nunca.

El doctor Rey propone que puedan abrir la acción todos aquéllos que pudieran deducir oposición.

El doctor Lafaille pregunta: ¿Y cuando el estado de perturbación fuera transitorio?

El doctor Rey señala que no hay necesidad de prever la hipótesis indicada por el doctor Lafaille, en el caso del matrimonio.

El doctor Lafaille observa que podría resultar peligroso no puntualizar este supuesto, a los fines de la acción que pudieran promover los representantes legales.

El doctor Rayces propone la adopción de la fórmula siguiente: "Será anulable el matrimonio cuando hubiese sido celebrado por uno de los cónyuges en estado de perturbación mental excluyente del discernimiento. La acción de anulabilidad sólo podrá ser entablada por el cónyuge que hubiera estado perturbado, pero declarado demente podrán entablarla todos los que podían oponerse o su representante legal".

El doctor Lafaille considera que sería suficiente cambiar la frase primera del inc. 1º, del artículo 389, por: "Cuando hubiere sido celebrado en estado de perturbación..." y no hablar de que "lo pidiera el cónyuge...".

El doctor Rayces estima que, sentada esa anulabilidad: "cuando hubiere sido celebrado en estado de perturbación mental excluyente del discernimiento", podría agregarse quien tiene la acción.

El doctor Lafaille observa que esto correspondería al artículo 392, cuando dice quienes son los que pueden entablarla.

El doctor Rayces aclara que, en su ponencia, esa anulabilidad, cuando el matrimonio se celebra en estado de perturbación mental, sólo podrá ser alegada por el cónyuge que la sufrió; pero, una vez declarado insano, pueden deducir la acción todos los interesados y su representante legal.

El doctor Galli pregunta: ¿y si no lo declaran insano?

El doctor Rayces responde que no habría interés en anular el matrimonio.

El doctor Lafaille resume la discusión en las dos partes siguientes: primera: ¿hay o no conformidad para modificar el inc. 1º, del artículo 389, suprimiendo la frase: "cuando lo pidiera el cónyuge"? y, segunda: ¿quiénes pueden pedir la nulidad?

El doctor Rayces contesta las preguntas formuladas diciendo que, dentro de lo que sostiene, únicamente puede pedirla

el mismo cónyuge si el estado de perturbación es transitorio; pero, si es definitivo, ya vendrá cualquiera en presencia de ese matrimonio a denunciarlo y entonces tomarán intervención todos los que puedan tomarla.. Puede ser que el otro cónyuge no tenga interés en reconocerlo, porque fué contraído el matrimonio por intereses bastardos y no tome la actitud que le corresponde en presencia de esa unión, pero los parientes pueden deducir la acción de nulidad.

El doctor Galli expresa que, en su entender, no es posible que la impugnación de un matrimonio celebrado con un impedimento, pueda depender de la obligación de iniciar y declarar previamente una insania. Estima que cuando el matrimonio se ha celebrado en un estado permanente de enajenación, se debe acordar la acción con más amplitud que la que propone el doctor Rayces.

El doctor Lafaille señala que, en rigor, el único punto discutido es el de saber cuáles son las personas que pueden entablar la acción de nulidad.

El doctor Galli manifiesta que el doctor Rayces la circunscribe al representante. El demente necesita estar provisto de un curador para invalidar su matrimonio. Es mas simple la regla común en materia de nulidad de matrimonio de conceder a todos los que tenían derecho a oponerse. Ahora si este estado de perturbación mental permanente ha cesado, la acción es exclusiva del cónyuge afectado.

El doctor Lafaille expresa que se debe distinguir el caso de impedimento de aquél en que no lo haya. El primero está definido íntegramente por el artículo 339 inc. 8°, cuando se habla de una perturbación que no sea transitoria. Si no lo es, podrían oponerse, aparte del representante, una serie de personas (art. 345). Entonces, si ellas pueden deducir la oposición ¿por qué no acordarles la acción de nulidad? Y quedaría simplemente el otro caso en que se le podría reducir a los cónyuges.

El doctor Spota nota un poco de incongruencia en acordar la acción a quienes pudieron haberse opuesto oportunamente y, sin embargo, no lo hicieron. Si dejaron pasar aquella oportunidad, no tienen derecho, ahora, a perturbar la vida del matrimonio. Sólo el agente fiscal, como representante del interés público, podría actuar, así como el cónyuge que hubiera

ignorado este estado en el momento de casarse, aparte del propio esposo que contrajo el matrimonio con perturbación mental. La solución de la ley es justa; solamente, el cónyuge que ignoraba la causal de anulabilidad puede deducir la acción, así como el esposo que sufrió la perturbación. Podría agregarse, sin embargo, que el agente fiscal está facultado para deducir la nulidad si el cónyuge fué declarado demente, con la aclaración de que en ese estado contrajo enlace.

El doctor Rey manifiesta que la única razón que hay para que no se declare absolutamente nulo el matrimonio realizado por un insano que no fué declarado tal, dentro de los términos del Proyecto, es que no media una declaración judicial de insania. Fuera de eso, todos los puntos coinciden: el interés público existe, tanto en el caso del declarado insano, como en el del que no fué declarado y que contrae matrimonio. Si se tiene en cuenta que el régimen de la oposición, por bien que esté legislado, es un poco imaginario, desde el momento que puede realizarse un matrimonio sin que las personas que están en condiciones de oponerse tengan noticias, se puede decir que esas razones son suficientes para autorizar el ejercicio de la acción de anulación por parte de las mismas personas que están autorizadas a oponerse. De acuerdo con el argumento del doctor Spota, habría que entrar en un distingo e impedir que inicien esa acción de anulación todas aquellas personas que pudiendo haberse opuesto no lo hicieron. El único caso en que realmente puede haber interés en mantener ese matrimonio, es el del cónyuge que recobra la razón; pero si, por el contrario, continúa siendo loco, no existe interés en mantener ese matrimonio.

El doctor Spota observa que el representante del interés público es el agente fiscal. Pueden existir hijos de ese matrimonio y entonces empezarán a jugar esas cuestiones de si el matrimonio es putativo o no, si es de buena fe o no, y si esos hijos serán o no ilegítimos. Quiere decir que hay razones para no perturbar esa situación más de lo necesario. Si el agente fiscal quiere usar ese derecho, que lo haga; si cada cónyuge, en su caso, quiere iniciar esa acción, que la deduzca; pero no se debe ir más allá. Así lo exige la estabilidad de la familia.

El doctor Rey dice que sería muy grato encontrar al agente

fiscal que por sí mismo y por interés público se decidiera a promover un juicio de anulación en un caso como éste.

El doctor Lafaille llama la atención que en cuanto a que se está discutiendo una cuestión de anulabilidad y si en esta materia se le da la amplitud de la nulidad, ¿qué diferencia se establece entre el matrimonio nulo y el anulable? ¿A quiénes se concede la acción y cuándo? En la demencia declarada, hay una certeza completa y al mismo tiempo hay una nulidad que no cabe duda respecto de los actos realizados por el insano; pero aquí se trata de una demencia no declarada. Puede ser una situación de perturbación transitoria y puede ser permanente, etc. En un caso hay nulidad, en el otro anulabilidad.

El doctor Rey considera que la hipótesis de la perturbación transitoria está fuera de discusión, como lo está el caso en que hay declaración judicial de demencia. Sólo está en discusión el caso de la persona demente no declarada que contrae matrimonio. En esta última hipótesis, ¿quién puede pedir la anulación? No sólo el cónyuge, no sólo el loco que recobra la razón, sino también los parientes y demás personas que pudieron haber hecho oposición, así como el Ministerio Público.

El doctor Lafaille señala que entonces es mejor declarar el matrimonio nulo. Por su parte, ha llegado hasta donde puede llegar. El criterio del Proyecto que establece la restricción, cuando el matrimonio ha sido celebrado durante perturbación mental de hecho, y le reserva la acción a las partes, es ciertamente, el más razonable.

El doctor Acuña Anzorena dice que la redacción del inc. 1º, del art. 389, está de acuerdo con el art. 339, inc. 8º. En el artículo 339 se contemplan dos situaciones distintas: cuando hay interdicción por insania o sordomudez (inc. 7º) y cuando hay estado de perturbación a menos de ser transitoria (inc. 8º). El artículo 389 contempla la situación legislada en el inc. 8º, del artículo 339, cuando es un estado de perturbación mental permanente.

El doctor Lafaille observa que lo que está en discusión no es el artículo 389 sino el artículo 392, que indica quiénes pueden entablar la acción de nulidad.

El doctor Acuña Anzorena expresa que el hecho de sancionar la inactividad de las personas que autoriza el artículo 345, va a redundar en perjuicio de un interés social.

El doctor Lafaille propone postergar el punto en cuestión, si los presentes no tienen un criterio formado.

El doctor Rayces dice que está de acuerdo con la ponencia del doctor Spota.

El doctor Spota expresa que el Proyecto de Código Civil italiano establece que si el cónyuge era declarado insano al contraer matrimonio, éste es nulo y si no era declarado demente es anulable; es decir, que, en este último supuesto, sólo puede oponerse el esposo que no conocía el estado de perturbación mental y también el agente fiscal en el caso de que hubiera interés público en ello.

Se posterga el punto 1º.

PUNTO 2º — El doctor Rayces señala que su ponencia se refiere especialmente a la circunstancia de la publicidad y no a la del Oficial Público incompetente. Y agrega que se ha formado opinión en el sentido de que cualquier deficiencia en la publicidad no debe tener como consecuencia la anulabilidad del matrimonio. Que tenga cualquier otra sanción, una penalidad al oficial que interviene, pero nunca una sanción tan grave como es deshacer ese edificio ya levantado.

El doctor Rey dice que, efectivamente, parece que la sanción es excesiva. Los franceses llaman a estos incumplimientos “impedimentos prohibitivos” y los castigan con multas al Oficial Público. La Comisión ha seguido ese procedimiento al establecer en la ley de Registro Civil que los oficiales públicos que no cumplen ese requisito, incurren en multa. Parece que, realmente, la falta de publicidad necesaria en la celebración del matrimonio, como sería el caso de un matrimonio que se realiza en casa de uno de los contrayentes, no merece más de una pena pecuniaria salvo aquellos casos en que se hubiere realizado para substraerse a la oposición.

El doctor Lafaille señala que no siempre se concede la acción de nulidad a las personas que pueden deducir oposición, tal como se desprende de lo discutido al considerar el punto anterior del Orden del Día. Supone el caso de que se tratara de un demente de hecho y que los interesados, para evitar la oposición que pudieran deducir los que están en condiciones, se trasladan a otro lugar y se casan allí.

El doctor Galli dice que coincide con el doctor Rayces, en considerar excesivamente grave la sanción de anulabilidad

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. Art. 389, párrafo 2º).

del matrimonio celebrado sin los requisitos de publicidad. De los códigos de este siglo, no la contienen los de Brasil, Méjico y Perú. El Código suizo establece en forma expresa que no procede la nulidad del matrimonio por inobservancia de exigencias formales, si se realizó ante el Oficial Público (art. 131). El Código francés permite atacar un matrimonio no celebrado públicamente y acuerda la acción a los esposos, el padre, la madre, los ascendientes, los que tienen interés actual y el Ministerio Público (art. 191). Como se advierte, para una infracción no esencial, se organiza un plan amplísimo de impugnación, sin reparar que mayor interés que el respeto a esa exigencia formal secundaria, significa para la sociedad consolidar la unión consumada.

El rigor legal del Proyecto se justifica menos, tan pronto se advierte que la falta de publicidad es causa de anulación, cuando responde al propósito doloso de ocultar un impedimento. Hay que admitir que se trata de impedimentos dirimientes, porque si no influyen sobre la validez del matrimonio, no parece lógico hacerlos funcionar para producir la nulidad. Basta, entonces, con aportar la prueba del impedimento y se tiene asegurada la invalidación del matrimonio. Con el texto que se analiza, habrá que probar que existía impedimento, que se ocultó dolosamente y que faltó publicidad a ese fin. Se trata de una complicación innecesaria e injustificada. La violación del deber de publicidad, es una falta a la que sería suficiente aplicar o extender la multa que dispone el art. 108 de la ley de matrimonio o el artículo 192 del Código francés.

Aún queda por plantear el punto relativo a quien tendría la acción de anulabilidad, si los dos cónyuges son autores de la infracción al requisito de publicidad.

El doctor Lafaille expresa que hay un argumento y es el siguiente: antes de la sanción de la ley de matrimonio civil del año 1889, cuando regía el derecho canónico, había una publicidad que en esa época resultaba suficiente: era la que tenía lugar por medio de las proclamas conciliares que se leían en la iglesia. De este modo era fácil saber cuando se iba a celebrar un matrimonio y todos estaban obligados a denunciar el impedimento. Esto desapareció desde que la ley citada modificó aquellos regímenes de publicidad. Es sabido que hoy no se hace prácticamente la publicidad de los matrimonios,

y, lo que es más grave, no se impone sanción en caso de incumplimiento. El Proyecto la establece, porque si no se procede en esta forma, todo el régimen de los impedimentos y oposiciones resulta completamente lírico. El sistema legal, que se funda en la existencia de un matrimonio exento de impedimentos, exige que el mismo se base en la buena fe de las partes. Si está demostrado en un caso concreto que las personas se alejan de un lugar donde debieran celebrar el matrimonio con el propósito doloso de substraerse a la oposición, corresponde la nulidad. Es una sanción justa que establecía el derecho canónico.

El doctor Rayces considera conveniente que se argumente en una forma más concreta. El artículo 389, funcionando, tiene presente los impedimentos del artículo 339. Dentro de esta disposición de la ley se va a anular un matrimonio cuando la falta de publicidad sea para substraerse a la disposición.

El doctor Lafaille indica que una regla legal fracasa, cuando deja un resquicio para violarla. Si se admite la posibilidad de que se formalicen matrimonios clandestinos, sin afectar su validez y se brinda a las partes la oportunidad de que se trasladen impunemente fuera del lugar de su residencia, se realizarán uniones legítimas, aún con los impedimentos más serios, mediante el recurso de alejarse de la Capital.

El doctor Rayces insiste en que se está hablando en forma demasiado abstracta. Supone, para concretar, que se han casado, omitiendo la publicidad, el padre y su hija. ¿Qué inconveniente hay con que se suprima la sanción respecto de la publicidad?; ¿será por eso válido ese matrimonio?; ¿nadie va a poder denunciar el incesto? Plantea el caso del inc. 4º: “no tener la mujer 16 años y el hombre 18 años”. Se casan omitiendo las publicaciones dolosamente para evitar que se sepa que ellos están en esas condiciones. ¿Quiénes pueden deducir la nulidad?

El doctor Lafaille contesta que todas aquellas personas que están en condiciones de oponerse al matrimonio.

El doctor Rayces observa que, por ello mismo, la falta de sanción a la publicidad no trae los perjuicios que se temen.

El doctor Lafaille dice que bastaría con citar un sólo ejemplo. Se vuelve a lo mismo, que este asunto está subordi-

nado a lo que se resuelva respecto del anterior. Puede plantearse la cuestión de la no necesidad de la sanción. En el régimen canónico, el matrimonio clandestino era nulo, cuando se probaba el dolo. Pide que se reflexione sobre este asunto, porque es necesario establecer una pena severa para los que no cumplen con la publicidad.

El doctor Rey observa que partía de la base de que se daba el derecho de pedir la acción de nulidad a aquéllos que pudieron oponerse. En caso contrario, hay que mantener la norma en discusión.

Se resuelve postergar el punto 2º del Orden del Día.

Causales de la nulidad. Discriminación. Efectos sobre los hijos. (Art. 395, inc. 3º).

PUNTO 3º— El doctor Lafaille dice que el doctor Spota trajo como antecedente el Código español, artículo 69, y el Código suizo. La moción es ciertamente simpática, pero quería llamar la atención acerca de que es menos desfavorable de lo que se cree el régimen de los hijos adulterinos en el Proyecto. Están equiparados a los naturales, siempre que hubieran sido reconocidos, y la adulterinidad sólo pueden alegarla determinadas personas como ser, el cónyuge, los ascendientes y descendientes. Se excluye, pues, de este derecho a los colaterales, y al Ministerio Público, etc. Aparte de esto —como ya se dijo en otras reuniones— se llega hasta legitimar los hijos adulterinos, cuando nacen de un matrimonio putativo, o de una simple unión extralegal, siempre que una de las partes hubiera sido de buena fe (art. 458).

El doctor Spota manifiesta que el doctor Lafaille trae a colación argumentos que refuerzan su ponencia. Esta implica el límite hacia el cual el Proyecto tiende. En la sesión pasada tuvo oportunidad, por otra parte, de exponer los antecedentes del derecho comparado. Ha hablado ya de un Código relativamente viejo, como el español, y de códigos modernos, como el suizo y mejicano. Mencionó, además, una serie de legislaciones europeas, que aceptan el principio que informa su ponencia. Ciertamente es que, desde el punto de vista de la lógica jurídica, resulta un tanto raro admitir, cuando dos personas de mala fe contraen matrimonio, que el hijo sea legítimo; pero, desde el punto de vista de la benevolencia, de la piedad, hacia los hijos, sentimientos que inspiraron al legislador suizo y al español, puede llegarse a eso. Quiere, también, referirse a algo más concreto y es a la pretendida equiparación de los

hijos adulterinos con los hijos naturales. Es una equiparación de ningún modo completa, desde el momento que se permite al cónyuge, a los ascendientes y a los descendientes alegar el vicio del incesto o de la adulterinidad y, entonces, pueden quedar esas personas reducidas a su condición de incestuosos o adulterinos. Ya dijo con anterioridad, y vuelve a repetirlo, que esas legislaciones antiguas no traen perturbaciones de ninguna especie; entonces, no se ve por qué el Proyecto no puede llegar hasta la adopción de una ponencia como la que ha formulado.

El doctor Galli apoya la moción del doctor Spota. A sus argumentos, que comparte, agrega como razón legal poderosa, la circunstancia de tratarse de hijos nacidos en un matrimonio celebrado con todas las solemnidades legales. Los contrayentes están en falta, pero los hijos de ese matrimonio de factura inobjetable, que son terceros inocentes, no pueden cargar con la sanción que corresponde a sus padres. Es un reflejo de la maldición bíblica que no se detiene en la generación y que no puede acoger el derecho, cuando debe ser expresión de una solución de justicia.

Estos hijos exhiben un matrimonio dentro del cual han nacido. No es posible decirles, que en la familia están fuera de él, nacidos de un concubinato según las expresiones del propio texto legal. Como sanción de carácter civil, la nulidad no perjudica a terceros (Proyecto art. 210). Como sanción de carácter penal, es antijurídico no respetar el principio esencial de la absoluta identidad entre el responsable y el castigado.

Acepta que se agraven las sanciones contra los padres, pero no apoya que se descargue sobre los hijos la culpa de aquéllos.

El doctor Lafaille señala que los comentaristas del Código español —el primero que sostuvo esta tesis— están, casi todos en contra de la conclusión de la ley. Sánchez Román, p. ej., le lleva un ataque a fondo. El argumento es muy fuerte; no es cuestión de logismo jurídico sino de consecuencias. Para los que sostienen el divorcio y la equiparación de los hijos naturales, adulterinos y legítimos, la solución indicada se acerca al límite como dijo el doctor Spota; pero para los que sostienen lo contrario y conceden lo que se puede y no más, dentro de un principio de sustentación de la familia, es una consecuencia demoledora. Véase, sino, lo siguiente: dos personas se unen

fuera de la ley porque no pueden unirse legítimamente, porque son, exagerando, dos hermanos y tienen hijos incestuosos o el caso de un hombre que cohabita con mujer casada y tiene hijos adulterinos. Esas personas procrean con una terrible sanción; pero, en cambio, si ellas ocurren ante el Oficial Público, engañándolo y contraen matrimonio, crean a la familia el privilegio de ser legítima. ¿Y cuándo hay más violación de la ética, en el primero o en el segundo caso? Los últimos, no se conforman con vivir al margen de la ley, la prostituyen tomándola como instrumento para llegar a un resultado absolutamente opuesto a sus fines.

El doctor Rayces manifiesta que dentro de los derechos que concede el Código vigente y muy especialmente el Proyecto a los hijos naturales y adulterinos, no ve que sea una desgracia tan grande el hecho de no tener la calidad de hijos legítimos, como para perturbar lo más serio que puede haber para nosotros dentro del concepto que se tiene de la familia. Ellos tienen la protección que acuerda la ley, tanto por las obligaciones de los padres como por la acción tutelar del Estado. Lo que no tienen son los privilegios que el Estado acuerda a la familia legítima; y se los acuerda a ésta, no porque tenga derechos adquiridos, por así decirlo, sino en cuanto conviene fortificar sus lazos y crearle incentivos, ya que ella constituye la base primordial de la sociedad. No debe, pues, hablarse de abandono del hijo natural o adulterino, porque no se le conceda graciosamente iguales privilegios que al legítimo; y en cuanto a la afirmación de que en este Código está el hijo de un matrimonio nulo por mala fe de los contrayentes equiparado al hijo natural, hace este raciocinio: es hijo natural el adulterino reconocido; el hijo de un matrimonio aparente, aunque sea nulo, es adulterino reconocido, luego es natural. Por eso decía que el hijo adulterino queda equiparado al natural por el juego de las disposiciones legales. Dentro de la solución que le agradaría, no ve inconveniente en que se suprima la parte que dice: "Los hijos serán ilegítimos", es decir, que deben ser considerados en todo caso como los naturales.

El doctor Galli, refiriéndose a lo expuesto por el doctor Rayces, reconoce que con la primera ponencia se mejora la situación de los hijos incestuosos o adulterinos, sin tener en

cuenta que todavía hay que agregar la mala fe de los padres. Contesta que tampoco puede ser argumento justo invocar un estado de manifiesta injusticia, cual es el del hijo adulterino o incestuoso, por más inevitable que resulte admitir el desfavor legal con que se los trata.

Y para demostrar que no es tan grave la enmienda, advierte que si el impedimento de ligamen o de consanguinidad no fuera conocido por uno de los contrayentes, el hijo sería legítimo, pese a la mala fe unilateral. Ninguna razón que de él dependa, puede invocar este hijo frente a los padres, los dos de mala fe, para ser él legítimo y el otro incestuoso o sacrilego, teniendo ambos el mismo vicio intrínseco en su filiación.

El doctor Lafaille repara que, en realidad, el argumento no es fuerte por este motivo: la ley se ha colocado en la situación de los descendientes de un matrimonio nulo. En un supuesto, hay buena fe de ambos contrayentes; en otro hay mala fe de los dos y en un tercero, que es mixto, uno es de buena fe y el otro de mala fe. Le ha dado la mejor situación al hijo porque en esta hipótesis lo declara legítimo. Cuando hay mala fe de los dos, cuando se pusieron de acuerdo para cometer, no ya un acto ilícito del derecho civil, sino un delito criminal, esas personas violan la ley y agravan su situación antisocial y antijurídica desde un principio. Por esa circunstancia, si las reglas de la nulidad se doblan en los dos primeros supuestos, no cabe hacerlo en el último, porque el argumento del interés de la prole cede ante el perjuicio social de la equiparación de esta unión falsa con la verdadera y de abrir una ancha puerta para suprimir las ventajas del casamiento legítimo. Habría también una injusticia, porque simular el matrimonio o al celebrarlo fuera de la ley estarían todos en situación más ventajosa que cuando los progenitores se hubiesen unido ilegítimamente, es decir, sin tal formalidad. Hay otra consideración colateral que se puede tener en cuenta: la mala fe no se presume; hay que probarla. En la vida real se ha visto con frecuencia que esto es difícil. Un individuo, v. gr., casado en Italia, se traslada a nuestro país y se casa nuevamente. La segunda mujer lo sabe; pero no se le puede probar tal conocimiento. Eso demuestra que la solución no resulta demasiado rigurosa.

El doctor Rey expresa que ha oído en esta sesión y en

anteriores, argumentos de diversa índole para justificar una posición y otra. Cree que los argumentos que puedan hacerse no modificarán el concepto de cada uno acerca de la familia legítima y de la ilegítima. Estima que bastantes concesiones se hacen en el Proyecto a favor de ese sentimiento de piedad que impulsa a ser excesivamente bondadoso con hijos que vienen al mundo sin culpa alguna de ellos. Considera, como dice el doctor Rayces, que tener una familia legítima es realmente un privilegio y dejará de serlo el día que se acepte esta proposición.

El doctor Spota repara que es de observar que la nulidad tiene efecto retroactivo con relación a los esposos de mala fe, pero no es posible que tal consecuencia lesione a los hijos inocentes. Además, ya no existe matrimonio, ni derechos ni obligaciones de esposos, ni, por ende, familia. Sólo media el estado de hijo ilegítimo, quien no debe sufrir las consecuencias de las violaciones a la ley cometidas por sus padres.

El doctor Rey insiste en que con esa proposición se llegaría a destruir la familia legítima.

El doctor Spota prosigue expresando que se ha hecho el argumento que más impresiona, de que al Estado le interesa la familia legítima. En realidad, a todos interesa que la familia legítima sea la realidad argentina. Pero, cabe aducir el siguiente argumento: el matrimonio putativo ha nacido del derecho canónico por ese sentimiento de piedad a que se refirió el doctor Rey sin darle el valor que merece. Cuando los dos esposos son de buena fe, el padre e hija que se casan sin conocer uno de ellos o ambos sus condiciones respectivas, engendran hijos legítimos. Y, sin embargo, ¿no existe una perturbación social con esa unión incestuosa, con prescindencia de los estados de ánimo individuales de los contrayentes? Medie o no buena fe, la sociedad sufre una situación que en toda forma ha querido evitar. Pero, por ese sentimiento de piedad, por esa apariencia de matrimonio, considera el Estado como legítimos a los hijos. Y ello debe suceder con prescindencia de la buena o mala fe de los padres. Sólo con respecto a los cónyuges debe tener efecto esa buena o mala fe, pero nunca con relación a quiénes, se podría decir, nada tienen que ver con el hecho de que los padres actuaron violando la ley, sabiendo o no que así lo hacían.

El doctor Lafaille señala que siempre se insiste con la falta de responsabilidad de los hijos en estos casos. No es culpa de estos haber nacido fuera del matrimonio, como no hay mérito en que formen parte de una familia legítima. Son motivos sociales, razones de orden superior, que determinan este resultado para impedir la demolición del matrimonio.

El doctor Rey expresa que conceder a los hijos de padres que contrajeron enlace de mala fe, la situación que se propone, es darles un premio a los padres mientras que la sanción que se debe imponer a los padres que cometen un acto en violación de la ley es la de que su hijo nunca pueda tener la situación de legítimo.

El doctor Lafaille expresa que debe tenerse en cuenta que el matrimonio putativo, ante el rigor de la ley sería nulo y los hijos ilegítimos. Se le considera, sin embargo, como si fuera válido y se les da a los hijos el carácter de legítimos cuando los contrayentes son de buena fe, aun en el caso que lo sea uno solo de ellos. Extender este beneficio excepcional al caso de que los dos procedan de mala fe, es excederse, sobre todo en vista de las consecuencias a que ello conduce.

El doctor Spota manifiesta que el doctor Rayces ha hecho una aclaración que, por su parte, no considera justa. El Proyecto, en efecto, no equipara los hijos incestuosos o adulterinos a los naturales y esto porque el art. 473 es, al respecto, categórico. En esas condiciones, el hijo puede llegar a ser adulterino o incestuoso y no natural. Sigue, además, entendiendo que en la realidad de nuestras costumbres la condición del hijo natural, adulterino o incestuoso, dista mucho de equiparse a la del legítimo.

Puesta a votación la moción del doctor Spota, es aprobada por los votos de los doctores Acuña Anzorena, Galli y el citado. Votan en contra los doctores Lafaille y Rayces. En consecuencia, se resuelve modificar el inc. 3º, del art. 395, en el sentido de que la declaración de invalidez del matrimonio nulo o anulable celebrado de mala fe por parte de ambos cónyuges, no tenga efecto con relación a los hijos habidos de ese matrimonio, los cuales serán legítimos.

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

Anulabilidad del matrimonio. Funciones del curador para pedirla (Art. 389, inc. 1º).

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

Separación de bienes. Régimen convencional. (Art. 404).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Ponencia del doctor Spota para que se agregue al art. 385 la cláusula de que el matrimonio se disuelve por el fallecimiento o por muerte presunta de uno de ellos. (Punto 5º del Orden del Día, considerado en la sesión del 20 de octubre ppdo.; sin resolución definitiva en razón de haber resultado empatada la votación correspondiente).

PUNTO 2º — (El 1º del anterior. Ver pág. 238).

PUNTO 3º — (El 2º del anterior. Ver pág. 239).

PUNTO 4º — (El 4º del anterior. Ver pág. 239).

REUNION N° 62

—Buenos Aires, diez y siete de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Dalmiro A. Alsina, Enrique V. Galli, Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y Carlos M. Vico.

CAPÍTULO VIII

De la disolución del matrimonio

Disolución con arreglo a la ley del domicilio conyugal. (Art. 385).

ARTÍCULO 385. — El doctor Vico dice que como no hay disposición de derecho internacional privado en el Proyecto de Código en lo que se refiere a la disolución del matrimonio, propone un agregado a este artículo que diga: "... o con arreglo a la ley del domicilio conyugal".

El doctor Lafaille expresa que en anteriores discusiones se llegó a considerar la conveniencia —para permitir la disolución de algunos matrimonios sin menoscabo de los principios— de establecer como regla para esta materia, en vez de la vi-

gente en el lugar de la celebración, la ley del domicilio conyugal. De manera que los cónyuges domiciliados en el extranjero, en un país que admitiera el divorcio absoluto, podrían obtenerlo válidamente de acuerdo a la ley argentina.

Se resuelve tener en cuenta la indicación del doctor Vico para tratarla en la próxima reunión y se pasa a considerar el Orden del Día.

ORDEN DEL DIA

PUNTO 1º — Se suspende su consideración.

CAPÍTULO IX

De los matrimonios nulos y anulables

PUNTO 2º — El doctor Lafaille manifiesta que este asunto ya ha sido discutido la vez pasada en forma amplia. Está relacionado, a su juicio, con la teoría general de la nulidad, con el ánimo de aunar en lo posible, los principios generales de la misma y los relativos a la nulidad del matrimonio. La Comisión Redactora no siguió exactamente el sistema del doctor Bibiloni, pues se apartó tanto de la ley actual como del Anteproyecto.

El doctor Vico dice que no ha asistido a la reunión anterior, pero ve, por el acta, que la proposición consiste en que el curador del insano declarado tal podrá pedir la nulidad del matrimonio.

El doctor Lafaille hace notar que el doctor Rayces planteó así la cuestión en su comienzo, pero luego derivó a otra. Bajo su aspecto originario se limitaba a considerar la conveniencia de que los representantes de esos incapaces, una vez declarados tales, pudieran alegar la nulidad. En el curso del debate se hizo el estudio conjunto de toda la materia de incapacidad por demencia declarada, no declarada, permanente o accidental y se vertieron diferentes opiniones que condujeron a distintas propuestas. Dentro de la ley vigente y del Proyecto, nos encontramos con esta situación: en el art. 85, inc. 1º, de la ley de matrimonio, la incapacidad a que se refiere el inc. 7º, del art. 339 proyectado (es decir, el impedimento de locura, sin distinguir si se trataba del demente

Anulabilidad del matrimonio. *Personalidad del curador para pedirlo.* (Art. 339, inc. 1º).

declarado o de hecho) daba lugar a que el acto se considerase anulable. Entonces, la Comisión Reformadora distinguió entre el insano reconocido por sentencia y el que no había sido juzgado; en el primer caso, el matrimonio es nulo y en el segundo, es anulable. Sobre este punto se hicieron varias indicaciones en la reunión anterior: el doctor Rey observó que era conveniente establecer que fuera nulo este acto cuando fuese realizado por una persona demente, aunque no declarada en juicio. Ya que la Comisión aceptaba que fuese nulo en el caso del demente declarado, podría resolverse lo mismo para el demente de hecho. Para eso había un argumento de arquitectura jurídica, y aun de cierto peso: cuando se trata de un demente no declarado se necesitan investigaciones de hecho; la declaración de nulidad, no podría entonces, producirse de pleno derecho.

El doctor Rey observa, con respecto a lo expresado por el doctor Lafaille, que su proposición concreta no es esa sino esta otra: que para demandar la declaración de nulidad del matrimonio de un demente no declarado, basta estar en condiciones de haberse podido oponer a la celebración del mismo. Es decir, que habría esta diferencia: siendo un caso de nulidad podría haber una declaración de oficio, pero aquí no podría existir esa declaración de oficio.

El doctor Lafaille señala que esa es una de las tantas sugerencias producidas en el curso de la controversia.

El doctor Galli dice que participa de la opinión del doctor Rey y propone el restablecimiento del régimen actual.

El doctor Lafaille indica que interpreta la moción del doctor Galli, en la forma siguiente: que descartando siempre al demente declarado, deberá para el no declarado restablecerse el régimen de la ley vigente.

El doctor Galli indica que, según cree, el doctor Rey planteó en la sesión anterior las tres situaciones: el supuesto de alteración transitoria, ya está previsto como caso especial; el del demente declarado tampoco ofrece dificultades. El problema queda circunscripto al matrimonio celebrado por un demente no declarado. A esta situación es que se refiere su adhesión. Lo que propone el doctor Rey está en todos los códigos, aunque con diferencia en la naturaleza del vicio.

En ellos el acto es nulo y en la ley argentina es anulable, pero el ejercicio de la acción se concede con la misma amplitud.

El doctor Rey expresa que no es un sistema tan rígido como el de Bibiloni, pero, en cambio, permite solucionar una situación como la que, por su parte, planteaba, que no tendría solución si no se dejare la acción de nulidad a las personas que pudieron oponerse al matrimonio. Así, ante una persona que está en su sano juicio y que se casa con un demente sabiendo que lo es, ¿quién puede pedir la anulación? Si la persona que lo contrajo estando cuerda sabía que su cónyuge era demente, no la puede pedir porque el Proyecto se lo impide. El cónyuge que es demente no la puede pedir mientras continúe en ese estado; ¿quién, entonces, podrá hacerlo? Y si se le agrega que esa persona cuerda podría haber celebrado el matrimonio con la intención de captación de los bienes del demente, se está ante una situación que no se puede salvar.

El doctor Lafaille admite que la proposición del doctor Rey presenta entre otras ventajas la siguiente: hay casos de individuos, tan dementes como los declarados y que no han sido llevados al juicio de interdicción. Esos individuos se casan y si se deja el punto sujeto a la acción de nulidad, vendría a crearse un estado incómodo para los propios contrayentes y aún para la prole. Es cierto que tal supuesto podría caer dentro de otra sanción, si la enfermedad fuera transmisible. Entonces se tiene que de acuerdo con la ponencia del doctor Rey, —si la interpreta bien—, el inc. 1º, del artículo 389, quedará así: “Cuando hubiera sido celebrado con el impedimento del inc. 8º, del artículo 339. La acción corresponderá a cualquiera de las personas que hubieran podido deducir oposición al matrimonio”. Siempre habría que decir que la anulación podría ser demandada por el cónyuge que lo celebró en dicho estado y además incluir lo que se refiere al esposo que hubiera ignorado que el otro cónyuge se encontraba en esas condiciones. Entonces se podría dar esta forma genérica: “... La demanda podrá ser deducida por el cónyuge que celebró el matrimonio en ese estado, por el otro contrayente que hubiere ignorado tal circunstancia y por las personas que pudieron deducir oposición”. Esa sería la moción del doctor Rey.

El doctor Rayces opina que si el cónyuge enfermo no reco-

bra el juicio, sólo al curador debe acordársele la facultad de demandar la nulidad del matrimonio. Aquellos que pudieron deducir oposición a este acto, si tienen interés en la anulación, que promuevan el juicio de insania para que se provea al incapaz de un representante legal.

El doctor Lafaille señala que la ponencia del doctor Rayces tiene el defecto de colocarse en la hipótesis posible, pero no forzosa, de que el insano de hecho siga viviendo, pero puede ser que fallezca. Entonces, como la acción de nulidad no puede ser deducida después de la muerte, podrían afectarse intereses legítimos, sobre todo cuando el matrimonio se realiza en forma subrepticia y por ello no es posible deducir, en su oportunidad, oposición. No ve un fundamento suficiente para que en este caso no se de la acción a las personas que pudieron oponerse, como lo hace el Código actual. Personalmente, no se apartaría de eso, pero siempre marcando bien que es un acto anulable y no nulo. Lo único que modificaría del Proyecto es la parte que parece limitar la iniciativa a los dos contrayentes.

El doctor Rey formula una observación a la proposición del doctor Rayces. Encuentra, por de pronto, que en el caso de que prosiga el matrimonio, por seguir viviendo el demente a quien se tratara de nombrar curador, por ley su curador será su esposa. Quiere decir, entonces, que en la hipótesis que planteaba, del que se casa con intención de captar los bienes de su cónyuge, para que no se le permita ser su curador tendrá que demostrarse que procede con malas intenciones, lo cual es muy difícil.

El doctor Lafaille indica que, como lo señala el doctor Rey, mientras no se declare la nulidad, el cónyuge ejercería la curatela.

El doctor Rayces sostiene que si se produjese un caso como éste no le cabe duda de que llevado al tribunal se nombraría curador a otra persona.

El doctor Lafaille observa que le nombraría un curador "ad litem", pero no privaría al esposo de la curatela legítima.

El doctor Rey prosigue manifestando que la segunda observación que hace a dicha proposición es aún más importante. Con el procedimiento expresado por el doctor Rayces, que cree más restringido que el propuesto por su parte, se va a

tener la misma o mayor amplitud, porque habría que empezar por pedir que se declarara la insania de este sujeto. Se sabe que la pueden pedir el cónyuge, los parientes, cualquiera del pueblo; es decir, que son más las personas que pueden pedir la declaración de demencia que las que pueden deducir oposición y como el fin de ese juicio de demencia será la designación de un curador que procurase la anulación del matrimonio, se va a permitir que cualquiera del pueblo pudiese pedir la nulidad.

El doctor Lafaille indica que la proposición del doctor Rayces y la que sustenta por su parte, junto con otros colegas, se acercan mucho; lo que no puede quedar es una acción de nulidad limitada a los propios contrayentes.

Agrega que se va a votar, primero, la moción del doctor Rayces en el sentido de que en el inc. 1º, del artículo 389, se establezca que la acción de nulidad corresponde al representante legal del incapaz.

El doctor Alsina pide se aclare si en caso de fallecimiento del incapaz se extinguiría la acción?

El doctor Rayces contesta afirmativamente.

El doctor Alsina manifiesta que, a su juicio, no tendría nada de inaceptable el hecho de que se necesitara el nombramiento del representante desde el momento que el cónyuge fuere incapaz; pero que la posibilidad de que la acción se extinga por fallecimiento del demente, no le convence porque pudiera mediar el interés, muy legítimo, de los hijos. Entiende que podría facultárseles, en vida del incapaz, para pedir el nombramiento del curador, que sería quien entablaría la acción de nulidad.

Puesta a votación, no se acepta la proposición del doctor Rayces.

El doctor Lafaille observa que corresponde votar ahora la del doctor Rey que tiende a que la acción se conceda a todos los que pudieran oponerse a la celebración del matrimonio, sin perjuicio de las personas a que se refieren los incisos 1º y 2º del artículo 389.

El doctor Alsina expresa que persiste en su punto de vista: en vida del incapaz debe ser por medio del representante que se le diere.

El doctor Lafaille pregunta: ¿y si no es declarado insano?

El doctor Alsina contesta que debería solicitarse la declaración de insania.

Resulta aprobada la moción del doctor Rey, debiéndose refundir los incisos 1º y 2º, del artículo 389.

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

PUNTO 3º — El doctor Lafaille indica que, para evitar equívocos, debe leerse en la redacción de este punto en el Orden del Día, “parte final” en vez de “segundo apartado”.

El doctor Galli observa que la moción del doctor Rayces no es la que se leyó, puesto que no incluye la referencia al Oficial Público incompetente.

El doctor Lafaille dice que es entendido, entonces, que la moción del doctor Rayces se circunscribe a la primera frase de la parte final del artículo. Se sabe que en el derecho francés existe este artículo en una forma más amplia, porque ni siquiera se habla de que haya existido el propósito doloso de sustraerse a oposición. Allá se dice que puede ser anulado el matrimonio por falta de publicidad y queda esto sujeto al criterio judicial.

El doctor Rey expresa que parece que en derecho francés se diera al juez una facultad que no se le da en el Proyecto.

El doctor Lafaille manifiesta que está alarmado por varios casos que se le han presentado, de matrimonios celebrados fuera de la Capital para cometer una serie de abusos contrarios a la ley, entre ellos algunos muy graves que han dado lugar a grandes pleitos, sea tratándose de menores, de personas privadas del discernimiento, o abusando de las circunstancias en forma que habría acarreado esa nulidad. No se puede negar que el régimen del matrimonio y de los impedimentos está basado en la publicidad y en la oposición; de suerte que, si no se establece una pena contra las personas que dolosamente eluden este contralor, se corre el riesgo de que el matrimonio esté abandonado a la buena fe de las partes o a las nulidades ulteriores, que vendrían a declararse o reconocerse después de los hechos consumados. Es decir que la política preventiva de los matrimonios ilegales fracasa radicalmente, si no se establece una sanción y que ésta debe ser la de nulidad que ya en el derecho canónico había sido instituída.

El doctor Alsina señala que la parte final del artículo 389 dice que regirá para los matrimonios anulables lo establecido en la segunda parte de los artículos 205 y 206. La segunda

parte del artículo 205 establece que en el acto anulable no podrá procederse de oficio y si tan solo a instancia de las personas designadas por la ley; quiere decir que tampoco está resuelto ese punto, en el artículo 205.

El doctor Galli formula igual observación.

El doctor Lafaille expresa que se debe considerar esta primera cuestión: ¿se admite o no que por el hecho de la clandestinidad, cuando ella tuvo los caracteres que señala el Proyecto, haya lugar a nulidad? Porque si esto no se admite, es inoficioso entrar a discutir cuáles son las personas que pueden deducirla. Si no se acepta esta sanción —que es la tesis del doctor Rayces— habría que buscar otra, como la de imponer penalidades al funcionario, lo cual le parece que revelaría cierta debilidad por parte del legislador. Lo difícil está en hallar esa nueva sanción.

El doctor Rey indica que ya en la reunión anterior dijo al respecto que le parecía excesiva la sanción de nulidad. En el Anteproyecto de Bibiloni se dice: “matrimonios celebrados cuando no se realizaren públicamente”. Parece que se refiere al acto de la celebración y en este caso podría ser la sanción excesiva pero no tan grave. Pero, es que aquí se dice: “matrimonio celebrado sin la publicidad necesaria”, incluyéndose otras circunstancias. Ello parece demasiado severo.

El doctor Lafaille dice que se debe ir a lo concreto. Supone que se formalizó el matrimonio subrepticamente ante un oficial público y que éste, de acuerdo con las partes o por ignorancia o impericia, omite la publicidad necesaria. De ese modo no se alegan los impedimentos ni se hacen las denuncias en que puede intervenir el ministerio público y entonces le imponen una multa al funcionario público cuando el mal ya está hecho. Nada se consigue pues; y cuando se reconoce que en el cumplimiento de esos requisitos está la base del régimen de fiscalización, es decir, el procedimiento preventivo, hay también que admitir la nulidad, sanción dura, pero necesaria.

El doctor Rey observa que si bien es cierto que hay que responsabilizar a las partes por no celebrarlo públicamente, se debe reconocer que no se las puede responsabilizar en esa forma tan grave porque el Oficial Público no haya cumplido con su deber.

El doctor Lafaille observa que la sanción procede siempre

que se demuestre el propósito doloso, y sabido es que tal prueba del dolo está lejos de ser fácil. Con lo dispuesto en el Proyecto se imprime una seriedad mayor al régimen de publicaciones, que actualmente no desempeña el papel que le corresponde. Hace cuatro siglos era más eficaz por medio de las amonestaciones que impuso el Concilio de Trento. La publicidad de nuestra ley es de suyo bastante pobre, y si, además de eso, se la deja sin sanción, permitiendo que los interesados se casen como quieran y donde quieran, se crea un matrimonio más indisoluble que el de la Iglesia y sin las garantías que ella consagraba.

El doctor Rayces dice que el argumento que se ha formulado por el doctor Lafaille, vinculándolo con la tendencia a sustraer las ocasiones de disolubilidad del matrimonio, es decir, a crear una indisolubilidad mayor del matrimonio que aquella que la tendencia moderna quisiera admitir, no le parece justo.

El doctor Lafaille observa que su argumento no es ese precisamente. Ha dicho que el régimen actual del matrimonio civil y el que se quiere crear con la supresión de esas causales de nulidad, es más duro que el matrimonio canónico, al que ha sustituido con la pretensión de mejorarlo. Ese matrimonio canónico era más inteligente y más humano que el nuestro; de manera que los que sostienen la indisolubilidad suministran argumentos a los adversarios, al colocarse en un terreno en que nunca quiso colocarse la Iglesia.

El doctor Spota expresa que votaría por el Proyecto, pero con la modificación que surgiría si se adoptara el Anteproyecto. Auspiciaba Bibiloni el establecimiento de una norma en cuya virtud el matrimonio resulta anulable cuando no se ha celebrado públicamente. Adhiere, así, el ilustre autor a la solución francesa en el sentido de que el Juez debe apreciar la falta de publicidad y si élla es causal suficiente de nulidad. Por su parte, aceptaría esa causal de anulabilidad del matrimonio, siempre que la pudieran invocar los esposos, porque el otro supuesto que trata de contemplar el artículo, es decir, de que se haya querido eludir el impedimento, ya tiene otra vía legal para hacerse valer. Se contemplaría, pues, esta situación: cuando ha habido la tendencia de ocultar el impedimento, eso se remedia alegando dicho impedimento, y la falta

de publicidad quedaría como causal independiente de anulabilidad que sólo podrían alegar los esposos.

El doctor Lafaille observa que ellos serían los propios causantes de tal nulidad.

El doctor Spota indica que podría limitarse al esposo no culpable. Bibiloni, en este sentido, dice que acepta el artículo 191 del Código francés, reformado, pero no en cuanto a las personas que puedan pedir la nulidad, ya que sólo puede reclamar la falta de publicidad el que sufrió la violencia, etc.

El doctor Alsina expresa que la clandestinidad debe tener una sanción independiente de cualquier otro impedimento, porque hace falta que haya publicidad para poder poner de relieve si hay impedimentos. De otro modo sería en la práctica como si estos últimos no existieren.

El doctor Galli pregunta si se contempla la posibilidad de un matrimonio clandestino sin impedimentos.

El doctor Alsina contesta que sucedería, en ese caso, lo siguiente: no se podría saber si el impedimento existe o no, precisamente por la clandestinidad con que se ha celebrado, salvo casos como el del menor de edad, en el cual parecería que esa incertidumbre no cupiese, porque la edad es algo que debe comprobar el Oficial Público.

El doctor Rey señala que ello ha ocurrido.

El doctor Lafaille indica que, por su parte, no habla en abstracto sino que lo hace después de conocer muchos casos de matrimonios celebrados en contra de la ley. El peligro está en que se abre una puerta demasiado amplia para el fraude.

El doctor Alsina observa que, prácticamente, la condición del propósito doloso disminuye mucho el alcance del artículo.

El doctor Lafaille contesta que hay que demostrar el dolo.

El doctor Rayces dice que sólo podrá probarse el dolo si existe impedimento y, en tal caso, éste es el que debe alegarse.

El doctor Lafaille recuerda que hay impedimentos que no producen nulidad.

El doctor Rayces observa que los impedimentos que no producen la nulidad, la sociedad no tiene interés en hacerlos funcionar.

El doctor Lafaille dice que la sociedad sí, tiene interés en establecer como causa de invalidez la falta de publicidad, cuando ella se produce maliciosamente. Este sistema tiende

a asegurar la efectividad de la publicidad y del régimen preventivo instituido por la ley para los impedimentos matrimoniales; y por ello aplica una pena severa, pero necesaria, cuando se demuestra que las partes, por un procedimiento doloso, se sustraen a la vigilancia creada por la ley.

El doctor Alsina señala que en casos como esos, es de presumir que hay impedimento.

El doctor Vico manifiesta que la sola clandestinidad es una fuerte presunción de dolo, porque nadie se casa clandestinamente sino cuando algo debe ocultar.

El doctor Rayces observa que, según ese criterio, la redacción del artículo debería ser en esta forma: “También será anulable el matrimonio celebrado sin la publicidad necesaria, salvo que se demuestre que no hubo dolo”.

El doctor Lafaille insiste en que el punto central de la votación es si se admite o no la nulidad de un matrimonio clandestino, en los casos señalados por el Proyecto.

Votan por el Proyecto los doctores Alsina, Lafaille y Vico y en contra los doctores Rayces, Spota y Galli, produciéndose un empate.

Anulabilidad.
Quiénes pueden
ejercer la acción.
(Art. 389, inc. 5º).

ARTÍCULO 389. — El doctor Galli dice que, antes de pasar al estudio de otro artículo, considera que debe analizarse la parte final del artículo 389, para resolver la situación que ya había planteado el doctor Alsina. El artículo 389 se refiere al régimen de anulabilidad del matrimonio y lo remite a lo dispuesto en los artículos 205 y 206, los cuales no acuerdan acción sino a las personas expresamente enumeradas en la ley. Respecto de los incisos 1º, 2º y 3º la especificación existe; en cambio, los incisos 4º y 5º no indican quiénes pueden ejercer la acción.

El doctor Lafaille explica que, con relación al error, violencia y dolo (inc. 4º del artículo 389) hay personas indicadas, pues en el régimen de los actos jurídicos se dice que sólo podrán ser alegados por las víctimas de dicho dolo, error o violencia. El inc. 5º es el único que podría prestarse a dificultades. Parece que es el otro cónyuge quien puede alegarla. Si se considera conveniente, se podría añadir, al final del inc. 5º, la frase: “La acción corresponde exclusivamente al otro cónyuge”.

Así se resuelve, a parte de considerar en la próxima reunión los demás puntos de la proposición del doctor Galli.

TITULO II

REGIMEN DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO

CAPÍTULO II

De la sociedad conyugal

PUNTO 4º — El doctor Spota manifiesta que ya ha dicho lo fundamental en sesiones pasadas. Lo único que puede agregar es que, leyendo el Código Civil mejicano, se halló ante un régimen de separación prudentemente establecido, ya que las convenciones matrimoniales no son del todo inmutables, puesto que si los esposos entienden que deben volver al régimen de la comunidad de bienes, pueden hacerlo, aunque ello ocurra durante el matrimonio. Con este sistema, del cual se tienen numerosos ejemplos en el derecho comparado, no cree que se perturbe el régimen común y legal de la familia argentina y, por otra parte, se tendrá la ventaja de acomodarla a las necesidades modernas, ante las cuales el legislador tiene el deber de no cerrar los ojos. No se trata del régimen común, que es el legal, sino que éste es un régimen convencional, un régimen especial, que solamente podrá pactarse antes de celebrarse el matrimonio.

El doctor Lafaille expresa que durante la sesión anterior, en que se expuso este argumento, observó que, con relación al Código presente, el Proyecto contiene innovaciones, que si no llegan a constituir un régimen de separación de bienes, se aproximan mucho a él, hasta permitir la administración disociada, por cláusula del contrato prenupcial. Reproduce cuanto dijo entonces y llama la atención a que, como se establece que toda sentencia de divorcio determina la disolución de la comunidad, los cónyuges divorciados vienen a tener un régimen legal de separación de bienes. Esto amplía considerablemente los cuadros actuales, que son estrechos. Si no mediaran estas reformas, hubiera votado la ponencia del doctor Spota, porque piensa que el régimen del Código es demasiado estrecho. Pero la solución del Proyecto es preferible, porque, con mayor elasticidad, escapa al reparo de quebrar la sociedad conyugal, no ya en la administración pero en los gananciales,

Separación de bienes. Régimen convencional. (Art. 404).

debilitando con ello la unidad de la familia que si tiene una base moral y física, reconoce también un fundamento económico. La regla casi absoluta en nuestro país es que la mujer se beneficia del trabajo del hombre: por ello dijo y repite ahora que la reforma se haría en perjuicio de la esposa al privarla de los gananciales, que forman su mayor recurso cuando enviuda. Aceptaría cualquier iniciativa para conceder mayor elasticidad a la administración disociada, pero manteniendo el concepto de que las utilidades y beneficios del matrimonio correspondan a la sociedad conyugal; es decir el régimen de la comunidad en los gananciales, que, a su juicio, es una de las bases para la unidad de la familia. Votará pues, por el Proyecto.

El doctor Rayces pregunta si ese régimen de la separación no es el anglo-sajón.

El doctor Lafaille contesta que también es el régimen legal italiano. En Italia, más semejante a nosotros, en cuanto a costumbres, que los pueblos anglosajones, es unánime la crítica en contra de este sistema.

El doctor Spota dice que se ha hecho referencia a la legislación italiana y debe manifestar que allí existe el régimen legal de la separación de bienes. Pero hay una gran diferencia entre lo propuesto por su parte y ese sistema de separación. La gran crítica que se hace al régimen legal italiano, consiste en que, cuando el matrimonio se disuelve por muerte del marido, la mujer queda desamparada, porque sólo tiene una parte del haber y en calidad de usufructo. Ahora, como los bienes se adquieren a nombre del esposo, ella quedará despojada y dependerá de los parientes del esposo si no existen hijos. Pero, en el sistema que se propone, la sucesión entre esposos no sufre modificaciones. Además, ese sistema permite a una esposa activa, industriosa, que no se vea perturbada por un marido que no cumple sus obligaciones y que, en caso de divorcio, no se encuentre precisada a dividir bienes con quien ha dado causa al divorcio, v. gr., por adulterio.

El doctor Lafaille expresa que en sus clases preconizaba la necesidad de establecer el régimen de la separación de bienes como subsidiario; pero, las normas propuestas en 1936, que establecen la separación en la administración disociada, salvan la rigidez de nuestro Código, sin prestarse a las graves

objecciones que levanta la separación de bienes. Entonces cabe preguntar: ¿si está o no garantizada la mujer y el marido con la separación de la administración que se hace en apoyo de la mujer? ¿Es necesaria la separación de bienes?

Puesta a votación la ponencia del doctor Spota en el sentido de que en las capitulaciones prenupciales se establezca no solamente la administración o la reserva de ésta a que se refiere el inc. 3º, del art. 399, sino la separación de bienes, resulta aprobada con los votos en contra de los doctores Lafaille y Galli.

CAPÍTULO II

De la sociedad conyugal

§ 1. — PRINCIPIO DE LA SOCIEDAD, APORTES Y HABER SOCIAL.

ARTÍCULO 407. — El doctor Galli formula indicaciones sobre artículos que ya han sido leídos en sesiones anteriores. Expresa que cuando reinició su asistencia con el estudio de la materia en consideración, se encontró con que en el art. 407 que habla de los bienes que no corresponden a la sociedad conyugal, se omite el supuesto contemplado en el art. 1270 del Código Civil vigente y que Bibiloni reproduce, según el cual no corresponde a la sociedad conyugal el derecho de usufructo que se consolida con la nuda propiedad.

El doctor Lafaille explica que el art. 1270, Cód. cit., y los otros son meramente ejemplificativos. En el Proyecto está consignada en varios preceptos y en especial en el inc. 1º, del art. 407. En ese inc. 1º, aparece lo del usufructo. Siguiendo el sistema de innovar lo menos posible, se han mantenido ciertas normas del Código y se han suprimido algunas por parecer obvia la consecuencia, entre ellas la concerniente al usufructo.

El doctor Galli dice que si se considera que el supuesto ha sido previsto, no hay nada en discusión.

El doctor Lafaille indica que está comprendido en el inc. 1º, del art. 407. Podría, sin embargo, consignarse su observación para ser resuelta en la reunión próxima. Así se decide.

PROPIEDAD INTELECTUAL, MARCAS, PATENTES, ETC. — El doc-

Derecho de usufructo. (Art. 407).

Propiedad intelectual, marcas de fábrica, etc.

tor Spota expresa que se podría volver a estudiar el problema de que se ocupa Bibiloni en materia de propiedad intelectual, marcas de fábrica, patentes, etc., a los efectos de determinar su condición, o sea, si son o no bienes propios.

El doctor Lafaille señala que según el sistema de la Comisión, todo lo relativo a la propiedad intelectual no debe estar comprendido en el Código Civil y por eso ha sido eliminado.

Se resuelve analizar en la reunión próxima la indicación del doctor Spota para que se considere la solución a propiciarse en el caso de marcas de fábrica, patentes de invención y propiedad intelectual y si es conveniente sostener la tesis del doctor Bibiloni.

Frutos. Productos.
(Art. 409, apart. 2,
inc. 3°).

ARTÍCULO 409, INC. 3° — El doctor Galli considera que debe aclararse el inc. 3°, del art. 409, 2° apartado, cuando dice: “Los productos de otra clase se registrarán por las disposiciones sobre el usufructo”, a efectos de precisar el significado de “los productos de otra clase”, con lo cual procura evitar interpretaciones que fuerzan el propósito del legislador.

El doctor Lafaille indica que ciertos productos están equiparados a los frutos: los cortes de bosques y canteras, desde el punto de vista jurídico, son considerados frutos. En cuanto a la expresión “con otra clase” conviene en que puede prestarse a dudas y cree que es un trasunto de la tecnología alemana. Convendría mantener la diferencia específica entre los frutos y productos. Se podría eliminar esa expresión y dejar el apartado en esta forma: “Los productos se registrarán por las disposiciones del usufructo”. Así se resuelve.

Bienes gananciales.
(Art. 409, inc. 5°).

ARTÍCULO 409, INC. 5° — El doctor Galli propone se suprima la última parte del inc. 5°, del art. 409, que dice: “... de otro matrimonio”. Considera que introduce una limitación injusta.

El doctor Lafaille cree que esta disposición aclara bien que, tratándose tanto de hijos naturales como de hijos de segundas nupcias, corresponde el usufructo a los padres; pero, para evitar inconvenientes, participa de la ponencia del doctor Galli. Se la podría enunciar así: “Ponencia del doctor Galli para que se suprima, en el inc. 5°, del art. 409, la expresión: «... de otro matrimonio» que puede dar lugar a confusión sobre todo por lo que se refiere al usufructo de los hijos ilegítimos reconocidos”.

ARTÍCULO 410. — A proposición de los doctores Vico y Lafaille se resuelve que la expresión: "...o del marido...", debe ser sustituida por "...o de cualquiera de los cónyuges...".

Bienes que se presumen gananciales. (Art. 410).

ARTÍCULO 411. — El doctor Spota dice que se podría considerar la conveniencia de agregar a este artículo el párrafo propuesto por Bibiloni, a los efectos de autorizar a cualquiera de los esposos la confección del inventario.

Bienes propios. Inventario. (Art. 411).

El doctor Lafaille pregunta si al comienzo de la sociedad conyugal.

El doctor Spota contesta que no, en cualquier momento de la existencia de ella.

Queda planteada la cuestión.

§ 2. — Cargas de la sociedad

ARTÍCULO 412, INC. 1º — Se considerará en la reunión próxima la sugestión del doctor Galli para que el inc. 1º, del art. 412 se extienda a los hijos de cualquiera de los cónyuges aunque fueran ilegítimos y a las prestaciones alimentarias sin distinción de beneficiarios.

Extensión de las prestaciones alimentarias. (Art. 412, inc. 1º).

ARTÍCULO 412, INC. 2º — A solicitud de varios miembros de la Sección, se resuelve estudiar si conviene mantener en el inc. 2º, del art. 412 la doble expresión de "reparación" y "conservación".

"Reparación" y "conservación". (Art. 412, inc. 2º).

ARTÍCULO 412, INC. 5º — El doctor Alsina pregunta cuál es la situación contemplada por este inciso.

Inversión del precio. Prueba. (Art. 412, inc. 5º).

El doctor Lafaille contesta que es un caso corriente: el marido que administra y vende un bien de su aporte. Si el precio está invertido en otro bien de la masa, conserva su calidad originaria, pero si ese dinero entra en la caja de la administración, se le debe su importe.

El doctor Alsina señala que la parte final del inciso dice: "cuyo importe no se empleare en la adquisición de otro de la misma calidad". Supone el caso de que el marido venda un bien propio y gaste el importe del precio obtenido en vez de invertirlo en beneficio de la sociedad conyugal. ¿Por qué va a ser una carga de la sociedad conyugal, si él no lo invirtió sino que lo gastó en su provecho exclusivo? De manera que el pensamiento del artículo debiera aclararse.

Queda planteado el punto.

Pago con dinero de su propio peculio. (Art. 412, inc. 6°).

ARTÍCULO 412, INC. 6° — El doctor Spota expresa que quizá convenga aclarar el inc. 6° tal como lo propone el doctor Bibiloni, en el sentido de que debe tratarse de un pago que hace uno de los esposos con su propio dinero.

El doctor Lafaille expresa que si se cree necesario decir eso, no hay inconveniente; pero parece obvio, a menos de que se estime que a lo pagado por uno de los esposos hay que agregarle: “De su propio peculio”.

El doctor Spota dice que le llamó la atención que el doctor Bibiloni considerara necesario establecer eso.

El doctor Lafaille manifiesta que si lo pagó como representante de la sociedad conyugal no lo pagó él.

El doctor Spota indica que no insiste.

Juego. Juegos prohibidos. (Art. 412, inc. 7°).

ARTÍCULO 412, INC. 7° — El doctor Spota pregunta por qué no se lo considera como obligaciones propias de cada esposo.

El doctor Lafaille repara que hay que tener presente que si lo que ingresa por esos hechos, beneficia a la sociedad conyugal, entonces, lo que pierde el marido o la mujer debe perjudicarla.

Se resuelve considerar la indicación del doctor Spota para pronunciarse acerca de si lo ganado o perdido por juego, apuestas y lotería debe ingresar en el activo o en el pasivo de la sociedad conyugal.

A raíz de una moción del doctor Galli se decide que en caso de mantenerse las disposiciones actuales, se considere si en ellas están comprendidos o no los juegos prohibidos.

Defensa de los esposos demandados. Gastos. (Art. 412, inc. 10°).

ARTÍCULO 412, INC. 10. — Se resuelve aceptar una proposición del doctor Vico de que se haga constar que es: “cualquiera de los cónyuges” en vez de: “la esposa”.

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1° — El 1° del anterior (ver pág. 258); sin resolución definitiva en razón de haber resultado empatada la votación correspondiente.

PUNTO 2º — Moción del doctor Vico a fin de que se agregue al art. 385 la expresión “o con arreglo a la ley del domicilio conyugal”.

PUNTO 3º — (El 3º del anterior. Ver pág. 258). Sin resolución definitiva por haber resultado empatada la votación.

PUNTO 4º — Moción del doctor Spota para que se considere la solución a propiciarse en el caso de marcas de fábrica, patentes de invención y propiedad intelectual; y si es conveniente sostener la tesis del doctor Bibiloni.

PUNTO 5º — Proposición del doctor Galli para que se suprima en el inc. 5º, del art. 409, el agregado “de otro matrimonio” que puede dar lugar a confusión, sobre todo por lo que se refiere al usufructo de los hijos ilegítimos reconocidos.

PUNTO 6º — Moción del doctor Spota referente al art. 411 para que se considere si conviene restablecer la disposición proyectada por el doctor Bibiloni en el sentido de que en cualquier momento uno de los cónyuges puede solicitar la formación de inventario.

PUNTO 7º — Indicación del doctor Galli para que el inc. 1º, del art. 412 se extienda a los hijos de cualquiera de los cónyuges, aunque fueran ilegítimos, y a las prestaciones alimentarias, sin distinción de beneficiarios.

PUNTO 8º — A indicación de varios miembros de la Sección considerar si conviene mantener en el inc. 2º, del art. 412, la doble expresión de “reparación” y “conservación”.

PUNTO 9º — Proposición del doctor Alsina, acerca del inciso 5º, del art. 412, para que se haga constar que deberá probarse la inversión del precio del bien propio enajenado en beneficio de la sociedad conyugal.

PUNTO 10º — Indicación del doctor Spota, acerca del inc. 7º, del art. 412, para que se considere si lo ganado o perdido por juego, apuestas o lotería, debe ingresar a la sociedad conyugal o ser carga de la misma.

PUNTO 11º — Indicación del doctor Galli con respecto al inc. 7º del art. 412, para que se considere, en el caso de mantenerse las disposiciones actuales, si ellas comprenden o nó los juegos prohibidos.

Disolución con arreglo a la ley del domicilio conyugal. (Art. 385).

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

Propiedad intelectual, marcas de fábrica, etc.

Bienes gananciales. (Art. 409, inc. 5º).

Bienes propios. Inventario. (Art. 411).

Extensión de las prestaciones alimentarias. (Art. 412, inc. 1º).

“Reparación” y “conservación”. (Art. 412, inc. 2º).

Inversión del precio. Prueba. (Art. 412, inc. 5º).

Juego. (Art. 412, inc. 7º).

Juego prohibido. (Art. 412, inc. 7º).

REUNION N° 63

—Buenos Aires, veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Enrique V. Galli, Alejandro Rayces y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

Disolución del matrimonio. Ley del domicilio conyugal. (Art. 386).

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2°).

Propiedad intelectual, marcas de fábrica, etc.

PUNTO 1° — Se posterga este punto por no estar presente ninguno de los miembros de la Sección en condiciones de desempatar la votación realizada acerca del mismo.

PUNTO 2° — A proposición del doctor Vico, se resuelve sustituir el texto del art. 386 por el siguiente: “La ley del domicilio conyugal rige la disolución del matrimonio”.

El doctor Rayces formula la salvedad de que no sigue el principio, que se ha acogido, hasta sus extremas consecuencias, ya que considera que en nuestro país conviene, no obstante la lógica de dicho principio, mantener el art. 386 del Proyecto de Reforma o sea, que la disolución en el extranjero de un matrimonio celebrado en la República, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse *en el país*.

PUNTO 3° — Se posterga por la misma razón que el Punto 1°.

CAPÍTULO II

De la sociedad conyugal

§ 1. — PRINCIPIO DE LA SOCIEDAD, APORTES Y HABER SOCIAL.

PUNTO 4° — El doctor Spota considera que los fundamentos dados por el doctor Bibiloni son suficientes para poner de relieve la necesidad de que los productos de la inteligencia, las patentes de invención y las marcas de fábricas o comercio, deben ser bienes propios de los que los han creado; los frutos de los mismos, en cambio, son gananciales. Esa distinción la estima lógica y entiende que debe adoptarse. Por último, hace presente que es en el Código Civil y no en las leyes especiales —tal como lo entendió la Comisión Reformadora— donde debe establecerse la condición jurídica de dichos bienes en lo

que atañe a los regímenes matrimoniales. En concreto, expresa que debe agregarse un inc. 6º al art. 407 en cuya virtud se establezca que no son bienes gananciales “los derechos de autor, las patentes de invención y las marcas de fábrica o comercio, aunque se hayan realizado u obtenido después de la celebración del matrimonio”.

El doctor Rayces estima aceptable la ponencia en lo que respecta a los derechos de autor y a las patentes de invención. Pero, en lo referente a la marca de fábrica, que es un bien que adquiere su valor por actividades desarrolladas durante el matrimonio, considera dudoso que se lo califique de bien propio.

El doctor Vico hace notar que siempre tiene la marca un sello personal, no en el grado del invento, pero sí mucho mayor que los demás bienes que corresponden a los gananciales de la sociedad conyugal y que se obtienen con las actividades comunes. Cuando se trata de una marca, interviene un conjunto de habilidades especiales relativas a la misma que no llegan a igualar el trabajo personalísimo que pone la mente humana en el invento, pero que se acercan a ello. Es, agrega, una cuestión de matiz.

El doctor Lafaille observa que la fuerte argumentación del doctor Bibiloni, se refiere principalmente a los derechos de autor. Sobre eso —expresa— no hay duda, pues es un aporte personal del cónyuge, como si se tratara de un inmueble. Podrían aducirse motivos semejantes en cuanto a las patentes de invención. No aparece ya tan claro el punto en lo que atañe a las marcas de fábrica o de comercio y merecería estudiarse.

Se resuelve aceptar la ponencia en lo que atañe a los derechos de autor y patente de invención, quedando en suspenso la consideración de las marcas de fábrica o comercio.

PUNTO 5º — El doctor Galli funda su ponencia, haciendo notar que el inc. 5º, del art. 409 reproduce el art. 1272, inc. 5º, del Código vigente, el cual se explicaba mientras subsistió el concepto del Código sobre patria potestad, referido en el art. 264 exclusivamente a los hijos legítimos, incluyendo el usufructo de sus bienes. Como después de la ley 10.903 y aun dentro del Proyecto, los padres tienen el usufructo de los

Bienes gananciales.
(Art. 409, inc. 5º).

bienes de sus hijos ilegítimos, no se justifica la limitación a los bienes de los hijos de matrimonio anterior.

Bienes propios. Inventario. (Art. 411).

PUNTO 6° — El doctor Spota indica que su ponencia constituye una medida de precaución que está dentro del espíritu del Proyecto, que acogió Bibiloni y que se ha sancionado en el Código alemán, tal como lo señala el autor del Anteproyecto.

Se resuelve aceptar la proposición del doctor Spota que se agregará dentro del primer párrafo del Capítulo II ("De la sociedad conyugal").

§ 2. — Cargas de la sociedad

Extensión de las prestaciones alimentarias. (Art. 412, inc. 1°).

PUNTO 7° — El doctor Lafaille señala que en la moción del doctor Galli se propone una doble reforma: cuando se habla de los hijos habidos en matrimonio anterior por uno de los cónyuges, se debe decir, simplemente: "...los hijos habidos por uno de los cónyuges..."; y en cuanto a los alimentos que cualquiera de ellos deba suministrar a sus ascendientes, que se suprima la parte de "a sus ascendientes".

El doctor Galli considera que hay un simple traslado inadvertido del actual art. 1275, inc. 1° a través de Bibiloni, quien tampoco se detuvo en él (t. V, pág. 218).

La disposición vigente es concordante con los arts. 264 y 287, que se refieren a la patria potestad sobre hijos legítimos y al usufructo sólo de sus bienes y no al de los de los hijos naturales (art. 336). La ley 10.903 y el Proyecto (art. 491) extienden la patria potestad a cualquier hijo menor y se concede a los padres el usufructo, sin condicionar que el hijo sea legítimo (art. 505). El art. 504 (2° párrafo) contempla en forma expresa, el caso de usufructo por parte de padres ilegítimos. Y en cuanto a la limitación a los ascendientes del deber de prestar alimentos, nuestros comentaristas han criticado el texto actual que se reproduce literalmente en el Proyecto. Segovia considera injusta la exclusión de los demás descendientes legítimos (t. I, nota 79 al art. 1276). Sigue al Código chileno que los incluye sin limitación (art. 1740, inciso 5°). Machado es más amplio, pues se refiere también a los hermanos indigentes (t. III, pág. 640). Es con ese criterio de latitud, que se propone la reforma del artículo en discusión. La carga de los alimentos en toda la extensión que la ley

los reconoce, gravitando sobre el haber de la sociedad conyugal, dará más cohesión y unidad a la familia.

El doctor Lafaille entiende que, en cuanto a la segunda parte de la reforma, hay alimentos que se pueden prestar a personas que no son ascendientes; tal como acaece con colaterales, y no parece justo que, en ese caso, no vengan a ser cargas de la sociedad, cuando en el hecho lo son. Si uno de los cónyuges debe satisfacer alimentos, el otro contribuye por solidaridad. Esto estrecha los vínculos de familia.

El doctor Vico formula la siguiente salvedad en cuanto a la primera parte de la reforma que se diga: “Los hijos habidos por uno de los cónyuges antes del matrimonio”, porque sería un agravio al otro cónyuge que uno de los dos tuviera hijos adulterinos durante el matrimonio y que su alimentación fuera a cargo de la sociedad conyugal del burlado. Cree que no es lo más moral.

Se acepta la moción del doctor Galli con la aclaración formulada por el doctor Vico.

PUNTO 8º — El doctor Spota considera que los gastos de reparación pueden ser de mayor volumen que los de conservación. Los últimos, es decir los de conservación, se producen aun cuando no haya desperfectos en sí mismo; es algo que entra dentro de la administración a pesar de que no existe el deterioro y en cambio la reparación denota ese desperfecto. Agrega que el distingo, si alguna vez resulta sutil, no por ello debe dejar de hacerse. De ahí que estime que no debe reformarse el inc. 2º, del art. 412.

“Reparación” y
“conservación”.
(Art. 412, inc. 2º).

El doctor Lafaille observa que los actos de conservación que son corrientes y los de reparación, que representan un grado mayor, están dentro de la administración. Por eso estima que debe hablarse de ambos. En el peor de los casos, añade, podría decirse que es un ripio, lo cual, en verdad, no sería exacto.

Se resuelve dejar subsistente la redacción actual del inc. 2º, del art. 412.

PUNTO 9º — Con respecto al inc. 5º, del art. 412, el doctor Rayces expresa que le parece más aceptable, más correcta, la terminología empleada por el doctor Bibiloni, que es la siguiente: “Lo adeudado a uno de los esposos por valor de un bien enajenado *que quedó en la masa social...*”.

Inversión del precio. Prueba. (Art. 412, inc. 5º).

El doctor Lafaille observa que esa redacción del doctor Bibiloni puede dar lugar a dificultades sobre todo en cuanto a la prueba. Propone que se modifiquen así los términos pertinentes del inciso: "... de un bien suyo enajenado, cuyo importe no se hubiera invertido en la adquisición de otro bien propio", a fin de aclarar las expresiones: "de la misma calidad".

Se acepta lo propuesto por el doctor Lafaille.

Juego. (Art. 412, inc. 7º).

PUNTO 10º — El doctor Spota manifiesta que los principios establecidos en el inc. 8º del art. 409 y en el inc. 7º del art. 412, son lógicos dentro de la construcción jurídica del Proyecto y son los del Código Civil. Añade que quizá convendría no referirse en el Proyecto de Código Civil a esta materia, siguiendo así el ejemplo de los códigos más modernos. Se aplicarían, entonces, los principios generales sobre el particular para decidir la condición jurídica de lo adquirido o perdido por don de la fortuna. Sin embargo, no dejaría de ser digno de reflexión si media o no ventaja que esas adquisiciones revistieran el carácter de bienes propios y las pérdidas no fueran cargas de la sociedad a fin de que un esposo, con su conducta de dilapidación, no lesionare el patrimonio del otro o los gananciales que administrase.

El doctor Lafaille hace notar que la ley se refiere a los juegos permitidos y no a los prohibidos que en el mismo Código están sujetos a un régimen diverso.

Juego prohibido. (Art. 412, inc. 7º).

Se resuelve modificar el inc. 7º, del art. 412.

PUNTO 11º — Desiste de su moción el doctor Galli.

§ 3. — De los bienes de la mujer

Depósito de los dineros de la mujer menor. Concordancias con disposiciones sobre menores emancipados. (Art. 413).

ARTÍCULO 413. — El doctor Galli sugiere se examine la concordancia del art. 413 con los correlativos sobre menores emancipados, especialmente el art. 561.

Retiro de los dineros de la menor. (Art. 414).

ARTÍCULO 414. — Propone el doctor Galli que se haga extensiva su observación anterior al art. 414 con el agregado de que se suprima la parte final que dice: "quien podrá disponer de los intereses".

Responsabilidad de la sociedad y del cónyuge que administra. (Art. 416).

ARTÍCULO 416. — Propone el doctor Vico, que en el artículo 416, en vez de: "... el marido que administre", se esta-

blezca: “el cónyuge que administre”, y en lugar de: “responderán a la mujer” se determine: “responderán al otro”.

ARTÍCULO 417. — Sugiere el doctor Vico que, al final del art. 417, se aclare en forma de que no se preste a dudas, a qué bienes gananciales puestos a nombre de la mujer, pudieran figurar como propios.

Bienes propios de la mujer. (Art. 417).

CAPÍTULO III

Administración de la sociedad conyugal

§ 1. — De la administración del marido

ARTÍCULO 419, INC. 1º — Sugiere el doctor Spota que se examine la conveniencia de seguir el régimen preconizado en el Anteproyecto, de que para la enajenación de cualquier bien de la sociedad conyugal se requiera la conformidad de ambos cónyuges.

Conformidad de ambos cónyuges para la enajenación de bienes. (Art. 419, inc. 1º).

ARTÍCULO 420. — Sugiere el doctor Galli que se puntualice, en el art. 420, que los actos regulares de administración que el mismo contempla, son los relativos a bienes propios de la esposa y no gananciales de la sociedad conyugal. Hace moción el doctor Spota, respecto al art. 420, de que se autorice a la mujer para oponerse a los actos irregulares del marido a que se refiere el art. 418. Hace, también, indicación el doctor Spota para que en el mismo artículo se establezca que los actos regulares de administración del marido no obligan a los bienes propios de la mujer ni a los gananciales que administre, sin perjuicio de la responsabilidad de aquélla por los gastos de hogar y por las cargas enumeradas en los incs. 1º, 2º, 4º, 9º y 10º del art. 412.

Actos que obligan a la esposa. Bienes propios de la mujer. (Art. 420).

Actos irregulares del marido. Oposición de la mujer. (Art. 420).

Actos regulares del marido. Limitación de la responsabilidad de la mujer. (Art. 420).

ARTÍCULO 421. — Sugiere el doctor Galli que se aclare, concordando el art. 421 con otras reglas, que la mujer responde también con su patrimonio propio de las obligaciones contraídas por ella dentro de los límites que la ley autoriza. A este respecto, sugiere el doctor Vico que podrá salvarse la dificultad estableciéndose en el primer renglón del art. 421: “Los bienes del marido y los comunes”, en lugar de: “Los bienes de los cónyuges y los comunes”...

Obligaciones contraídas por la mujer después del matrimonio. Patrimonio propio. (Art. 421).

Responsabilidad del marido por las obligaciones de la esposa autorizada. (Art. 422).

Facultades del curador extraño. (Art. 424).

Bienes administrados por la mujer. Herencia, legado o donación. (Art. 425, inc. 3º).

Bienes administrados por la mujer. Usufructo legal. (Art. 425, inc. 5º).

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 345).

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

Propiedad intelectual, marcas de fábrica, etc.

Depósito de los dineros de la menor. Concordancias con disposiciones sobre menores emancipados. (Art. 413).

Retiro de los dineros de la menor. (Art. 414).

Responsabilidad de la sociedad y del cónyuge que administra. (Art. 416).

Bienes propios de la mujer. (Art. 417).

ARTÍCULO 422. — El doctor Lafaille observa que en este artículo sería conveniente que la palabra “autorización” fuera sustituida por “conformidad”. Así se resuelve.

ARTÍCULO 424. — Sugiere el doctor Vico que se examine si conviene dar al curador que reemplaza al esposo, las mismas facultades que a éste le competen, o si conviene restringirlas.

§ 2. — De los bienes administrados por la mujer

ARTÍCULO 425, INC. 3º — Sugiere el doctor Spota que se suprima desde la palabra “siempre”.

ARTÍCULO 425, INC. 5º — El doctor Lafaille, con respecto al art. 425, inc. 5º, señala que en lugar de decir: “... habidos en un matrimonio anterior”, podría decir: “... habidos antes del matrimonio” de acuerdo a lo ya resuelto en esta misma sesión. Así se resuelve.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 1º del anterior. Ver pág. 274). Sin resolución definitiva en razón de haber resultado empatada la votación correspondiente.

PUNTO 2º — (El 3º del anterior. Ver pág. 275). Sin resolución definitiva por haber resultado empatada la votación.

PUNTO 3º — (El 4º del anterior. Ver pág. 275).

PUNTO 4º — Indicación del doctor Galli para que se examine la concordancia del art. 413 con los correlativos sobre menores emancipados, especialmente el 561.

PUNTO 5º — Se hace extensiva la observación del doctor Galli al art. 414, con el agregado de que se suprima “quien podrá disponer de los intereses”.

PUNTO 6º — Respecto al art. 416, el doctor Vico propone las siguientes modificaciones: en lugar de “el marido que administre”: “el cónyuge que administre”; y en vez de “responderán a la mujer”: “responderán al otro”.

PUNTO 7º — Indicación del doctor Vico, acerca del final del art. 417, para que se aclare, en forma de que no se

preste a dudas, qué bienes gananciales puestos a nombre de la mujer, pudieren figurar como propios.

PUNTO 8º — Moción del doctor Spota, respecto al inc. 1º del art. 419, de que se examine la conveniencia de seguir el régimen preconizado en el Anteproyecto en el sentido de que para la enajenación de cualquier bien de la sociedad conyugal se requiera la conformidad de ambos cónyuges.

Conformidad de ambos cónyuges para la enajenación de bienes. (Art. 419, inc. 1º).

PUNTO 9º — Proposición del doctor Galli para que, en el art. 420, se puntualice que los actos regulares de administración que el mismo contempla, son los relativos a bienes propios de la esposa y no gananciales de la sociedad conyugal.

Actos que obligan a la esposa. Bienes propios de la mujer. (Art. 420).

PUNTO 10º — Con respecto al art. 420, ponencia del doctor Spota en el sentido de que se autorice a la mujer para oponerse a los actos irregulares del marido a que se refiere el art. 418.

Actos irregulares del marido. Oposición de la mujer. (Art. 420).

PUNTO 11º — Indicación del doctor Spota para que en el art. 420 se establezca que los actos regulares de administración del marido no obligan los bienes propios de la mujer ni los gananciales que administre.

Actos regulares del marido. Limitación de la responsabilidad de la mujer. (Art. 420).

PUNTO 12º — Indicación del doctor Galli, en lo relativo al art. 421, para que se aclare, concordando dicho artículo con otras reglas, que la mujer responde también con su patrimonio propio de las obligaciones contraídas por ella, dentro de los límites que la ley autoriza. A este respecto el doctor Vico sugiere que podría salvarse la dificultad diciendo en el primer renglón: “los bienes del marido y los comunes” en vez de: “los bienes de los cónyuges y los comunes”.

Obligaciones contraídas por la mujer después del matrimonio. Patrimonio propio. (Art. 421).

PUNTO 13º — Moción del doctor Vico, respecto del artículo 424, para que se examine si conviene dar al curador que reemplaza al esposo las mismas facultades que a éste le competen, o si corresponde restringirlas.

Facultades del curador extraño. (Art. 424).

PUNTO 14º — Proposición del doctor Spota para que en el inc. 3º, del art. 425, se suprima la segunda parte, desde la palabra “siempre”.

Bienes administrados por la mujer. Herencia, legado o donación. (Art. 425, inc. 3º).

REUNION N° 64

—Buenos Aires, siete de diciembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

CAPÍTULO II

De la sociedad conyugal

§ 1. — Principio de la sociedad, aportes y haber social.

PUNTOS 1° Y 2° — Se postergan.

Propiedad intelectual, marcas de fábrica, etc.

PUNTO 3° — El doctor Spota expone las opiniones de autores como Mario Rotondi, quien en sus “Lezione di diritto industriale”, Padua, 1935, pág. 163, parágrafo 62, estima que las marcas forman parte integrante del establecimiento mercantil y corresponde al titular de éste como un derecho accesorio. De un modo semejante, otro autor —Gaetano Finocchiaro, “Sistema di diritto industriale”, Padua, 1932, t. I, págs. 70-2, núm. 43— expresa que no es posible tutelar la marca y el nombre comercial separadamente del fondo de comercio que les da valor y razón de ser. Otros tratadistas, en cambio, ven en la marca un objeto de propiedad, ya considerándola —v. gr. Picard— un bien intelectual, o, en cambio, entendiéndola —como Kölher— que se trata de un bien inmaterial. Al respecto, entre nosotros Breuer Moreno, “Tratado de marcas de fábrica y comercio” (Buenos Aires, 1937, pág. 19, núm. 18), hace notar que la ley nacional 3975 denomina al derecho sobre la marca: “propiedad exclusiva”. Y bien: el problema, motivo de la ponencia, se presentaría con respecto a la tesis última, es decir, en cuanto a aquella doctrina que ve en la marca un derecho autónomo. Por el contrario, la teoría que considera a la marca como un accesorio del fondo de comercio, sostiene que aquélla debe seguir la condición jurídica de este último, o sea, que si la casa de comercio o fábrica constituye un

bien ganancial, también tendrá este carácter la marca de comercio o fábrica. Mas, aun considerando la cuestión desde el punto de vista de la tesis que ve en la marca un derecho con vida propia —cual parecería ser la solución acogida por el legislador argentino en la ley de marcas, pero no así en la ley de transmisión de casas de comercio posterior a la primera—, es necesario señalar que la marca adquiere valor económico por la labor inteligente desarrollada por el industrial o comerciante a fin de que desempeñe su función penetrativa de los productos en la clientela; en otras palabras: por la bondad de los productos, por la propaganda, etc. Sin desconocer, pues, que en la concepción de la marca importe muchas veces una labor intelectual, una creación de la inteligencia —sea en las nominativas y figurativas como en la ideativa— lo cierto es que requiere los complementos citados para que desempeñe su “función penetrativa”, según la calificación acertada, de Mario Girhon, “Corso di diritto industriale”, Roma, 1937, t. II, pág. 9, parágrafo 77, tex. y núm. 1. Por ello, llega a la conclusión de que la marca de fábrica o comercio no debe ser considerada en el mismo plano que los derechos de autor o los del inventor.

El doctor Lafaille expresa que existe una diferencia apreciable entre el producto de la inteligencia que se concreta en la obra literaria, artística, musical, teatral, etc. y la marca de fábrica o de comercio, ya que para las unas lo que aparece en primer término es el factor personal; y, en cambio, para las otras, es la propaganda, la actividad mercantil, lo que en realidad les asigna valor: la marca más inteligentemente concebida fracasa si no median tales factores. En cuanto al derecho del inventor, aun admitiendo que estuviera dentro de un mismo tipo de derechos que la marca, debe reconocerse, que media una gran diferencia entre esta última y la invención. Agrega que, a su juicio, debería seguirse el camino adoptado por la Comisión Redactora que entendió que esta cuestión no debía ser resuelta en el orden civil, y ser, en cambio, materia de leyes especiales. Pero —añade— si se tiene que hacer una discriminación, parece bien suprimir lo referente a marcas de fábrica y comercio. Resumiendo, encuentra en su apoyo este triple argumento: 1º, el carácter accesorio que generalmente reviste la marca con respecto a los fondos de

comercio y casas de negocio en general, y si aceptamos el producido de éstos como pertenecientes a la comunidad, sería difícil discriminar la marca; 2º, la mayoría de las veces la marca adquiere valor por la propaganda, por el esfuerzo para imponerla, y 3º, la marca determina la calidad del producto, de manera que viene a ser accesoria del mismo. ¿Cómo separar entonces, ésta de aquél para liquidar la sociedad?

El doctor Rey manifiesta que, a su juicio, no cabría formular distinciones entre el derecho de autor, la patente de invención y las marcas de comercio o fábrica, porque para todos ellos valen las argumentaciones del doctor Bibiloni, teniendo sobre todo en cuenta que los emolumentos son ganancias. Este distingo elimina las dificultades.

El doctor Rayces adhiere a lo expresado por el doctor Lafaille, pero con la salvedad de que, a su juicio, es en el Código Civil donde debe establecerse qué bienes son los derechos de autor, las patentes de invención y las marcas.

Se resuelve que las marcas de fábrica o de comercio no deben incluirse entre los enumerados en los arts. 405 y 407.

§ 3. — De los bienes de la mujer.

Depósito de los dineros de la mujer menor. Concordancias con disposiciones sobre menores emancipados. (Art. 413).

PUNTO 4º — El doctor Lafaille dice que no existe oposición irreductible entre esos dos artículos: el 413 ordena a toda persona que tenga fondos de una menor casada, depositarlos a la orden del juez. Ello no impide que la titular pueda presentarse al juez y pedir su entrega (arts. 414 y 561, inc. 2º). Esa es una garantía que se establece en interés de las emancipadas para evitar que puedan perjudicarse por arreglos o convenios que celebren con las personas que tienen dinero de ellas.

El doctor Rayces manifiesta que, dentro de la redacción de este artículo, resultará que, cuando un tercero tiene el dinero de una menor casada, debe depositarlo a nombre de ella, pues no dice: “a la orden del juez”. Parece que eso es lo que quiere decir, porque luego se agrega: “De igual modo se consignarán a la orden del juez”.

El doctor Spota observa que ello está corregido por el art. 414.

El doctor Rayces agrega que, en efecto, el art. 414 evita toda cuesión.

Queda establecido que no media incompatibilidad entre el art. 413 y los correlativos sobre menores emancipadas.

PUNTO 5° — El doctor Lafaille manifiesta que el art. 414 no se contradice con el 561 en cuanto éste exige la venia judicial; agrega, sin embargo, que media la siguiente diferencia: el art. 561 rige para los menores emancipados en general, tanto varones como mujeres. El varón no necesita la venia del juez y la mujer sí —por el art. 414— y además, la anuencia del marido. Considera que esta es la interpretación correcta.

El doctor Spota señala que seguramente se habrá querido establecer sólo la “previa *audiencia* del marido”. De lo contrario, estima suficiente la autorización judicial.

El doctor Lafaille indica que la cuestión a decidir radica en si a la mujer casada menor de edad se le van a dar exactamente las mismas facultades que a la mujer casada mayor de edad.

El doctor Rey dice que no recuerda qué motivos tuvo la Comisión para apartarse del Proyecto del doctor Bibiloni que establece: “Se oirá previamente al marido”. ¿No se habrá incurrido en el error de poner “*anuencia*” por “*audiencia*”?

A los efectos de averiguar si medió o no error, se posterga el punto en discusión.

PUNTO 6° — El doctor Lafaille indica que no estima necesaria la reforma propuesta, la cual sólo tendría aplicación cuando la mujer administra en reemplazo del marido. Entonces, la redacción del art. 416 quedaría salvada con otro artículo, el 423, que establece para la esposa, en tal supuesto, las mismas responsabilidades y derechos que al marido.

Se resuelve no modificar el art. 416 en atención a lo establecido en el art. 423.

PUNTO 7° — El doctor Spota considera conveniente la solución del párrafo 2°, del art. 417, en cuanto sienta una presunción de la ley para evitar que la mujer tenga dificultades en la disposición de los bienes allí enunciados. Los terceros interesados —v. gr., acreedores del marido— siempre podrían accionar en defensa de sus derechos.

El doctor Lafaille expresa que nunca en el régimen actual una norma semejante a la proyectada, impidió que se llegara a probar el carácter de gananciales de estos bienes en un concurso o en una disolución de sociedad. La ley, pues, declara

Retiro de los bienes de la menor. (Art. 414).

Responsabilidad de la sociedad y del cónyuge que administra. (Art. 416).

Bienes propios de la mujer. (Art. 417).

que cuando los dineros, títulos, etc. hállanse depositados a nombre de la mujer, existe la presunción de que le pertenecen.

Se rechaza la proposición.

CAPÍTULO III

Administración de la sociedad conyugal

§ 1.—De la administración del marido

Conformidad de
ambos cónyuges pa-
ra la enajenación
de bienes. (Art.
419, inc. 1°).

PUNTO 8°— El doctor Spota señala que conviene detenerse a considerar si la solución auspiciada por Bibiloni en el sentido de que los actos de disposición de los bienes inmuebles, gananciales —comprendiéndose aun los adquiridos por la esposa con su profesión, comercio, etc.— requieren la conformidad de ambos cónyuges, estableciéndose a favor de los terceros una presunción que evita acciones contra ellos por parte de uno de los esposos cuando no se hubiere cumplido tal requisito. Habría, así, más unidad familiar y el comercio jurídico no quedaría trabado. Esta tendencia es la que se desprende de las proposiciones del doctor Colmo formuladas en el Congreso Científico Panamericano reunido en Lima en 1925, como lo señala un autor colombiano —Amenodoro Rangel Lemus— en un breve estudio (“Régimen patrimonial de la mujer casada” en “Revista de Derecho y Legislación”, Caracas, año XXV, núms. 306 y 307, pág. 79, reproducido en DJA., 7 dic. 1938, p. 2). Al respecto expresaba el ilustrado profesor que era conveniente “dentro del matrimonio, sin llegarse a la solución revolucionaria que la equipara (a la mujer) en todo al marido, y sin consagrarse al régimen de separación de bienes como legal, por ser opuesto a la esencia misma del matrimonio, reconocerle derechos de administración y disposición sobre sus bienes propios y disponer que los inmuebles gananciales no puedan ser enajenados sino de común acuerdo por ambos cónyuges, con supletoria intervención judicial en caso ocurrente”. Es ésta, en fin, la interpretación que da un autor peruano —Rodríguez Llerena, “Código Civil”, 1937, t. I, págs. 150 y s.— al art. 188 del Código Civil sancionado recientemente en su país, porque, de lo contrario, “al permitirse —afirma— al marido la facultad de enajenar, sin consentimiento de su mujer, los bienes gananciales, se

permitiría que sus facultades se confundan con las de dueño único y que se lucre en perjuicio de la mujer''. En substancia estima el doctor Spota que la reforma auspiciada por Bibiloni es digna de reflexión, porque tendría dos ventajas evidentes: 1º, mayor cohesión familiar; 2º, mayor protección del patrimonio de la familia, sobre todo teniendo en cuenta que no se acogió una proposición que tuvo oportunidad de presentar; en el sentido de establecer la incapacidad del pródigo.

El doctor Lafaille expresa que se trata de un problema complejo y que este sistema presenta la ventaja de dar mayor protección al patrimonio de la familia. Puede también ser un correctivo útil, en gran medida, contra la prodigalidad de los maridos. Debe, sin embargo, dudarse si en nuestro medio este régimen podría ser conveniente, ya que no ha sonado todavía la hora en que en el país la mujer colabore con el marido en el manejo de los intereses de una manera directa como en muchas naciones europeas, en que el ejemplo de la esposa atendiendo la caja y del marido dedicándose al despacho en el comercio es el de todos los días, y así puede adquirir una competencia igual o superior a la de su cónyuge. La mujer argentina, en la mayoría de nuestros hogares, considerada en conjunto, no está aun en condiciones de conocer bien el manejo de los negocios comunes y de oponer un veto consciente a la disposición de los gananciales. Por lo demás, no es una cuestión de igualdad entre los dos cónyuges sino de aptitud para determinadas actividades. Si con el tiempo se llega a ésto, cabría, entonces, una reforma como la propuesta. Mientras tanto, es de observar que el problema se vincula con el orden interno de la familia y aún con la economía nacional y no conviene quitar a los hombres, cuando tanto se necesita la actividad de ellos, el único aliciente para el trabajo, que es la facultad de disponer dentro de ciertos límites, puesto que esas restricciones existen. A su juicio, si se llega a más, no obstante la buena intención de contribuir a una mayor unión de la familia, se puede fomentar la discordia.

El doctor Spota dice que ello implica ocuparse más bien de los dos cónyuges, olvidando un tanto a la familia y a los hijos. Habrá que prever, entonces, en materia de alimentos.

una seria garantía para la esposa y los hijos, con respecto a esos inmuebles.

El doctor Lafaille expresa que en materia de alimentos se han auspiciado disposiciones que no estaban en el Código actual. Con todo lo que sea proteger los derechos de los hijos menores, está de acuerdo, pero no en quitarle al marido el poco margen que se le deja dentro del Proyecto.

El doctor Rayces expresa que no es que los adversarios del régimen preconizado por el doctor Bibiloni, no tengan en cuenta los intereses de la familia, sino que ven otros intereses relacionados con aquellos que están afectados y encuentran que el interés superior de la familia es no arrojar dentro de ella gérmenes de discordia.

El doctor Rey estima que en nuestra vida real, la mayoría de las sociedades conyugales son dirigidas por los esposos; lo cual está de acuerdo con nuestras costumbres. Además, no es lo frecuente que la mujer se halle en condiciones de colaborar de un modo directo en los negocios del marido. Por ello, la solución que auspiciaba el doctor Bibiloni no guarda armonía con ese aspecto de la realidad nuestra.

Se resuelve mantener el art. 419 en cuanto corresponde al esposo enajenar y disponer a título oneroso los bienes adquiridos durante el matrimonio, salvo los derechos acordados por la ley a la mujer (inc. 1º, art. cit.).

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

Retiro de los dineros de la menor. (Art. 414).

Actos que obligan a la esposa. Bienes propios de la mujer. (Art. 420).

Actos irregulares del marido. Oposición de la mujer. (Art. 420).

Actos regulares del marido. Limitación de la responsabilidad de la mujer. (Art. 420).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 1º del anterior. Ver pág. 282).

PUNTO 2º — (El 2º del anterior. Ver pág. 282). Sin resolución definitiva por haber resultado empatada la votación.

PUNTO 3º — (El 5º del anterior. Ver pág. 282).

PUNTO 4º — (El 9º del anterior. Ver pág. 283).

PUNTO 5º — (El 10º del anterior. Ver pág. 283).

PZ&9* 6º — (El 11º del anterior. Ver pág. 283).

PUNTO 7º — (El 12º del anterior. Ver pág. 283).

Obligaciones contraídas por la mujer después del matrimonio. Patrimonio propio. (Art. 421).

PUNTO 8º — (El 13º del anterior. Ver pág. 283).

Facultades del curador extraño. (Art. 424).

PUNTO 9º — (El 14º del anterior. Ver pág. 283).

Bienes administrados por la mujer. Herencia, legado o donación. (Art. 425, inc. 3º).

REUNION N° 65

—Buenos Aires, quince de diciembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Ricardo E. Rey y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

PUNTOS 1º y 2º — Se postergan.

PUNTO 3º — El doctor Rey manifiesta que ha verificado que en la impresión del Proyecto se ha deslizado un error en el art. 414 ya que, después de la palabra “manifiesta”, debe decir: “previa audiencia del marido”, en vez de “anuencia”.

Retiro de los dineros de la menor. (Art. 414).

El doctor Lafaille expresa que con esta salvedad se puede dar por resuelto el problema en su primer aspecto, quedando aun por resolver la cuestión de los intereses.

El doctor Spota propone la supresión de la referencia que se formula con respecto a estos últimos, debiendo regir los principios generales. En igual sentido se expide el doctor Vico.

Se resuelve suprimir del art. 414 las expresiones: “quien podrá disponer de los intereses”.

CAPÍTULO III

Administración de la sociedad conyugal

§ 1. — De la administración del marido

PUNTO 4º — El doctor Spota considera que los principios a acogerse con respecto a esta materia deberían ser los si-

Actos que obligan a la esposa. Bienes propios de la mujer. (Art. 420).

guientes: 1º tratándose de bienes propios de la mujer que el marido administra, la esposa queda obligada por los actos regulares de administración del marido que se refieran a esos bienes; 2º cuando, en cambio, se trata de bienes de la sociedad conyugal que no son de administración reservada a favor de la mujer, todos los actos de administración o de disposición que tengan atinencia con tales bienes y que fueren realizados por el marido, no obligan a la mujer. Debe, pues, establecerse en forma clara el régimen de separación, implícitamente aceptado en el Proyecto y que constituye el sistema vigente.

El doctor Lafaille entiende que tal como está redactado el art. 420 podría prestarse a la confusión que señala el doctor Galli. En efecto: el parágrafo 1 del cap. III, regla la administración del marido y comienza el art. 418 por decir que el marido es el administrador legítimo de todos los bienes de la sociedad, sean propios o gananciales; el art. 419 habla de facultades del marido que tanto se refieren a los propios como a los gananciales y, entonces, resulta que el art. 420 parece involucrar todos los actos de administración. Pero, en la forma como está redactado, por más que el artículo no lo dice, no puede sostenerse por nadie que la administración de los gananciales por el marido obligue a la mujer; debe entenderse que ello es así solamente en cuanto actúe como mandatario de la esposa y no de la sociedad conyugal.

El doctor Vico estima que, por tratarse de actos regulares de administración, deben responsabilizarse ambos esposos en iguales condiciones. Las pérdidas deben ser por partes iguales ya que las ganancias también lo son.

El doctor Lafaille hace presente que, de acuerdo con el sistema del Proyecto como con el de la ley vigente, no es el marido ni la mujer los que ganan o pierden cuando actúan como administradores de la sociedad conyugal, sino esta última persona, a la cual representan. Es lógico, pues, que los actos regulares de administración que pueden obligar a la esposa sólo sean aquellos en que procede el marido como mandatario de la esposa y no de la sociedad conyugal. Los actos regulares de administración realizados por el marido sobre bienes de la mujer, obligan, entonces, a ésta, pero élla no responderá por las extralimitaciones de aquél, salvo el caso de enriquecimiento.

Cree que con ésto y lo que fluye del art. 412, inc. 3º, queda desvanecida toda vacilación.

Con las aclaraciones precedentes se resuelve mantener el art. 420.

PUNTO 5º — El doctor Spota observa que su moción implica reproducir una norma auspiciada por Bibiloni, cuya fuente la constituye el código civil alemán y que ha sido acogida en el código civil peruano. Las ventajas de tal norma radicarian en que la esposa podría evitar las disipaciones del marido pródigo en defensa de los bienes familiares y, por ende, de la prole. Hace notar que una disposición como la auspiciada, tendría la ventaja de salvar la laguna legislativa que, a su juicio, importa la no admisión de la incapacidad de los pródigos que en otra oportunidad propuso sin éxito. La norma proyectada concordaría con el derecho de oposición que se acuerda al marido en el art. 430. Por fin, otorgar a la esposa el derecho de oposición constituiría un preventivo contra la separación de bienes.

El doctor Lafaille entiende que si teóricamente pudiera sustentarse tal doctrina, no sería posible en la práctica que todos los actos del marido quedaran sometidos a la posibilidad de un veto, que entorpecería considerablemente la administración de los bienes. Es asunto muy serio; mientras que con la disposición del art. 418 la mujer conserva siempre la acción contra el cónyuge que se hubiere extralimitado en el mandato. Además, el sistema propuesto, tiene la desventaja de que, con este régimen precautorio, los terceros sufrirían los perjuicios que con ello vendría a experimentar el comercio jurídico. Por fin, la norma propuesta implantaría indirectamente el sistema que exige el acuerdo de ambos esposos para enajenar los bienes de la sociedad conyugal —tal como lo admitía Bibiloni—, lo cual fué rechazado en la sesión anterior. Juzgado imparcialmente el sistema, no parece que sea prudente implantarlo en nuestro país dentro de las actuales circunstancias. Mientras tanto, el art. 418 acuerda a la mujer el derecho a exigir rendición de cuentas.

Se resuelve no modificar el precepto en cuestión.

PUNTO 6º — Se hace constar que quedó resuelta la cuestión promovida por el doctor Spota con lo decidido al considerar el punto 4º del Orden del Día.

Actos irregulares del marido. Oposición de la mujer. (Art. 420).

Actos regulares del marido. Limitación de la responsabilidad de la mujer. (Art. 420).

Obligaciones contraídas por la mujer después del matrimonio. Patrimonio propio. (Art. 421).

PUNTO 7º — El doctor Spota estima que, tratándose de deudas de la mujer, élla debe responder con sus bienes propios y con los gananciales de administración reservada; en cambio, los gananciales y los bienes propios del marido sólo quedan afectados por las deudas de la mujer cuando se llenan las exigencias legales. Por ello votará a favor de la moción en discusión.

El doctor Vico expresa que en los casos en que no mediare el consentimiento del marido, las obligaciones de la mujer no inciden sobre los bienes de aquél salvo cuando media su asentimiento.

El doctor Lafaille observa que en el art. 423, después de establecerse que la mujer desempeña la administración cuando fuere nombrada curadora del marido o a éste se le declarase ausente, se determina que ella tendrá en estos casos los mismos derechos y obligaciones que el esposo. Es decir que cuando administra en reemplazo del marido responde con sus bienes propios.

Se acepta la moción del doctor Vico sustituyéndose la expresión: “Los bienes de los cónyuges...” por: “Los bienes del marido...”.

Facultades del curador extraño. (Art. 424).

PUNTO 8º — El doctor Vico indica que su moción tiende a que se considere si en los casos del art. 424, siendo la mujer la incapaz, hay en realidad una curatela, como la de los incapaces, de modo que las facultades del curador deben restringirse con respecto a las que tenía el marido. Debe, también, contemplarse el supuesto de que ambos esposos sean incapaces ya que no se explicaría, en este como en el otro caso, por qué el curador debe tener facultades más latas que las correspondientes a toda curatela.

El doctor Lafaille señala que la norma discutida traduce el régimen actual. Agrega que el curador debe tener facultades amplias, porque sólo así podría llevarse adelante la administración de una sociedad, debiendo no olvidarse que los bienes no se hallan en condominio —como admite la doctrina francesa, p. e.— puesto que pertenecen a una tercera persona: la sociedad conyugal. Un sistema contrario sería incompatible con la prosecución de esta última, que debería ser disuelta.

Se resuelve postergar el punto en discusión.

ARTÍCULO 421. — El doctor Rey observa, con respecto a lo resuelto en el punto 7º (art. 421), que no se tiene presente el régimen del Proyecto establecido en un artículo ulterior. Se ha resuelto decir en el art. 421: “Los bienes del marido y los comunes...” y en el art. 428 se dice: “La mujer responderá con los bienes mencionados en el art. 425 por las obligaciones que hubiere contraído antes o después del matrimonio pero no por las de su esposo o de la sociedad conyugal que administre él”. Quiere decir que la responsabilidad de los bienes propios de la mujer se limitaba a esos casos y bienes; ahora, en cambio, se la extiende a todos los bienes propios en los casos en que contrae obligaciones sin asentimiento del marido. No se tuvo, pues, en cuenta esa disposición y parece que en presencia de ella es el caso de considerarlo nuevamente. En realidad, con eso se agrava la situación de la mujer; el artículo, tal cual se halla redactado en el Proyecto, significa una protección mayor para los bienes de la mujer y de la sociedad conyugal.

Se resuelve examinar nuevamente, en la próxima sesión, el punto séptimo del Orden del Día.

§ 2. — De los bienes administrados por la mujer

PUUNTO 9º — El doctor Spota señala que debe evitarse la situación de violencia en que se coloca el testador o donante prohibiendo al esposo que asuma la administración de los bienes legados o donados. Por lo demás, como no cabría una convención prenupcial que previera esta situación —salvo que así se autorizase en el art. 399— estima que debe suprimirse el requisito exigido en el inc. 3º del art. 425.

El doctor Lafaille propone y así se resuelve, que se modifique el inc. 3º del art. 399, a fin de obviar los inconvenientes señalados en estos términos: “La reserva a favor de la esposa del derecho de administrar algunos o todos los bienes comprendidos en su dote o que en el futuro quedaran comprendidos en ella”.

ARTÍCULO 426. — El doctor Spota propone que se examine la conveniencia de mantener la presunción *juris tantum* establecida en la ley 11.357, o reemplazarla por un sistema adecuado.

Obligaciones contraídas por la mujer después del matrimonio. Patrimonio propio. (Art. 421).

Bienes administrados por la mujer. Herencia, legado o donación. (Art. 425, inc. 3º).

Actos otorgados por la mujer. (Art. 426).

Carácter del bien.
Prueba. (Art. 427).

Responsabilidad de
un cónyuge por las
obligaciones del
otro. (Art. 428).

Fiscalización del
marido. Caso de
"manifiesta urgen-
cia". (Art. 430).

Artículo 431.

Derecho de la mu-
jer para asumir la
administración. De-
rechos del marido.
(Art. 432).

Artículo 433.

Régimen conven-
cional de separa-
ción de bienes.

Fallecimiento o
muerte presunta de
uno de los cóny-
ges. (Art. 385).

Matrimonio anula-
ble. Requisito de la
publicidad. (Art.
389, párrafo 2º).

Obligaciones con-
traídas por la mu-
jer después del ma-
trimonio. Patrimo-
nio propio. (Art.
421).

Facultades del cu-
rador extraño.
(Art. 424).

Actos otorgados por
la mujer. (Art.
(Art. 426).

ARTÍCULO 427. — El doctor Spota hace presente que debe extenderse a este artículo la observación que ha formulado precedentemente.

ARTÍCULO 428. — El doctor Spota sugiere que se establezca si en el art. 428 están comprendidos, a los efectos de la responsabilidad de la mujer, los bienes cuya administración asume en virtud del art. 432.

ARTÍCULO 430. — El doctor Spota propone que en el art. 430 se agregue la palabra "manifiesta", después de "urgencia".

ARTÍCULO 431. — El doctor Lafaille señala que en el art. 431, se ha deslizado un error tipográfico: en vez del inc. 3º debe referirse al inc. 2º.

ARTÍCULO 432. — El doctor Spota propone que en el art 432 se reemplace la palabra "estimare" por "acreditare" y que se supriman las siguientes: "y en todo caso, podrá pedir la separación de bienes".

ARTÍCULO 433. — El doctor Lafaille indica que en este artículo también existe el mismo error que en el art. 431 y debe decir "inc. 3º en vez de "inc. 2º".

El doctor Spota presenta el proyecto de normas que ha formulado con respecto al régimen convencional de separación de bienes.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 1º del anterior. Ver pág. 290). Sin resolución definitiva en razón de haber resultado empatada la votación correspondiente.

PUNTO 2º — (El 2º del anterior. Ver pág. 290). Sin resolución definitiva por haber resultado empatada la votación.

PUNTO 3º — Por indicación del doctor Rey, y en virtud de lo dispuesto por el art. 428 que debe ser tenido en cuenta al considerarse la norma del 421, se examinará nuevamente el punto 7º del Orden del Día anterior.

PUNTO 4º — (El 8º del anterior. Ver pág. 291).

PUNTO 5º — Moción del doctor Spota, con respecto a la norma del art. 426, de que se examine la conveniencia de mantener la presunción *juris tantum* establecida por la ley 11.357 o reemplazarla por otro sistema adecuado.

PUNTO 6º — Se extiende al art. 427 la observación hecha al anterior.

Carácter del bien.
Prueba. (Art. 427).

PUNTO 7º — Indicación del doctor Spota para que se establezca si en el art. 428 están comprendidos, dentro de la responsabilidad de la mujer, los bienes cuya administración asume en virtud del art. 432.

Responsabilidad de un cónyuge por las obligaciones del otro. (Art. 428).

PUNTO 8º — Indicación del doctor Spota para que en el art. 430 se agregue la palabra “manifiesta” después de la expresión “urgencia”.

Fiscalización del marido. Casos de manifiesta urgencia. (Art. 430).

PUNTO 9º — Respecto al art. 432 el doctor Spota propone que en lugar de “cuando lo estimare” se diga “cuando lo acreditaré” y para que se supriman las expresiones: “y en todo caso, podrá pedir la separación de bienes”.

Derecho de la mujer para asumir la administración. Derechos del marido. (Art. 432).

PUNTO 10. — Proposición del doctor Spota respecto del régimen de separación convencional de bienes:

Régimen convencional de separación de bienes.

ARTÍCULO 1º — El régimen de separación de bienes puede ser pactado en las capitulaciones prenupciales o durante el matrimonio (1).

ARTÍCULO 2º — La separación de bienes puede ser total o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán regidos por las normas que regulan el régimen de la sociedad conyugal (2).

ARTÍCULO 3º — Puede convenirse la cesación o modificación del régimen de separación durante el matrimonio para ser sustituido por el régimen legal de la sociedad conyugal. Si uno o ambos esposos fueren menores, se requerirá el consentimiento de aquéllos cuya venia fué necesaria para contraer matrimonio (3).

ARTÍCULO 4º — Cuando se conviniera el régimen de separación durante el matrimonio o cuando se acordare la cesación o modificación del régimen de separación acogido en las capitulaciones prenupciales o en los contratos posteriores al matrimonio, se requerirá la homologación judicial, previa publicación de edictos para que los interesados puedan deducir oposición en un término perentorio. Con respecto a los terceros, producirá efecto a partir de su inscripción en el registro establecido en el art. 64 de la ley de la materia.

(1), (2) y (3) Arts. 207 a 209, C. C. Mexicano.

ARTÍCULO 5º — En las capitulaciones que establezcan separación de bienes se confeccionará siempre un inventario de los bienes de cada cónyuge al celebrarse el matrimonio, dejándose constancia detallada de las deudas que, en esa oportunidad, tengan los que contraen enlace (4).

ARTÍCULO 6º — Son bienes propios de cada esposo todos los frutos y acciones de los que tengan tal carácter por el contrato matrimonial, así como los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias derivados del ejercicio de su empleo, profesión, comercio o industria (5).

ARTÍCULO 7º — Uno de los esposos puede otorgar al otro poder con obligación de rendir cuentas. Si uno de los esposos ha administrado sin mandato, pero sin oposición del otro anotada en el registro establecido en el art. 64 de la ley de la materia, o bien con mandato, pero sin obligación de rendir cuentas, sólo quedan obligado él y sus herederos a restituir los frutos existentes y no los consumidos (6).

ARTÍCULO 8º — Ninguno de los esposos podrá cobrar retribución u honorario alguno por los servicios personales. Pero, si uno de los consortes, por causa de ausencia o impedimento del otro no originada por enfermedad, se encarga temporalmente de la administración de sus bienes, tendrá derecho a que se le retribuya por este servicio en proporción a su importancia y al resultado que produjere (7).

ARTÍCULO 9º — La mujer debe contribuir a las cargas del matrimonio en la medida establecida en el contrato matrimonial o, en su defecto, en proporción a sus bienes y, a falta de éstos, de acuerdo con lo determinado en el art. 361.

(4) y (5) Art. 213, C. C. Mejicano. (6) Comp. art. 208, Proy. C. C. Italiano, Lib. I. (7) Art. 216, C. C. Mejicano.

REUNION N° 66

—Buenos Aires, veintidós de diciembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

PUNTOS 1º, 2 y 3º. — Se postergan.

CAPÍTULO III

Administración de la sociedad conyugal

§ 1: — De la administración del marido

PUNTO 4º — El doctor Lafaille señala que el Proyecto mantiene el régimen actual, el cual confiere al curador que reemplaza al marido, las mismas facultades que a éste y a la mujer se le da el derecho de pedir la separación de bienes si no le conviene. La ponencia se orienta en el sentido de considerar si se pudieran reducir dichas facultades a las reseñadas en las disposiciones sobre la curatela de los incapaces, en vez de acordar las mismas que corresponden al marido. Técnicamente, agrega, dicha proposición se presta a muchos reparos, porque ese curador, aparte de serlo del marido, viene también, en virtud de ello, a desempeñar la administración de la sociedad. En cuanto a los bienes gananciales, no se comprende por qué habría que restringir sus facultades, cuando está el curador administrando los de una entidad distinta del marido. Debe decidirse, pues, si este curador tiene o no las mismas facultades que el cónyuge. La negativa se explica en cuanto a los bienes particulares del marido, que es un incapaz y sobre ello no habría dificultad y se le aplicarían las normas de la curatela común. Si esa es la objeción, ella quedaría salvada, pero si tiende a que los bienes de la comunidad sean administrados con un criterio diferente, ello no tiene fundamento. Tuvo ocasión de recordar que el acervo de la sociedad conyugal

Facultades del curador extraño.
(Art. 424).

no pertenece en condominio a los dos esposos ya que es jurídicamente un sujeto de derecho distinto. Cuando se habla de gananciales, de frutos que derivan de la explotación de los bienes; de la renta de estos o de los procreos de los ganados, se habla de bienes pertenecientes a una entidad distinta, que tiene sus cargas, sus obligaciones, y que es un sujeto jurídico diferente del marido y de la mujer. En el caso del esposo demente, la cónyuge, en defensa de sus intereses, podría provocar la separación de bienes que la ley autoriza; pero no cercenarse las facultades del administrador de la sociedad.

El doctor Vico indica que es necesario fijarse en un dístico que cabe dentro del artículo. Cuando la mujer se excusa de ser curadora, puede pedir la separación de bienes y además el curador, respecto de los bienes que le pueden corresponder a ella, procede de acuerdo con una situación que crea la misma excusación. Pero si los dos esposos son incapaces, dementes, y viene un curador del matrimonio que en realidad es el curador de los bienes de los dementes, ¿por qué debe tener mayores facultades que el curador de dos dementes cualesquiera?

El doctor Rayces observa que, *prima facie*, en la hipótesis que prevé el doctor Vico, o sea de la incapacidad de las dos partes, ya no se trata de una sociedad conyugal en estado dinámico, de movimiento, de actuación, que exige poderes tan extensos como los que tiene el jefe de la sociedad cuando aquélla está en pleno desarrollo. Se halla en un punto muerto y el curador no puede tener otras facultades que las que tiene el curador en los casos generales.

Se posterga.

§ 2. — De los bienes administrados por la mujer

Actos otorgados por la mujer. (Art. 426).

PUNTO 5º — El doctor Spota señala que la ley actual establece una presunción *juris tantum* cuya finalidad es permitir a la mujer la disposición de los bienes sin que se le coloquen trabas, es decir, que los terceros tengan la seguridad de que no serán molestados por acciones reipersecutorias, cuando se trate de adquirentes a título oneroso. Con respecto a otros terceros, esa manifestación sería *juris tantum*. En este sentido, los acreedores, v. gr., del marido podrían hacer caer la

presunción, pero nunca en perjuicio de un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe. Con respecto a éste, la manifestación de la mujer hace plena fe. Así lo propuso el entonces diputado Pachano al discutirse la ley 11.357, tal como el exponente tuvo ocasión de ponerlo de relieve en un estudio al que en seguida hace referencia. Al respecto, expresa que hace algunos años anotó un fallo de la Cámara 2ª —dic. 27 de 1929, J. A., t. 32, p. 350— en el cual se decidió el siguiente caso: una mujer abandonada por el esposo había adquirido con el fruto de su trabajo un bien y quiso enajenarlo. A pesar de constar en las respectivas escrituras el origen del dominio, solicitó venia judicial para tal enajenación. La Cámara, con muy buen acuerdo, declaró que tal habilitación judicial no era necesaria ya “que la manifestación sobre el origen del dinero crea una presunción *juris tantum* por lo cual, estando (la mujer) amparada por ella no necesita, para poder ejercer las facultades de disposición que la ley le confiere, ni producir información alguna para consignar un antecedente que la propia ley presume, ni obtener una autorización que ella no exige”. Y agregaba con acierto el tribunal: “El régimen entero de la ley 11.357 corrobora esta doctrina, puesto que lo que ella ha querido ha sido colocar a la mujer casada en condiciones de gestionar por sí misma un patrimonio ganado por ella y constituido con el fruto de su trabajo”. En la nota referida, como conclusión, ha observado —dice el doctor Spota— en igual sentido: “Exigir a la mujer en esta situación que probara la veracidad de tal manifestación (o sea, la que aparecía en la escritura de dominio en la cual expresábase que el bien adquirido era fruto de una humilde profesión), sería ir en contra de la intención del legislador, trabando la libre disposición de bienes adquiridos con su trabajo. Como se dijo en la Cámara de Diputados, el tercero que adquiere este bien, existiendo en la escritura dicha manifestación, no puede temer acciones reivindicatorias del esposo, de sus herederos o de terceros, que se funden en la falsedad de la manifestación hecha en la escritura, tal como se desprende de la sentencia mencionada de la Cámara Civil 2ª; de lo contrario, como expresara el diputado Pachano, *los terceros, ante el temor de las consecuencias, vacilarán y la mujer no podrá contratar si no la asiste el marido*”. Es necesario, entonces, evitar tal

rémora en el comercio jurídico. A lo sumo debería exigirse un “acte de notoriété”, el cual por lo demás, nunca afectaría los derechos de los terceros adquirentes ni la facultad de accionar en contra por parte de los acreedores de otros interesados.

El doctor Lafaille expresa que la objeción, si tiende a insistir en el sistema de la ley 11.357, no sería fundada, pues esta ley se limita a establecer que la afirmación simple de la mujer crea una presunción *juris tantum*, es decir, que con sólo declarar ésta que ese bien fué adquirido con el producto de su trabajo debe ser creída hasta la prueba contraria. Es un sistema muy peligroso, del punto de vista de la buena fe. Debe observarse, además, que el art. 426 establece dos principios: primero, que no se necesita a los efectos de la enajenabilidad de los bienes de la mujer, justificar la autorización que le pudiera dar el marido para ejercer la industria y segundo —el más importante— que una vez inscripto el bien en el Registro a nombre de la esposa, tal inscripción produce efecto respecto de los terceros. Desde el punto de vista técnico, resuelve el asunto en condiciones muy preferibles a las actuales.

El doctor Rayces expresa que el régimen que convendría es el siguiente: respecto de terceros sucesores singulares, es decir adquirentes y acreedores hipotecarios, no puede haber discusión alguna. Ese bien inscripto a nombre de la mujer, ha podido ser enajenado sin conocimiento del marido. La inscripción no quiere decir nada, porque toda compra debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. Conste o no tal inscripción, respecto de terceros no sucesores singulares, quedará siempre el derecho de probar que ese bien que aparece a nombre de uno de los esposos, es de la sociedad conyugal y, por lo tanto, afectado a las cargas del matrimonio.

El doctor Vico observa que el término “justificará” del art. 426, tiene el grave inconveniente de que el juez de la justificación pueda resultar el escribano, lo que se obviaría estableciéndose: “se presentará justificativo” y el escribano se limita a dar fe de ello.

PUNTOS 5º Y 6º — Se postergan.

PUNTO 7º — El doctor Spota señala que en el art. 428, se dice que la mujer responderá con los bienes mencionados en el art. 425, y en este artículo sólo se mencionan los reservados

en las capitulaciones prenupciales, no así aquéllos que asume en virtud del art. 432. Debe, pues, aclararse que la mujer responde también con los bienes propios cuya administración asuma.

El doctor Lafaille indica que el art. 432 dice que la mujer podrá asumir en todo momento la administración de sus bienes propios, consignando su voluntad en el Registro, "*fecha desde la cual quedarán sujetos a las disposiciones de este párrafo*". Estima, entonces, claro dentro del Proyecto, que la mujer responde con esos bienes.

El doctor Vico propone que se agregue a la mención que hace el art. 428 la siguiente expresión: "... y su correlativo el art. 432".

Se acepta la proposición del doctor Vico.

PUNTO 8º — El doctor Spota hace notar que en la sesión pasada formuló una proposición en el sentido de que la mujer tenga el derecho de oponerse, en ciertos casos, a los actos de disposición del marido, lo cual implicaba reproducir la norma del Anteproyecto del doctor Bibiloni, quien habíase inspirado en el Código Civil peruano. Dicha norma tiende a que los bienes de la familia no sean disipados ni por la mujer, ni por el marido. Esa proposición —a pesar de no haberse aceptado una indicación en el sentido de que se sancionara la incapacidad del pródigo— no prosperó. Ahora, se está ante la situación inversa: el derecho acordado al esposo para oponerse a los actos de disposición de la mujer. Dentro de la sistemática del Proyecto, se comprende perfectamente que el esposo, como representante del interés familiar, debe tener este derecho de veto del acto de disposición de la mujer. Pero, ese veto no debe ejercerse en una forma arbitraria que hiciera peligrar el derecho que tiene la esposa de disponer de los bienes adquiridos con el fruto de su trabajo. A tal fin, convendría dar una norma de conducta al Juez, en el sentido de que éste sólo acuerde la suspensión de la ejecución de los actos pendientes, cuando la urgencia y la administración imprudente de la mujer fueren manifiestas. Sólo por excepción debería acordarse una medida tan grave para el comercio jurídico como sería la suspensión de un acto casi realizado; ello determinaría que los terceros, prácticamente, no contratarían con la mujer

Fiscalización del marido. Casos de "manifiesta urgencia". (Art. 430).

sin contar con la anuencia del marido, lo que importaría volver a la *auctoritas maritalis*.

El doctor Lafaille señala que la urgencia debe ser calificada, en definitiva, por los tribunales. Si estos suspendieran la realización de un acto, no mediando urgencia, la conducta arbitraria no sería del marido, sino la del Juez. Además, si el esposo procediera sin derecho, incurriría en la responsabilidad. Un magistrado cuidadoso pesará, sin duda, el argumento del doctor Spota, de que impunemente no se suspende una operación que está por terminarse.

El doctor Vico propone que se diga: “En caso de urgencia y verosimilitud”, de tal modo que no resulte suficiente que el marido dijera: “si no se interviene inmediatamente se realiza el acto”, sino que mediara la verosimilitud del daño a que se refiere el segundo apartado del artículo, porque la urgencia depende de la rapidez de la realización del acto, pero no se refiere a la verosimilitud o inminencia del daño que de este acto puede derivar. La urgencia sólo se refiere a la necesidad de intervenir inmediatamente. La verosimilitud debe acreditarse sumariamente.

El doctor Rayces propone que se agregue, después de “urgencia” las expresiones: “de acuerdo con las circunstancias”.

Se acepta la moción del doctor Rayces.

Derecho de la mujer para asumir la administración. Derechos del marido. (Art. 432).

PUNTO 9º — El doctor Spota manifiesta que la primera parte de su proposición no puede ofrecer, a su juicio, inconvenientes: la oposición del marido sólo puede producir efectos si es acogida por el Juez y este último únicamente la admitirá, si se demuestra que el hecho de asumir la esposa la administración de sus propios bienes es intempestivo o perjudicial para los negocios pendientes o para los intereses de cualquiera de los cónyuges. Por ello debe exigirse que el marido no sólo deduzca la oposición por considerar intempestiva la revocación del mandato o por sostener que es perjudicial, sino cuando así lo acredite.

En cuanto a la segunda parte de su proposición, considera que el ejercicio de un derecho por parte de la mujer, como lo constituye la administración que de sus bienes propios pretenda realizar su dueño —por el Proyecto plenamente capaz—, acarrea la posibilidad de que se vea expuesta a un pedido infundado de separación de bienes por parte del marido. ¿Qué

derecho es ese —es de preguntarse— cuyo ejercicio expone a su titular a sufrir todos los daños que implica una separación de bienes comunes, v. gr., una fábrica, un establecimiento agrícola-ganadero, que deben dividirse con grave perjuicio para la familia y para uno o ambos esposos? Y el carácter de sanción que se le acuerda a tal derecho de *imponer* la separación de bienes surge ante la circunstancia de que el legislador no hesita en quebrar el principio en cuya virtud el régimen legal de los bienes del matrimonio es la comunidad de gananciales. A pesar de que siempre propende a que se mantenga tal régimen, en el caso se aparta de dicha norma de conducta. Tal actitud sólo se explica si se considera un verdadero mal el ejercicio de un *derecho* por parte de la mujer. Si éste fuera el pensamiento de la Reforma, que así se diga y que se vuelva al sistema del Código Civil, rechazándose *in toto* la ley 11357. De lo contrario, se acuerda a la mujer un derecho lícito, ya que ésta no se animará a asumir la administración de los bienes de su propiedad ante el temor de una medida tan grave para la paz familiar como lo que resulta de un juicio de separación de bienes, antesala del divorcio. Además, conviene reflexionar sobre este supuesto: se trata del marido que está administrando los intereses de la mujer, pero esa administración produce pérdidas por la disipación del esposo. La mujer no quiere recurrir a medidas más graves; no quiere pedir la separación de bienes, porque espera mantener la armonía del hogar dentro de lo posible; pero desea salvar de esa vorágine sus bienes y asume la administración de los mismos. El esposo se opone, pero no demuestra que la revocación del mandato es intempestiva o perjudicial; se rechaza la oposición. Entonces, el esposo pide la separación de bienes y la esposa debe ceder, porque el Juez no tiene misión alguna: la oposición es incausada. Todo ello implica echar por tierra el régimen de la ley 11357, lo que no parece conveniente. Por eso debe suprimirse tan insólito derecho acordado al esposo.

El doctor Lafaille señala que en el caso del marido que disipa los bienes de la mujer o se beneficia de ellos, a ese no le conviene pedir la separación, porque aún administrando su cónyuge siempre le corresponderá la parte en los gananciales. Ella debería también contribuir a la vida común, y entonces

a él no le interesa disolver la sociedad. Solamente el peligro existiría en el caso de un negocio común y de que se ejecutara el derecho del marido con el propósito de extorsionar, porque si fuese dotal en nada le afectaría. Pero frente a un peligro hipotético, estaría el inverso de una revocación injustificada, ya que el marido administra el patrimonio de la mujer con todo el control legal. De ahí que si un buen día le es retirada la autorización, como no hay necesidad de fundar tal actitud, pudiera sentirse molesto, a la vez con justo motivo. Para no llegar al divorcio, esta separación de bienes que deslinda sus intereses y los de la esposa, es una razonable defensa contra aquella posible arbitrariedad. La posición en determinadas circunstancias es también muy racional. La esposa, en efecto, puede en cualquier momento asumir la administración de sus bienes propios y debe existir el medio de impedirlo, cuando se justifica que es intempestiva o perjudicial. Es de observar lo que ocurre en los hogares más protegidos del país: se casa un hombre de trabajo con una mujer que aporta algunos bienes en dote; ella no tiene para integrar los gananciales más que la renta de ese capital. Llega un momento en que a la esposa se le ocurre, sin motivo alguno, retirarle la administración. Entonces ella maneja, dispone a título oneroso de la renta y capital, mientras el hombre trabaja y produce sin disponer de nada, porque está sujeto a las cargas comunes. Insiste en que el esposo debe tener una defensa de sus intereses y de la propia dignidad, cuando se le retira la administración y esto puede ser a veces vejatorio cuando envuelve una inusitada desconfianza. Pasarán muchos años para que la administración de la mujer sea lo normal; siempre en nuestro país el marido será el administrador corriente y retirarle esa calidad es sacarle de las funciones que le cuadran conforme a sus aptitudes y dentro de nuestras costumbres. Lo menos que se le puede conceder es el derecho de oposición en los supuestos expresados —que son excepcionales— y el de pedir la separación de bienes.

El doctor Rayces dice que no hay ningún interés pecuniario comprometido, pero hay un interés moral. Cuando a cualquier mandatario se le revoca el poder sin razón alguna, se siente mortificado, vejado; cree que ha sufrido algo; trata de que no se sepa, y el marido con más razón aún. Y si todo

esto se refiere a las relaciones patrimoniales dirá: “separémonos”. La mujer no tiene que demostrar nada. Revoca el poder porque sí, y el marido puede en algunos casos oponerse a esa revocación, o sea cuando es perjudicial para sus intereses, para los del matrimonio, de la comunidad, o cuando es intempestiva. Cuando no es perjudicial ni intempestiva, pero la mujer ha revocado porque se le ocurre, el marido no tiene más remedio que soportarla y es ahí cuando nosotros estamos de acuerdo en que el marido, no teniendo un medio de resolver su situación, buenamente, le dirá: “yo soporto todo esto pero exijo la mitad de los gananciales”.

El doctor Vico dice que cuando durante el matrimonio se le retira al esposo una facultad que le corresponde, es una muestra de desconfianza. El marido debe tener el derecho de mostrar una actitud de altivez, exigiendo la separación de bienes.

Se vota la moción del doctor Spota y es rechazada por el voto de los doctores Lafaille, Rayces y Vico.

El doctor Rayces dice que en el curso de la discusión precedente, se le ha ocurrido que conviene contemplar esta situación: el marido puede optar por oponerse a la remoción o revocación del mandato de la administración; puede optar por pedir la separación. Una mujer ha revocado el mandato y pasan cinco años y recién entonces se le ocurre al marido reaccionar y tomar como pretexto la remoción de la administración operada cinco años atrás. Vale la pena prever la situación.

El doctor Lafaille no se opone a que se conceda un plazo prudencial al esposo para ejercer su derecho. Podría establecerse: “Dentro del término de seis meses podrá pedir la separación de bienes”.

Se acepta la indicación del doctor Rayces en la forma propuesta por el doctor Lafaille.

PUNTO 10. — Se posterga.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 1º del anterior. Ver pág. 296). Sin resolución definitiva en razón de haber producido empate la votación correspondiente.

PUNTO 2º — (El 2º del anterior. Ver pág. 296). Sin resolución definitiva por haber resultado empatada la votación.

Remoción. Revocación del mandato. Término. (Art. 492).

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

Obligaciones contraídas por la mujer después del matrimonio. Patrimonio propio. (Art. 421).

Facultades del curador extraño (Art. 424).

Actos otorgados por la mujer. (Art. 426).

Carácter del bien. Prueba. (Art. 427).

Régimen convencional de separación de bienes.

PUNTO 3º — (El 3º del anterior. Ver pág. 296).

PUNTO 4º — (El 4º del anterior. Ver pág. 296).

PUNTO 5º — (El 5º del anterior. Ver pág. 296).

PUNTO 6º — Se extiende al art. 427 la observación hecha al anterior.

PUNTO 7º — (El 10º del anterior. Ver pág. 297).

REUNION N° 67

—Buenos Aires, veintinueve de diciembre de mil novecientos treinta y ocho.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Enrique V. Galli, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

PUNTOS 1º y 2º — Se postergan.

PUNTO 3º — El doctor Rey señala que cuando se discutió y reformó el art. 421, no se tuvo presente la disposición del art. 428; de haberse tenido en cuenta esta última disposición, quizá no se habría modificado el primero de los preceptos citados en la forma en que se hizo. Se resolvió hacer referencia, en el art. 421, a “los bienes del marido y los comunes”. Con ello, los bienes de la mujer responderán en todo caso por las obligaciones contraídas por ella después del matrimonio. Pero es de observar que la protección a la mujer es mayor en el sistema del Proyecto, porque, según el art. 428, responde sólo con los bienes enumerados en el art. 425, y no con otros.

El doctor Spota considera que existen motivos más que justificados para estimar que la mujer, así como tiene la facultad de administrar cualquier bien —y no sólo los enunciados en el art. 425—, según se desprende de lo dispuesto

Obligaciones contraídas por la mujer después del matrimonio. Patrimonio propio. (Art. 421).

en el art. 432, así también debe responder con todos sus bienes, una vez que asuma la administración de estos últimos. Uno y otro principio son como el anverso y reverso de una medalla.

El doctor Lafaille explica las soluciones acogidas en el Proyecto: cuando el marido es el que administra, rige el art. 421; cuando tiene lugar el régimen disociado, debe aplicarse el art. 428. Parece justa la diferencia que conviene determinar, que la mujer es responsable por esa administración disociada. Queda aclarado el punto con las precedentes manifestaciones, expresando el doctor Rey que el Proyecto es en esta parte más ventajoso.

PUNTO 4º.— El doctor Lafaille resume el estado de la discusión sobre este punto, manifestando que el supuesto de la ley es que cuando la administración de la sociedad conyugal pasa por incapacidad o renuncia de la mujer a un tercero, siendo el marido incapaz, entonces ella puede pedir la separación de bienes, si no se allanare a esa gestión. Dice la ley que el tercero administrador tiene las mismas facultades que el marido y el doctor Vico oponía ciertos reparos, como ser que no tratándose del cónyuge, no se justifican tales atribuciones. Sugería, además, la posibilidad de que la mujer estuviera también demente y entonces para la administración de los intereses de dos incapaces no se explicaría la extensión de facultades. A eso se le contestaba que la sociedad conyugal es una entidad independiente y, considerándola como tal, debe proveérsela de un representante, que es el marido, a falta de él la mujer y, en último término, un tercero. En este supuesto, ella podrá reclamar la separación de bienes y, siendo incapaz, sus representantes estarán habilitados para hacerlo. El doctor Vico proponía que cuando la mujer fuese incapaz, no se le debe dar al representante del marido las facultades del administrador y sí tan sólo las que correspondan a un curador. Pero, cuando se trata del patrimonio social, de bienes gananciales; ¿quién representaría esos intereses? No quedaría más remedio que llegar a la separación, a la disolución *ipso jure*. Por su parte, —dice el doctor Lafaille— estaba de acuerdo con el Proyecto y no tenía motivos para apartarse de él. Por lo demás, pueden superponerse dos instituciones: la curatela con respecto a bienes propios del marido incapaz y la administración legal con referencia a los de la sociedad, con las facultades conocidas. Las

Facultades del curador extraño.
(Art. 424).

consideraciones que se formulan de que es peligroso darle al tercero tales atribuciones, hallan su correctivo en el criterio del juez, quien debe ser cuidadoso en la elección de la persona. Si se mantiene la sociedad conyugal, debe ello ocurrir en modo tal que esa entidad pueda desenvolverse, y esto no se concibe si carece de representante con poderes suficientes. El mismo Código Civil actual, como también el de Comercio, confieren amplias facultades al curador de un incapaz para administrar y manejar dentro de las sociedades mercantiles e industriales; todas las restricciones que hay dentro de la curatela y de la tutela, cuando se trata de los bienes particulares del individuo, desaparecen en el régimen de las compañías.

El doctor Galli señala que dentro del concepto de administración, se acuerdan en realidad al curador las más amplias facultades de disposición, lo que no considera adecuado. Los comentaristas argentinos refiriéndose al actual art. 1289 que corresponde al texto que se analiza, han creído necesario establecer que las atribuciones del curador no deberían salirse de las disposiciones vigentes sobre curatela (Segovia, t. I, nota 104 al art. 1290; Machado, t. III, pág. 662, nota al art. 1289).

En cuanto al argumento derivado de la intervención del curador en sociedades mercantiles, considera que existe una diferencia fundamental con el supuesto del art. 424. En la sociedad, el curador actúa con los otros socios capaces y desde el punto de vista jurídico, la sociedad es un sujeto independiente de la persona de los socios. Concluye manifestando que estima peligroso dar a un curador libre facultad de enajenar.

El doctor Rayces considera que el hecho de que la sociedad conyugal sea una entidad independiente, como se ha observado, no significa que no deba distinguirse, en punto a facultades del administrador, según que el cargo lo desempeñe alguno de los miembros de esa entidad —marido o mujer— o que le sea conferido a un extraño por incapacidad de aquéllos. La administración de un extraño no debe tener por finalidad hacer prosperar los posibles negocios sociales con nuevas operaciones e iniciativas, sino simplemente vigilar y conservar su patrimonio. El administrador no necesita, entonces, facultades más amplias que las que se acuerdan a un curador o a un tutor.

El doctor Spota, reconociendo las dificultades que ofrece el complejo problema en discusión, considera que la fórmula a la que había arribado en la sesión pasada el doctor Rayces es la aceptable. En este sentido, entiende que cabe la siguiente distinción: cuando la mujer se excusa de administrar los bienes, el administrador judicial debe proceder con amplias facultades, según lo requiere la propia naturaleza de un ente jurídico como lo constituye la sociedad conyugal. En cambio, cuando marido y mujer son incapaces, el principio de que la sociedad conyugal exige una administración con facultades amplias, debe ceder ante el imperativo de salvaguardar los bienes de los incapaces, rodeándolos de todas las garantías que la ley, para estos casos, ha establecido. Tal distinción es razonable ya que la esposa —tan incapaz como el marido— ni puede asumir la administración, ni pedir por sí la separación de bienes. Lógico es, entonces, que, ante la ausencia de intervención o contralor de la administración judicial por parte de la mujer, la ley se limite a designar curador que dirija los bienes de la sociedad conyugal, y, en su caso, los bienes propios de cada uno de los esposos. Claro está que si cualquiera de los esposos formare parte de una sociedad mercantil, el curador actuaría con todas las facultades acordadas por la ley de la materia, lo cual debería extenderse al supuesto de tratarse de una sociedad civil.

El doctor Rey manifiesta que es preferible no modificar las disposiciones del Código Civil que en la práctica no hayan dado lugar a objeciones o inconvenientes.

Se resuelve modificar el art. 424 en el sentido de que, si ambos esposos son incapaces, el administrador que designe el juez sólo tendrá las facultades de un curador, tanto con respecto a los bienes gananciales como a los propios del marido. Debe aclararse que el curador tendrá las facultades inherentes a la administración de sociedades o industrias, cuando en la sociedad conyugal existan tales industrias o el esposo forme parte de dichas sociedades.

El doctor Lafaille hace constar su voto en contra.

Punto 5° — El doctor Lafaille expone que en la sesión anterior se había llegado a establecer bien claramente que, una vez inscripto el inmueble a nombre de la mujer, se entendería que había una propiedad indiscutible frente a los terceros,

Actos otorgados por la mujer. (Art. 426).

y que la tutela podría disponer de ella sin perjuicio de la prueba que después se pudiese producir. En cuanto al problema de establecer cómo se puede llegar a dicha inscripción en el registro, el art. 426 indica diversos medios. En todo caso, es de señalar que la esposa no debe acreditar la existencia de la conformidad del marido, sino solamente el ejercicio de la profesión por los medios autorizados y que si se trata de profesión reglamentada, se debe presentar la matrícula respectiva. Cabría —de acuerdo con una sugestión del doctor Vico, formulada en la sesión pasada—, consignar que la esposa sólo “deberá *presentar* justificativos”.

El doctor Spota indica que se califica la prueba desde que se hace referencia a las mujeres que ejercen profesiones reglamentadas. Respecto a las profesiones humildes, hay que buscar, también, el modo de calificar la prueba, siguiendo el ejemplo de países como Francia, en el cual según la ley de 1907, basta un “acte de notoriété”, u otro medio fácil, v. gr., una certificación de la respectiva oficina del Departamento del Trabajo. Sólo así se alcanzará el desiderátum de que la mujer pueda disponer sin cortapisas de ningún género del fruto de su trabajo, asegurando, también, la seriedad del acto en cuya virtud el bien se inscribe a nombre de ella. En esta forma se protege a los terceros, que podrían ver burlados sus derechos a la prenda común que les corresponde sobre los bienes susceptibles de ejecución por obligaciones del marido, contraídas por sí o como administrador conyugal. Pero —hay que repetirlo— esto debe conseguirse sin extremar las medidas y acordando pruebas o medios calificados y simples para que la mujer no necesite ni producir información judicial, ni venia del esposo para inscribir un bien a su nombre.

El doctor Galli se manifiesta partidario de la supresión del art. 426, en la parte que exige la prueba de la actividad o trabajo independiente de la mujer, con tanta mayor razón, cuando el propio art. 426 no exige la prueba del acuerdo marital. La mujer que opera en la hipótesis del art. 426, actúa investida de una potestad que le es propia. Exterioriza una calidad que no debe estar sujeta a más comprobación que la que le reclame el otro contratante. La justificación que se exige, no es una formalidad específica del acto que realiza. Babiloni considera absurdo que sirva de prueba la sola ma-

nifestación de la mujer (t. V, art. 66, pág. 253), pero tampoco se explica el control legal, si el interesado no reclama mayores comprobaciones. Bibiloni se ha inspirado en la ley francesa del 13 de agosto de 1907, cuyo art. 1º dispone que la validez de los actos de la mujer estará subordinada a la sola justificación por un acto de notoriedad u otro medio de prueba mencionado en la convención, de los que resulta que ella ejerce personalmente una profesión distinta de la de su marido. El acto de notoriedad es un acto notarial conteniendo la atestación de dos testigos o vale cualquier otro medio que acepte el otro contratante (manifestación del marido, patrón o testigos, exhibición de matrícula de comerciante, de patente, certificado municipal, facturas comerciales a nombre de la mujer, etc.). (Nast en Planiol y Ripert, t. 8 § 1355). Las pruebas no son obligatorias, ni quedan excluidos otros medios ajenos al acto. La anulabilidad se neutraliza con la prueba del ejercicio de la actividad personal. Se trata de un simple requisito formal que complica sin utilidad.

El doctor Rayces considera que, tratándose de bienes adquiridos por la mujer con el dinero proveniente de su trabajo, dado que esos bienes son siempre gananciales, no puede haber peligro alguno en que se presume que tiene ese origen todo bien adquirido a nombre de ella, pues siempre quedará a salvo el derecho de los perjudicados (acreedores de la sociedad conyugal) para probar lo contrario. Comparte, por ello, la opinión del doctor Galli.

El doctor Lafaille propone —y su moción es aceptada— que se modifique el art. 426 estableciéndose en el 2º párrafo: “Se presentará justificativo ante el escribano, como ser, la certificación de los Departamentos del Trabajo y, si fuere comerciante la matrícula respectiva, lo mismo que si se tratase de una profesión reglamentada”.

PUNTO 6º.— Se hace constar que la resolución tomada con respecto al anterior abarca también este punto.

PUNTO 7º.— El doctor Lafaille señala que debe discutirse en general y luego en particular, el proyecto presentado por el doctor Spota.

Así se resuelve.

El doctor Spota expresa que no se ha establecido claramente si se decidió en reuniones anteriores aceptar, en principio, que

Carácter del bien.
Prueba. (Art. 427).

Régimen convencional de separación de bienes.

se pudiera pactar el régimen de la separación convencional de bienes durante el matrimonio, es decir, una vez contraído éste, o si se estableció que se admitiría únicamente al pactarse las capitulaciones matrimoniales. Entiende por ellas las que fueran prenupciales. Le parece conveniente estudiar si no resulta ventajoso extender el sistema al supuesto de que los esposos quieran de común acuerdo pactar durante el matrimonio ese régimen especial. Ello puede tener ventajas evidentes y desventajas que deben apreciarse en conjunto. Las ventajas resultan de la consideración de que los esposos pueden entender que llegarán a tener mayor alcance los fines familiares viviendo, no ya bajo el régimen legal, sino bajo este nuevo sistema. La esposa asume, v. gr., una profesión con el acuerdo del esposo y los bienes que adquiere quedarán sometidos al régimen especial y serán propios, ocurriendo lo mismo con los obtenidos por el esposo. Los inconvenientes radican en que estos acuerdos son susceptibles de perjudicar a los terceros. Estos pueden encontrarse ante una situación que los dañe, ya que, con tales convenciones matrimoniales, corren el riesgo de quedar afectadas las garantías de los acreedores de la sociedad conyugal o de cada uno de los esposos. La prenda común de los acreedores corre el peligro, entonces, de quedar desvanecida. Pero tal inconveniente se obvia con un régimen de publicidad conveniente. Si se admitiera pactar el régimen de la separación durante el matrimonio, sería necesario, pues, algo así como una homologación judicial, previa publicidad e inscripción del acuerdo en el registro, todo con el fin de que los interesados puedan deducir sus oposiciones. En lo demás, hace presente que entiende haberse atendido a lo ya aceptado.

El doctor Lafaille recuerda que no es de hoy partidario de establecer en la ley el régimen de separación convencional de bienes como subsidiario, frente al régimen de la comunidad, que formaría la regla general. Por ello, no se opone a esa parte de la moción del doctor Spota. Pero entendía que, en las reuniones anteriores, cuando se acordó que el doctor Spota presentaría un proyecto, solamente se había contemplado el que pudiera convenirse en las capitulaciones prenupciales. Por más que el doctor Spota haya estudiado la posibilidad de extenderlo, no era ello lo que hasta entonces estaba

convenido; de manera que formula sobre esta segunda parte, todas sus reservas. Hay que comparar el régimen actual con el que establece el Proyecto: este último, sin contar con las modificaciones introducidas en estas conversaciones, cambia mucho el sistema absoluto implantado en el Código Civil y aún el de la misma ley 11.357. El sistema de Código Civil sufrió modificaciones a raíz de esta última, porque si bien dicha ley no implantó un régimen de separación, instituyó, en cambio, la administración disociada. El Proyecto, a su vez, ha extendido los casos de separación de bienes u otros que se aproximan a éstos, dentro del mecanismo de la sociedad conyugal. El Código Civil admite solamente la comunidad entre los esposos, ya que no existe más separación de bienes que cuando se disuelve tal sociedad. En cambio, la Comisión de Reformas propone: 1º, un régimen especial en las capitulaciones; 2º, una administración disociada, que se asemeja mucho a la separación de bienes, y 3º, mayor número de causas para la disolución. No armoniza con nuestras costumbres el autorizar separación durante el curso del matrimonio. Para salvar casos en extremo raros, se causaría, además, perjuicio a los terceros y, sobre todo, se atacaría la unidad moral de la familia. Los matrimonios convenientes para el país han sido aquellos en que los dos esposos formaron la masa y educaron a los hijos con el producto de ese esfuerzo conjunto. Más por eso, que por la protección a los terceros, votará por que se mantenga el Proyecto en esa parte. No puede olvidarse que la inestabilidad del sistema y las facilidades que tienen los esposos para cambiarlo, son también argumentos de peso contra la admisión de este régimen después del contrato matrimonial. El Proyecto, además, atenúa mucho los males que se pudieran causar a la mujer trabajadora. Se le acuerda la administración, desde luego, de los bienes dotales; entonces, ¿para qué se va a dar un paso más y admitir la separación en todo momento? En cambio, es acertado que se faculte a los contrayentes pactar, al celebrar el matrimonio, ese régimen, si lo consideran conveniente. Ellos y los padres pueden juzgarlo entonces y decidir que la fortuna de cada uno permanezca dividida, lo cual en ese momento no causa los trastornos domésticos, que luego puede producir hasta ser un prolegómeno del divorcio. Apoya en general el proyecto del doctor Spota, en

cuanto establece la separación convencional de bienes pactada en las capitulaciones prenupciales; pero no para autorizarla después de celebrado el matrimonio.

El doctor Rayces indica que concuerda con cada una de las ideas del doctor Lafaille. Cuando se trató, agrega, del principio de la inmutabilidad, debía admitirse una excepción a ese principio para el caso de que los esposos casados en el extranjero bajo el régimen de la separación, quisieran más tarde, radicados aquí, someterse a nuestro régimen legal. Pero no acepta la inversa, esto es, que quienes se hayan casado bajo el régimen de la comunidad, puedan posteriormente pactar el de la separación, pues estima que el legislador debe ser muy parco en la admisión de las oportunidades de apartarse del primero, que es el que en realidad le interesa auspiciar y fomentar por su mayor adecuación a los sentimientos e ideales de la familia argentina.

El doctor Spota expresa que no insistirá en su moción, amplia —a pesar de considerarla ventajosa— pero que no cree imposible que se acepte —de acuerdo con las ideas expuestas por los doctores Lafaille y Rayces— el principio de que los esposos están facultados para abrogar el régimen de separación pactado en las convenciones prenupciales, a fin de acogerse, durante la vida matrimonial, al régimen de la sociedad conyugal. El legislador, por todos los medios, debe facilitar el retorno a lo que estima más ventajoso para los intereses de la familia y el principio de la inmutabilidad de las convenciones prenupciales debe ceder ante esa razón de orden superior.

El doctor Lafaille manifiesta que no ve inconveniente en que la inmutabilidad de las convenciones prenupciales no rija para el caso de que los contrayentes quieran volver al régimen legal, tanto en lo internacional como en el orden interno. Así lo entendieron también los doctores Rayces y Rey.

Se resuelve aprobar el proyecto del doctor Spota, en el sentido de que se establezca que la separación convencional de bienes sólo se pacta en las convenciones prenupciales y que, sin perjuicio de ello, las personas que celebran esas capitulaciones podrán modificarlas en el sentido de volver a la comunidad de bienes legal, pero no a la inversa.

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 1º del anterior. Ver pág. 307). Sin resolución definitiva en razón de haberse producido un empate en la votación correspondiente.

PUNTO 2º — (El 2º del anterior. Ver pág. 307). Sin resolución definitiva por haber resultado empatada la votación.

PUNTO 3º — (El 7º del anterior. Ver pág. 308). Proyecto del doctor Spota sobre régimen convencional de separación de bienes.

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

Régimen convencional de separación de bienes.

REUNION N° 68

—Buenos Aires, nueve de marzo de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Enrique V. Galli y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

PUNTOS 1º Y 2º — Se postergan en razón de no ser posible un desempate.

PUNTO 3º — Se considera el proyecto presentado por el doctor Spota.

ARTÍCULO 1º — El doctor Spota hace presente que el régimen de separación convencional de bienes ya fué aprobado en general, pero con el alcance de que sólo podría pactarse antes de la celebración del matrimonio y con la salvedad de que los cónyuges siempre tienen derecho para volver al régimen legal de la comunidad. El *artículo primero* del proyecto presentado quedó modificado con ese alcance; se suprimió la parte final, que dice: "...o durante el matrimonio" y se hizo un agregado en el sentido de que, como se ha dicho, los esposos pueden volver al régimen legal. En consecuencia, hay que prever, cuando se hace esa mutación, las garantías para los terceros, debiendo considerarse si es necesaria o no la homologación judicial.

Régimen convencional de separación de bienes.

El doctor Lafaille entiende que es suficiente la inscripción en el Registro. Todo cambio —agrega— tendrá que anotarse para que produzca efectos contra terceros.

Así se resuelve, quedando redactado el art. 1º en estos términos: “El régimen convencional de separación de bienes debe ser pactado en las capitulaciones prenupciales. Sólo producirá efecto respecto de terceros, desde su inscripción en el Registro”.

ARTÍCULO 2º — El doctor Spota expresa que este artículo establece las formas de separación de bienes. Siendo parcial, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán regidos por las normas del régimen de la sociedad conyugal.

El doctor Lafaille considera que bastaría con decirlo en el art. 1º, por ejemplo: “...puede ser pactado en las capitulaciones prenupciales en forma total o parcial”.

Así se resuelve.

ARTÍCULO 3º — El doctor Lafaille indica que está ya incluído el art. 3º, en el art. 1º, cuando se acuerda a los cónyuges derecho para volver al régimen legal. Se podría, en cambio, aprobar un artículo que dijera: “Cuando se tratase de la vuelta al régimen legal de la comunidad y uno de los cónyuges fuese menor de edad o incapaz, se necesitará la conformidad de los respectivos representantes o la venia judicial”. Porque más que la anuencia de esos representantes, debe exigirse la homologación del juez, por cuanto no se puede conferir a los primeros un derecho de veto absoluto.

El doctor Galli pregunta si no habría que hacer concordar la solución que se adopta con el régimen que establece el Proyecto en el art. 434, cuando dice: “Siempre que la separación fuere solicitada por una mujer menor será necesario que la asista un tutor especial”. Según este artículo, se debe designar un tutor especial y en el texto propuesto se da intervención a los representantes legales.

El doctor Lafaille concuerda con el doctor Galli y estima que deberá decirse: “... con audiencia de los representantes legales y si se tratara de una menor de edad, del tutor especial que se le designe”.

En consecuencia, el art. 1º queda redactado así: “Podrá convenirse en las capitulaciones matrimoniales un régimen de

separación total o parcial de bienes. En cualquier tiempo podrán los esposos substituir el régimen convencional por el régimen legal, con audiencia, en su caso, de los representantes legales y, tratándose de un cónyuge o cónyuges menores de edad, con intervención del tutor o tutores especiales, que se designen. La capitulación matrimonial conviniendo el régimen de separación así como su substitución por el régimen legal sólo producirán efectos con relación a terceros desde la inscripción en el Registro".

ARTÍCULO 4º — De acuerdo con lo resuelto queda suprimido.

ARTÍCULO 5º — El doctor Spota expresa que dicho artículo se refiere a la confección de un inventario de los bienes de cada cónyuge al momento de celebrarse el matrimonio. Recuerda que ya se ha aprobado una norma en el sentido de que cualquiera de los esposos puede recabar la medida mencionada.

El doctor Lafaille considera que es una norma útil, porque defiende a los terceros. Habría que levantar inventario, tanto al celebrarse las capitulaciones matrimoniales, como cuando se vuelve al régimen legal de la sociedad.

Así se resuelve, modificándose el art. 5º en la siguiente forma: "En las capitulaciones matrimoniales que establezcan la separación o al convenirse la substitución de este régimen por el legal, se confeccionará siempre inventario de los bienes de cada cónyuge así como la constancia detallada de sus deudas".

ARTÍCULO 6º — El doctor Spota hace presente que esta disposición tiende a establecer qué es lo que debe entenderse por bienes propios de cada esposo y hace una enumeración de ellos. Ya no se trata de los bienes gananciales del régimen compuesto, sino de los que deben asumir el carácter de propios.

El doctor Rey opina que este artículo debe suprimirse, porque la clasificación tripartita de los bienes en propios de la mujer, del marido y gananciales carece de aplicación en el caso de un régimen de separación.

El doctor Lafaille añade que no se podría pretender que el fruto civil de un inmueble perteneciera a la sociedad conyugal, que no existe en esos momentos. Eso induce a confusión. Habría que decir: "Corresponderá al marido o a cada uno de los cónyuges...".

El doctor Spota plantea el supuesto de que sea parcial la separación de bienes.

El doctor Lafaille considera que, en ese caso, la única cuestión que podría suscitarse tendría relación con la suerte de los bienes adquiridos por el trabajo de uno u otro cónyuge. Ello se resuelve teniendo en cuenta que la separación parcial sería un régimen de excepción, y que la regla la formarían las disposiciones del Proyecto.

Con estas aclaraciones se suprime el art. 6°.

ARTÍCULO 7° — El doctor Spota observa que dicho artículo se inspira en el régimen del usufructo.

Se aprueba.

ARTÍCULO 8° — El doctor Spota expresa que en el art. 8° se hace la siguiente distinción: estando los dos esposos presentes, no pueden reclamarse retribución u honorario algunos por servicios personales; pero, estando uno de ellos ausente y cargando el otro con el peso de la administración, tendrá el derecho a que se le retribuya por ese servicio en proporción al resultado que produjere, a menos que la ausencia sea motivada por enfermedad.

El doctor Rey observa que esta disposición contribuirá a debilitar los lazos de la unión conyugal, introduciendo un elemento mercantil en contraposición a los sentimientos de protección y afecto que según el art. 361 del Proyecto deben privar en las relaciones matrimoniales. Si bien reconoce que la retribución puede ser en muchos casos un incentivo para que el cónyuge presente se haga cargo de la administración de los bienes del imposibilitado o del ausente y que la norma proyectada es lógica dentro del régimen de la separación, considera que es un estímulo indeseable y que se hallaría más de acuerdo con la naturaleza y fines del matrimonio un precepto que estableciera que ninguno de los esposos podrá cobrar retribución u honorario alguno de otro por sus servicios personales. Para los casos de impedimento de uno de los cónyuges, podría considerarse la posibilidad de establecer que el otro debe proceder como un gestor de negocios, si no se prefiere dejar el caso regido por las reglas generales, entre ellas las de la ausencia, que es lo más conveniente.

El doctor Lafaille añade que hasta se podría perjudicar a terceros si los cónyuges simulasen pagos de honorarios o de

retribuciones. Se proyecta dentro del Código, como una cuña, un régimen que no ha sido todavía ensayado y ello nos impone suma cautela, mayormente cuando se rompe la tradición, según la cual, las relaciones pecuniarias entre marido y mujer son desinteresadas. Aunque el sistema de la separación parte de una base distinta, no se puede decir que él tienda a borrar el afecto de los esposos que por lo menos, fundaría la presunción de la gratuidad. Prefiere lo que propone el doctor Rey, entendiendo que en caso de ausencia y siempre que no dejara el ausente un representante, sería obligación del otro cónyuge atender los negocios, actuando como gestor.

El doctor Galli observa que la gestión de negocios no es gratuita.

El doctor Rey indica que, por imposición de la ley, la gestión tendría que ser gratuita, como una obligación emergente del régimen del matrimonio.

El doctor Spota indica que lo propuesto podría dar lugar a una injusticia. Ello aparece evidente cuando media una gran desproporción entre el patrimonio del esposo que se ausenta —no por enfermedad— y del cónyuge que permanece en el domicilio conyugal. Tendrá este último que descuidar sus propios bienes o dejar de desarrollar sus actividades con que se sustenta o contribuye a solventar las cargas del hogar, a fin de dedicar todo su tiempo a cuidar de los intereses del otro. La retribución, en ese supuesto, se impone.

El doctor Lafaille considera que, tal vez, la solución más adecuada fuera que la gratuidad existiera solamente cuando uno de los cónyuges administra el acervo del otro en condiciones normales; en caso de ausencia sin dejar representante, se debe permitir al otro que recabe el nombramiento de un administrador, si él no quiere ocuparse de manejar estos intereses. El siguiente ejemplo pondrá de relieve el alcance de la moción: supongamos que el marido esté ocupado en sus tareas profesionales como abogado, médico, etc., y que posea un importante patrimonio. Admitamos que las relaciones entre los cónyuges no son nada cordiales y que existe separación de bienes convenida en el contrato nupcial. La mujer se ausenta sin consentimiento del esposo y entonces él que está ya muy ocupado, debe atender su trabajo, y además, cargar con la obligación de administrarle los bienes a su mujer. Lo

justo sería que ese marido, en vista de que la mujer no nombra representante, se apersona a la autoridad judicial y pida que se provea a ello, siempre que él no esté dispuesto a hacerlo gratuitamente. Lo de aplicarle de oficio y sin más trámite las responsabilidades de una administración, sería injusto y arbitrario y, podría favorecer las maniobras del otro cónyuge. El régimen establecido en el Código —en materia de abandono de bienes— se aplica al sistema de la comunidad y no al de separación convencional. Este último, en ciertas materias, debe ser regido por principios especiales. Propone que en la próxima reunión se estudie la proposición que formula y que es la siguiente: “En caso de impedimento o ausencia de uno de los cónyuges, si éste no designa representante, el otro deberá solicitar el nombramiento de administrador, a menos que ofreciere desempeñar el cargo gratuitamente”.

Así se resuelve.

ARTÍCULO 9º — El doctor Spota indica, por último, que el artículo 9º se refiere a las contribuciones de la mujer a las cargas del matrimonio.

El doctor Lafaille pregunta por qué se contempla solamente la obligación de la mujer.

El doctor Spota después de aclarar que la obligación del esposo queda en pie, tal cual lo ha reglado el artículo 361, agrega que, en realidad, la contribución de los esposos debe limitarse en la medida de lo indispensable para satisfacer las cargas del hogar. Observa que esta última es la orientación del artículo 1427 del Código Civil alemán.

A moción del doctor Lafaille y atento las explicaciones dadas, se aprueba el artículo 9º pero con el siguiente alcance: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 361, los cónyuges deberán contribuir a las cargas del hogar en la medida que se estableciere en las capitulaciones matrimoniales o, en su defecto, en proporción del patrimonio de cada uno”.

En consecuencia, quedan así redactadas las normas del proyecto presentado:

ARTÍCULO 1º — “Podrá convenirse en las capitulaciones matrimoniales un régimen de separación, total o parcial, de bienes. En cualquier tiempo podrán los esposos substituir el régimen convencional de separación por el régimen legal de la sociedad conyugal, con audiencia, en su caso, de los representantes

legales y, tratándose de uno o ambos cónyuges menores de edad, con intervención del tutor o de los tutores especiales que se designen por el Juez. La capitulación matrimonial conviniendo el régimen de separación, así como la substitución del mismo por el régimen legal de la sociedad conyugal, deberán inscribirse, y sólo desde que tal inscripción tenga lugar producirá efecto con relación a terceros”.

ARTÍCULO 2º — “En las capitulaciones en las cuales se convenga el régimen de separación de bienes, así como cuando se pacte su substitución por el régimen de la sociedad conyugal, se confeccionará siempre el respectivo inventario de los bienes de cada cónyuge y se dejará constancia detallada de sus deudas”.

ARTÍCULO 3º — “Uno de los esposos puede otorgar poder al otro con obligación de rendir cuentas. Si uno de los esposos ha administrado sin mandato, pero sin oposición del otro anotada en el Registro establecido en el artículo 64 de la ley de la materia, o bien, con mandato pero sin obligación de rendir cuentas, sólo queda obligado él y sus herederos a restituir los frutos existentes y no los consumidos”.

ARTÍCULO 4º — Ninguno de los esposos podrá exigir retribución u honorario alguno por los servicios personales que preste al otro. En caso de ausencia o de impedimento de uno de los cónyuges, si éste no designa representante, el otro deberá solicitar la designación judicial de un administrador, si no ofreciera desempeñar el cargo gratuitamente.

ARTÍCULO 5º — “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 361, los cónyuges deberán contribuir a las cargas del hogar en la medida que se estableciere en las capitulaciones o, en su defecto, en la proporción del patrimonio de cada uno”.

Se hace constar que el artículo 4º debe aún ser motivo de consideración en la próxima sesión.

ARTÍCULOS 389, INC. 4º Y 390. — El doctor Spota expresa que, antes de pasar al Orden del Día, convendría considerar de nuevo los arts. 389, inc. 4º y 390, que se refieren a la anulabilidad del matrimonio por dolo o error. Agrega que, con motivo de un reciente fallo de la Cámara Civil 2º de la Capital, estima que debe aclararse si el dolo es, por sí mismo, una causal de anulabilidad del matrimonio, independientemente del error. O, en otros términos, si para ale-

Anulabilidad por dolo o error. (Artículos 389, inc. 4º y 390).

gar el error determinante de la voluntad, no se requiere que se demuestre ninguna de las condiciones de aplicación del artículo 390, en el cual se establece en qué supuesto puede invocarse el error como causal de anulabilidad del matrimonio. Si esta fuera la interpretación, entonces sería suficiente que quien invoque el dolo, pruebe que el mismo reúne las condiciones del artículo 147, pudiendo tal dolo haber o no producido un error. Y aún en el caso de que el error se produjera, podría éste no ser de los que taxativamente contempla el art. 390. Tal cual está redactado el art. 389, inc. 4º, bastaría alegar el dolo, causante del *error virginitatis* —que no afectara su honra y buena fama—, o bien, la omisión dolosa sobre el estado patrimonial de uno de los contrayentes, para que el Juez se viera en la necesidad de anular el matrimonio. El sistema acogido, en el cual juegan independientemente el dolo del error, tiene antecedentes en el derecho alemán y en el suizo y es discutido en el derecho italiano, aunque no en la doctrina y jurisprudencia francesa, en las cuales, desde Loysel, rige la máxima: *en mariage trompe qui peut* y, por ello, el dolo no se admite como vicio alegable. Por lo tanto, se debe decir claramente si se acoge o no el dolo, o si sólo se lo acepta como vicio alegable, cuando ha dado lugar a un error de los contemplados en los tres incisos del art. 390.

El doctor Lafaille, dice que la Comisión entendió que el dolo producía los mismos efectos que el error para tornar anulable un matrimonio. Pudo suprimirse toda referencia ya que el concepto de “error” comprende toda falsa declaración de voluntad, espontánea o provocada. Pero si tal hubiera sido la fórmula del Proyecto, habría dado quizá base al equívoco y suponerse que adoptaba, sea el criterio canónico, sea el del viejo derecho francés, que por razones distintas eliminaban este vicio, resultado que no era, por cierto, el que se tuvo en mira por los redactores. De ahí los términos del art. 389, inc. 4º. Cuando el art. 390 contempla... el error y la ignorancia, deben ser considerados en el supuesto de mediar instigación, los casos que enumera, como otras tantas situaciones de “dolo grave”, que según las reglas generales, dan origen a la nulidad del acto. (Art. 147 del Proyecto). Aunque no sería necesario, para evitar cualquier dificultad propone que

al art. 390 se le agregue la palabra “dolo”, de tal modo que establezca: “El error, la ignorancia o el dolo sólo podrán referirse...”.

Así se aprueba.

ARTÍCULO 434. — El doctor Lafaille indica que en la parte final de este artículo se habla de que cuando la separación la solicita una menor, deberá asistirle un tutor especial. ¿No será conveniente —pregunta— referirse a cualquiera de los cónyuges menores de edad?

Se resuelve establecer la tutela especial para cualquiera de los esposos. La parte final del art. 434 dirá: “Siempre que la separación fuere solicitada por un menor será necesario que lo asista un tutor especial”.

ARTÍCULO 435. — El doctor Spota sugiere que, con respecto del art. 435, se considere si conviene o no conferir al administrador todas las facultades acordadas durante el régimen normal de la sociedad conyugal.

ARTÍCULO 437. — El doctor Lafaille hace notar que en el art. 437 existe una frase que pudiera prestarse a equívoco, porque parece que el mantenimiento no comprende a los hijos. Sin duda, hay otros preceptos que así lo disponen; pero conviene que, en el tercer apartado de este artículo, se restablezca el texto actual del Código Civil (art. 1300), consignando que los cónyuges deberán contribuir al propio mantenimiento, al de sus hijos y a la educación de éstos, en la medida de sus recursos.

El doctor Spota expresa que deberá concordarse el art. 437 con lo establecido en materia de divorcio: el cónyuge culpable del mismo sólo en ciertas condiciones tiene derecho a exigir alimentos. Por ello, resulta amplio en demasía el art. 437 al no contemplar tal supuesto.

El doctor Lafaille hace presente en el sentido expresado por el doctor Spota, que con la modificación que se introdujo al art. 434 se ha establecido lo que no existía antes: la separación producida de pleno derecho por una sentencia de divorcio. Se podría agregar al art. 437: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. ..., respecto del cónyuge culpable”.

El doctor Galli hace moción de que se postergue la consideración del asunto a fin de tener tiempo de buscar una redacción adecuada.

Esposos menores de edad. Tutela especial. (Art. 434, parte final).

Facultades del cónyuge administrador. (Art. 435).

Mantenimiento de los hijos. (Art. 437, apartado 3º).

Alimentos al cónyuge culpable. (Art. 437, apartado 3º).

Se resuelve que en la reunión próxima se procurará una redacción adecuada que comprenda, en el tercer apartado del art. 437, el supuesto de los efectos jurídicos de la sentencia de divorcio.

Efectos de la sentencia. Desde cuando rigen. (Art. 437, apartado 4º).

El doctor Galli hace presente que, con respecto al cuarto apartado de este artículo, Bibiloni proyectaba: "... desde el día de la demanda". Entiende que los efectos de la sentencia se trasladan a la época de la demanda.

El doctor Lafaille pone de relieve que existe jurisprudencia para que se retrotraigan tales efectos al día de la demanda. En otra época se resolvió que debían remontarse hasta el momento en que se produjo la causal de disolución fundándose en un precepto del título de las sociedades (art. 1776).

Se resuelve incluir el punto en el orden del día.

Caso de bigamia. (Art. 441).

ARTÍCULO 441.— A indicación de varios miembros de la Sección se resuelve considerar la solución que da el art. 441 en cuanto modifica el régimen actual y resolver si debe ser mantenido o modificado el sistema del Código.

En consecuencia, el Orden del Día para la sesión siguiente queda formulado así:

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

PUNTO 1º — (El 1º del anterior. Ver pág. 317. Sin resolución definitiva en razón de haber resultado empatada la votación correspondiente).

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

PUNTO 2º — (El 2º del anterior. Ver pág. 317. Sin resolución definitiva por empate).

Régimen convencional de separación de bienes.

PUNTO 3º — (El 3º del anterior. Ver pág. 317).

Facultades del cónyuge administrador. (Art. 435).

PUNTO 4º — Indicación del doctor Spota para que, respecto del art. 435, se considere si conviene o no conferir al administrador todas las facultades acordadas durante el régimen normal de la sociedad conyugal.

Alimentos del cónyuge culpable. (Art. 437, apartado 3º).

PUNTO 5º — Procurar una redacción adecuada que comprenda en el tercer apartado, del art. 437, el supuesto de los efectos jurídicos de la sentencia de divorcio.

Efectos de la sentencia. Desde cuando rigen. (Art. 437, apartado 4º).

PUNTO 6º — A pedido de varios miembros de la Sección, considerar si conviene, en la parte final del art. 437, mantener el texto que hace producir los efectos para las partes desde

la sentencia, o crear otro régimen como el de la retroactividad a la fecha de la traba de la litis.

PUNTO 7º — Considerar la solución del art. 441 en cuanto modifica el régimen actual y examinar si debe ser mantenido o modificado el sistema del Código.

Caso de bigamia
(Art. 441).

REUNION N° 69

—Buenos Aires, diez y seis de marzo de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

RÉGIMEN CONVENCIONAL DE SEPARACIÓN. — Respecto del art. 1º del proyecto presentado por el doctor Spota, el doctor Rayces pregunta si la expresión “con audiencia de los representantes legales o tutores especiales” exige o no la intervención judicial. Agrega que si así fuera, convendría aclararlo estableciendo la necesidad de la intervención judicial, cuando, existiendo menores o incapacitados, se volviera al régimen legal. Además, entiende que conviene modificar la redacción del artículo en cuestión, a fin de que resulte claro que, tratándose de un insano que actúa por medio de su representante legal, es este último el que debe formular ante el juez, de acuerdo con el otro cónyuge, el pedido de que se vuelva al régimen legal de la sociedad conyugal.

Régimen convencional de separación de bienes.

Se resuelve que se redacte el art. 1º mencionado de acuerdo con la indicación del doctor Rayces.

En consecuencia, dicho precepto queda redactado así: “Artículo 1º — Podrá convenirse en las capitulaciones matrimoniales un régimen de separación, total o parcial, de bienes. En cualquier tiempo podrán los esposos substituir el régimen convencional de separación por el régimen legal de la sociedad conyugal. Si uno o ambos esposos fueren menores de edad, la conversión al régimen legal de la sociedad conyugal deberá solicitarse al juez con intervención del tutor o tutores especiales que el mismo designe. El juez decidirá, en su caso, la

oposición que se formule. Si uno o ambos esposos fueren interdictos o ausentes declarados en juicio, podrán formular el pedido de conversión, ante el juez, el o los representantes legales de los mismos. La capitulación matrimonial conviniendo el régimen de separación así como la substitución del mismo por el régimen legal de la sociedad conyugal, deberá inscribirse, y sólo desde tal inscripción producirá efecto con relación a terceros''.

Cesación de la separación. Cónyuges menores de edad. Intervención del juez. (Art. 438).

ARTÍCULO 438.— Propone el doctor Rayces que, en la hipótesis contemplada en el art. 438 de cesación de la separación de bienes judicialmente decretada, siendo uno o ambos cónyuges menores de edad, tal cesación deberá ser solicitada al juez, quien designará el o los tutores especiales a que se refiere el art. 434, *in fine*.

Se resuelve tener en cuenta esta proposición.

ORDEN DEL DIA

PUNTOS 1º Y 2º — Se postergan ambos, por no ser posible el desempate.

Régimen convencional de separación de bienes.

PUNTO 3º — El doctor Lafaille expresa que el doctor Spota, en el art. 8º de su proyecto, se colocaba en el supuesto de que cualquiera de los cónyuges tuviese que administrar los bienes del otro, en el régimen de la separación. Se había entendido que esa administración sería gratuita y también que en el caso de que uno de ellos se hubiera ausentado o se hallara en la imposibilidad de manejar sus intereses, debiera el otro, a falta de administrador nombrado, hacerlo gratuitamente o solicitar del juez proveyera ese cargo. Indica que está conforme con la nueva redacción que se ha dado a este punto.

El doctor Rey manifiesta que, aun cuando está conforme en general con el espíritu de la disposición, no la considera necesaria y que en caso de adoptarla hay que contemplar además otra situación. Agrega que en una rápida búsqueda no ha encontrado en los códigos extranjeros más conocidos, salvo el Código mejicano, una disposición igual. Añade que, fuera del caso de enfermedad de uno de los cónyuges o de ausencia, es muy difícil que pueda presentarse una situación que dé lugar a la aplicación de la norma proyectada. Ahora bien; para el caso de ausencia registrarán las disposiciones de

los arts. 59, 60, 556 y siguientes del Proyecto, que son muy amplias y, en la hipótesis de enfermedad, parece excesivo eximir al otro cónyuge de la obligación de hacerse cargo de la administración de los bienes del enfermo. El deber de protección, ayuda, fidelidad, asistencia mutua, existe aun en el caso de haberse convenido un régimen de separación de bienes como el que ha proyectado esta Sección, y como corolario de ese deber se impone la obligación de hacerse cargo de la administración del cónyuge enfermo. Por otra parte, en el caso de adoptarse la norma en discusión, correspondería considerar la conveniencia de prever las mismas situaciones que podrían presentarse en el régimen normal de la sociedad conyugal admitido en el Proyecto, cuidando de que no resulte en mejor situación el ausente o el enfermo en un régimen de separación que en aquél.

El doctor Lafaille considera conveniente extender la disposición del art. 423 en el sentido de que, habiendo imposibilidad o ausencia de un cónyuge, siempre el otro está obligado a denunciar el hecho para que se nombre el administrador, ya que no se puede hablar de retribución ni del nombramiento de un tercero, salvo en casos especiales.

Se acepta la indicación del doctor Lafaille en los términos expuestos, agregándose al art. 423 un párrafo según el cual: "El cónyuge no administrador está obligado, en caso de impedimento o ausencia del otro cónyuge, a hacerse cargo de la administración de la sociedad conyugal y de los bienes de este último, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 424".

PUNTO 4º — El doctor Lafaille observa que la moción tiende a establecer una simple concordancia. El doctor Spota se preguntaba si el administrador de los bienes del cónyuge ausente tiene las mismas facultades que el de la sociedad conyugal o una situación especial. Después de lo resuelto sobre el art. 424, parece que se debe hacer este distingo: cuando administra los bienes de la sociedad conyugal, amplitud de facultades y cuando administra los bienes del incapaz, las limitaciones del caso.

Se resuelve concordar el art. 435 en lo dispuesto al considerarse el art. 424.

Los doctores Lafaille y Rey proponen que, en el art. 435,

Facultades del cónyuge administrador. (Art. 435).

apartado 1º, se restablezca la expresión: “optado” del Código vigente, para evitar confusiones.

Se acepta la indicación.

Alimentos del cónyuge culpable. (Art. 437, apartado 3º).

PUNTO 5º — El doctor Lafaille propone que se agregue al tercer apartado, del art. 437, lo siguiente: “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 382, inc. 3º”.

Así se resuelve.

Efectos de la sentencia. Desde cuando rigen. (Art. 437, apartado 4º).

PUNTO 6º — El doctor Lafaille hace notar que el punto encierra una cuestión de gran interés. Agrega que se entendió en la Comisión Reformadora que la sentencia que declaraba la separación de bienes era constitutiva de una situación jurídica, ya que, en rigor, la sociedad conyugal subsiste hasta el momento de la sentencia que la disuelve. Reconoce, sin embargo, las dificultades de orden práctico que pueden surgir y hace referencia a las actuales soluciones de la jurisprudencia.

El doctor Spota observa que durante el lapso en el cual se tramita el pleito, si bien no se disuelve de hecho, la sociedad conyugal está completamente rota. Puede, en efecto, concebirse este supuesto: una de las partes es la que trabaja y la otra se mantiene en un estado, puede decirse, de quietud. Entonces, ¿es justo que ese cónyuge que durante esos años de tramitación del pleito no ha trabajado, tenga participación en los frutos de la actividad del otro?

El doctor Rayces entiende que ello no es justo, y el doctor Lafaille propone que los efectos de la sentencia se retrotraigan a la fecha de la traba de la litis.

El doctor Rayces entiende que los efectos de la sentencia deben retrotraerse a la fecha de la notificación de la demanda. Para demostrar la conveniencia de ello plantea esta hipótesis: uno de los cónyuges demanda la separación judicial y el otro opone una excepción de previo pronunciamiento con el sólo propósito de dilatar la entrada al juicio. Mientras se substancia la incidencia —un año tal vez, o dos, o más aún— el cónyuge demandante adquiere nuevos bienes con su exclusivo trabajo. ¿Es justo que esos bienes se consideren gananciales de la sociedad? Indudablemente no. Sin embargo así sería, si los efectos de la sentencia se retrotrayeran a la fecha de la traba de la litis, o sea que sólo empezarán a producirse después de resuelta la excepción de previo pronunciamiento.

El doctor Spota adhiere a lo que expresa el doctor Rayces,

entendiendo que la solución en cuya virtud los efectos de la sentencia se retrotraen a la notificación de la demanda, constituye una solución prudente e intermedia entre la de la jurisprudencia —la cual hace llegar los efectos a la causa de la separación— y la del Proyecto. Si los principios no se siguen íntegramente hay razones para ello.

Se posterga la consideración de este punto.

PUNTO 7º — El doctor Lafaille explica el alcance de la norma proyectada en el art. 441, y trae a colación el siguiente supuesto: un hombre casado en Italia, deja su esposa en el extranjero y se viene al país donde constituye un segundo hogar con una mujer de buena fe. Es aquí donde obtiene toda su fortuna. Fallece el individuo y la solución, según el Código vigente, es la siguiente: la mujer legítima, la extranjera, no se perjudica, pues ella tiene derecho a la totalidad de su parte en los gananciales, es decir, a la mitad. La mujer de buena fe, que también es legítima, tiene derecho a repetir sobre los gananciales del bígamo, luego, se lleva la otra mitad; quiere decir que la herencia del bígamo queda repartida entre las dos mujeres. El problema no se plantearía si no hubiera prole, pero cuando existen hijos legítimos, que lo son tanto los del primer matrimonio como los del putativo, no reciben nada de la herencia ya que se la han llevado las dos esposas. ¿Cuál es la solución equitativa? Es difícil dar con ella; y debemos conformarnos con una transaccional o aproximativa. Reconoce que la solución del art. 441 no es enteramente satisfactoria, porque sacrifica a la mujer de buena fe cuando hay hijos legítimos. Continúa expresando que, en el caso, la sociedad conyugal verdadera se ha mantenido, no se ha disuelto; a menos de admitirse que basta con la simple separación para determinarla, lo que no es justo, ni —dicho sea de paso— es el criterio del Código, pese a la jurisprudencia, que parece olvidar este mismo art. 1316, situación de esta índole que supone una separación de hecho, pues, de lo contrario habría que admitir que las dos mujeres vivían juntas, no habiendo entonces ni moral ni buena fe. Si la ley hubiera entendido que la separación de hecho engendraba la pérdida de los gananciales no le hubiera adjudicado a la cónyuge legítima la mitad de ellos, según se ha visto. En el sistema del Proyecto la distribución se realiza en menoscabo de la mujer de buena

Caso de bigamia.
(Art. 441).

fe, aunque se proteje a los hijos nacidos de ambas uniones. Otra proposición —que no prosperó— consistía en dividir los bienes entre cuatro —la mujer del primer matrimonio, la del segundo y los dos grupos de hijos—; pero formaba una sola masa con los gananciales, sin distinguir el momento en que se produjeron, lo que es en realidad, arbitrario.

El doctor Rayces indica que no siempre la mujer de buena fe resulta beneficiada en el sistema vigente. Así, en la hipótesis de bienes adquiridos con su trabajo, como éstos se considerarían gananciales, podría suceder que todo se lo llevaran la primera esposa y los hijos, en base a la mencionada disposición de la ley. Basta lo brutal de la solución para poder afirmar que el sistema más justo es el que atribuye a estas situaciones la condición jurídica de las sociedades de hecho. Es de observar, además, que a la esposa abandonada puede reprochársele alguna negligencia, mientras que nada hay que reprochar a la que contrajo enlace de buena fe. Que haya sanciones contra el bigamo para acordar un beneficio a la esposa abandonada, le parece bien; pero que en ningún caso se sacrifique a la segunda esposa de buena fe, le parece mejor.

El doctor Lafaille dice que en la sociedad de hecho intervienen, en el caso, otros elementos. Suele buscarse analogía entre esta sociedad de hecho y las de orden legal que se producen cuando median matrimonios sucesivos; pero habría que agregar aquí, como parte en la distribución a los hijos, so pena de privarlos de toda cuota en los bienes. Con la moción del doctor Rayces, se sacrifica a la mujer legítima; mientras que el Proyecto, en cambio, reduce el derecho concedido a la mujer del matrimonio putativo. Para nosotros, agrega, este problema reviste especial importancia, puesto que nos encontramos en un país de aluvión; no son pocos los inmigrantes que abandonan a su mujer en el extranjero y, al radicarse aquí, se casan nuevamente. Hay que buscar una fórmula —aún dentro del régimen de las sucesiones—, que sacrifique lo menos posible a la mujer de buena fe, pero no a costa de la legítima. Supongamos que durante la unión legal ambos consortes realizaron grandes esfuerzos para formar una fortuna y que el marido, a raíz de una quiebra, abandona el hogar y al establecerse en esta tierra forma uno nuevo y rehace su posición económica. ¿Por qué se va a perjudicar la primera mujer?

Cierto es que nuestra simpatía se inclina hacia la segunda, porque es argentina o domiciliada entre nosotros. Pero lo ideal es mantener en primer término los derechos de la primera, en defensa de la familia; una y otra son consideradas como esposas, y los hijos de ambas como legítimos, de manera que debe propenderse a un régimen que no desaloje a nadie. Es de advertir, sin embargo, que en un caso, se trata de un derecho evidente y en el otro, de una asimilación por un favor legal —y por ello— si alguien debe ceder es la segunda cónyuge. El sistema de las sociedades de hecho puede aceptarse, pero siempre que se reconozca intervención a los hijos. Es de señalar, también, que nuestro problema es propio de los países nuevos y difícil de comprender para los europeos. Mientras la ley de Registro Civil no se combine con la identificación de la persona, estos conflictos no serán raros. Además, se debe ser cauto: no se puede culpar a la esposa extranjera ni afirmar que debió seguir al inmigrante: lo corriente es el abandono, o bien la pobreza que impidió sufragar los gastos del viaje. Tampoco debemos creer demasiado en la inocencia de la mujer residente entre nosotros, aunque así lo presuma el legislador. En esas condiciones, la justicia consistiría en una solución equitativa como la del Proyecto. Además, el actual precepto se generaliza al extenderse a cualquiera de los cónyuges, y no únicamente a la mujer por mucho que sea el supuesto general.

El doctor Spota pide que, al resolverse el interesante y complejo problema, se tenga en cuenta el elemento aproximativo que para la solución del mismo importa el art. 440, *in fine*. Según este precepto, si los esposos vivieron separados de hecho, el culpable carece de participación en los gananciales. Tal regla debe extenderse al caso de que ambos cónyuges fueran culpables. Entonces, el art. 441, que contempla el caso de bigamia, sólo puede ofrecer dificultades cuando a la cónyuge no se le puede imputar culpa alguna; acaece, con suma frecuencia, en los supuestos que fueron planteados, que la mujer legítima revela despreocupación, no lucha por reconstituir su hogar y sólo recuerda sus derechos de esposa en circunstancias en las cuales el hogar hállase disuelto.

El doctor Lafaille dice que lo que sugiere el doctor Spota y que habría que tener en cuenta es lo siguiente: cuando en

la separación de hecho hay culpable, la situación se puede aclarar, y si la responsabilidad incumbe a los dos cónyuges, entonces la mujer europea —llamémosla así— nada podría reclamar, porque ella habría dado causa a la ruptura. Por ejemplo, el individuo que se ausenta de Europa porque la esposa vive en adulterio. Entonces la solución es más clara. Otra solución consistiría en suprimir para este caso el régimen de gananciales y dividir por cabeza con los hijos. Pero, si los hijos son numerosos, la mujer legítima y la putativa recibirían participaciones demasiado pequeñas.

Se resuelve suspender la discusión de este punto.

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

Matrimonio anulable. Requisitos de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

Caso de bigamia. (Art. 441).

Orden del día para la sesión siguiente. PUNTO 1º — (El 1º del anterior. Ver pág. 326).

PUNTO 2º — (El 2º del anterior. Ver pág. 326).

PUNTO 3º — (El 7º del anterior. Ver pág. 327).

REUNION N° 70

—Buenos Aires, veintitrés de marzo de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Enrique V. Galli, Daniel Ovejero, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

PUNTOS 1º y 2º — Se postergan ambos, debido a que no es posible un desempate.

Efectos de la sentencia. Desde cuando rigen. (Art. 437, apartado 4º).

ARTÍCULO 437. — El doctor Rayces funda su proposición, en el sentido de que la sentencia de separación tenga efecto desde la fecha de la notificación de la demanda y no desde que se trabó el pleito, en virtud de que puede haber excepciones dilatorias que lo paralicen durante mucho tiempo —a veces años—, con el consiguiente perjuicio para el cónyuge que trabaja. No debe,

pues, empezar a producir efectos desde el día de la sentencia, ni del momento en que se interpuso la demanda ni del momento en que se traba la litis, salvo que se entendiera en derecho procesal que la simple notificación de la demanda comporta ya la “traba de la litis”. Si no es así, debe remontarse la retroactividad “a la fecha de la notificación de la demanda”. Se ha dicho, agrega, que ésta es una solución que se aleja del sistema del Código; puede ser que así sea, pero si conviene que el efecto retroactivo tenga lugar desde la notificación de la demanda en razón de las consideraciones expuestas, no hay por qué someterse a ese sistema.

El doctor Lafaille expresa que, en cuanto al argumento que se hace con motivo de las excepciones dilatorias, es de observar que se podría aplicar a todos los pleitos, ya que todos son susceptibles de prolongarse por ese medio legal. A pesar de ello, la traba de la litis se produciría siempre por demanda y contestación. Ya se trató el asunto en otra oportunidad y se decidió que convenía establecerlo así, posiblemente, en el texto. Es este un temperamento justo, y en cuanto a los abusos que pudieran cometerse, podrían salvarse con las medidas preventivas, con el período de sospecha que organiza la ley y también por la obligación de no innovar que está comprendida en el Proyecto.

El doctor Spota manifiesta estar de acuerdo con la proposición del doctor Rayces. Entiende que hay que apartarse de los principios por un doble orden de razones: primero, es el que acaba de exponer el doctor Rayces, es decir, que se puede prestar al sacrificio del cónyuge laborioso, pero, también, se puede prestar el otro sistema a que se perjudique la misma esposa. En esto radica el segundo motivo en que se funda la necesidad de que la sentencia de separación tenga efecto desde la notificación de la demanda. La doctrina francesa —como se desprende de las enseñanzas de Colin y Capitant, t. 3, pág. 188, 8ª ed., citados por Bibiloni al sostener la solución que hoy vuelve, mejorándola, a auspiciar el doctor Rayces—, da ese fundamento, al precepto del Código Civil francés, contenido en el art. 1445. Este último, en efecto, se refiere al día de la demanda como fecha desde la cual la sentencia de separación da lugar a sus consecuencias jurídicas. La necesidad de apartarse de los principios es evidente. Si éstos debie-

ran observarse, habría que aceptar, no que los efectos de la sentencia se retrotraigan a la traba de la litis —entendiendo por tal el momento en que se constituye la relación jurídica procesal por demanda y contestación—, sino a la fecha de la sentencia. Esta, en verdad, no es, en el caso, declarativa, sino constitutiva de derechos, de situaciones jurídicas. Y si, entonces, todos están de acuerdo en apartarse de los principios, esa desviación debe ser lo más completa posible, a fin de que se dé satisfacción a la *ratio juris* de la proposición que se debate, lo cual exige que la sentencia produzca efectos desde que se notificó la demanda. La exigencia de que los efectos del fallo que sanciona la separación, tengan lugar desde el día de la notificación de la demanda, importa, por lo demás, un perfeccionamiento con respecto al “Anteproyecto” de Bibiloni, el cual sólo se refería al “día de la demanda” (“Anteproyecto”, t. 5, pág. 269, art. 86). Es de reconocer, sin embargo, que los efectos legales de la deducción de la acción, en el sistema auspiciado por Bibiloni, tiene lugar desde la notificación de ella (“Anteproyecto”, t. 1, pág. 222, art. 10, apartado 1º). Pero, en la materia del derecho de familia, Bibiloni parece apartarse —como se apartó en el citado art. 86— de este principio. Resulta, sin embargo, conveniente aceptar el día de la notificación de la demanda como fecha desde la cual produce efecto la sentencia de separación.

El doctor Galli apoya la proposición del doctor Rayces a la que ha adherido el doctor Spota. Recuerda que ya propuso retrogradar los efectos de la sentencia entre partes, en la reunión del 9 de marzo. Estima que esa solución, es la consecuencia lógica de la prohibición contenida en el art. 436, según el cual durante el juicio, los cónyuges no pueden innovar el estado de las cosas comprendidas en el litigio, precisamente porque los efectos de la sentencia deben retrotraerse al tiempo de la litis.

Puesta a votación la proposición del doctor Rayces, es aceptada por el voto de éste y de los doctores Galli y Spota. Los doctores Lafaille y Ovejero votan en contra y en los términos propuestos por el primero. El doctor Rey se abstiene. En consecuencia, queda redactado el art. 437 así: “Dictada la sentencia de separación, y desde la notificación de la demanda, ninguno... Estos efectos se producirán entre las partes des-

de el día de la notificación de la demanda, y en cuanto a terceros, desde la fecha en que ella fuere inscrita o prenotada”.

ARTÍCULO 438. — El doctor Spota hace notar que la proposición del doctor Rayces relativa al art. 438, tiende a que sea indispensable dar intervención al tutor especial que contempla el art. 434, último apartado, cuando uno de los esposos o ambos sean menores de edad, o en general incapacitados.

Puesta a votación la referida proposición, es aceptada por unanimidad, debiendo agregarse al art. 438 el siguiente apartado: “Siempre que uno de los esposos fuere incapaz deberá ser asistido por un tutor especial designado por el juez”.

PUNTO 3º — El doctor Lafaille manifiesta que debe considerarse el supuesto del art. 441 que se propone en reemplazo del art. 1316 actual. Como lo vimos en la sesión anterior, para el caso de bigamia establece que al liquidar la sociedad conyugal, el esposo verdadero tendrá derecho a la totalidad de los gananciales y el esposo putativo, a repetir, sobre los gananciales del bigamo, la parte que le corresponde. La dificultad se presenta, y no tiene solución dentro de los principios, cuando existe descendencia. En realidad, podría suscitarse, también, cuando hay ascendientes; pero, con menor frecuencia. El proyecto dispone que el beneficio del presente artículo no tendrá aplicación si quedaran descendientes de cualquiera de estas uniones. Dado que el beneficio en cuestión se refiere al cónyuge putativo, entonces éste quedaría completamente eliminado por la prole, nacida de unión ilegítima y de la propia. No considera que esta limitación se extienda al cónyuge verdadero, porque los gananciales le corresponderían a título de socio, por no estar separados legalmente los bienes, pero teniendo en cuenta la reserva que para el culpable señala el art. 439 del Proyecto en su parte final. En la reunión anterior se pensó cuál podrá ser el temperamento adecuado apartándose de los principios. Desde luego, según estos, si se los aplica rigurosamente, la sociedad conyugal no se disuelve por ese abandono y el esposo legítimo no tiene por qué perjudicarse por el delito del otro. El cónyuge putativo está equiparado al legítimo y como tal se le da a él un derecho para repetir sobre los gananciales del bigamo. De ese modo se protegen los derechos de ambos cónyuges inocentes, pero

Cesación de la separación. Cónyuges menores de edad. Intervención del juez. (Art. 438).

Caso de bigamia. (Art. 441).

quedan sin contemplar la descendencia y todos los herederos forzosos. Tratándose de éstos, la situación no hiere tanto el sentimiento de justicia como cuando se trata de los descendientes de uno y otro matrimonio. Hay que salvarlos en primer término y por eso el Proyecto excluye a la mujer putativa del beneficio cuando aquéllos existen. Pero se ha dicho que por muy respetable que sea la situación del cónyuge verdadero, parecería que se exagera su defensa con este precepto. El doctor Repetto propuso en el seno de la Comisión dividir por cuatro los bienes cuando hubiere hijos de ambas uniones. Pero esta solución se presta, entre otros reparos, al de que no tiene en cuenta aquellos casos en que los gananciales son diversos para ambas sociedades. Sugiere, entonces, como solución aproximada y de equidad que se reduzcan al 50 % los gananciales de la mujer legítima y también los de la putativa, para formar con esa mitad que resta una masa de bienes a distribuirse entre los descendientes.

El doctor Rayces expresa que la proposición precedente es una fórmula más satisfactoria que la aceptada por la Comisión de Reforma, puesto que no lleva al sacrificio completo de la mujer putativa cuando existen descendientes. Ello, no obstante, propondrá otra solución que estima más justa y más de acuerdo con los principios. Parte del punto de vista que la situación del segundo cónyuge debe ser amparada. Es una situación jurídicamente igual a la del tercer adquirente de buena fe de una cosa vendida por el heredero aparente. Así, pues, son los efectos jurídicos de la buena fe los que están jugando en este caso. Dentro de este orden de ideas la solución más justa, en su sentir, es la de considerar a la segunda esposa dueña de la mitad de los bienes adquiridos durante el segundo matrimonio, y asignarle a la primera esposa la otra mitad, sin sacrificar a la una ni a la otra aún cuando existan hijos. Porque si se medita sobre la situación de éstos, se advierte que no es una injusticia que no reciban nada, toda vez que, como consecuencia de la inconducta del causante, no forman parte del patrimonio hereditario los bienes adquiridos durante las dos comunidades superpuestas. Naturalmente que si el causante ha dejado gananciales adquiridos durante el primer matrimonio, o sea antes de la bigamia —o ha

dejado bienes propios—, los hijos recogerán su parte hereditaria.

El doctor Rey expresa que la proposición del doctor Rayces debería ser objeto de una consideración en segundo término, porque conviene plantear como cuestión preliminar la de los hijos, es decir, si ellos merecen o no una disposición que prevea la parte que les pueda corresponder en este caso. Resuelto ese punto negativamente, llegará la oportunidad de considerar la moción del doctor Rayces.

El doctor Galli considera que debe suprimirse el segundo párrafo del art. 441, por el cual se protege en vida de los padres el derecho hereditario de los descendientes.

El art. 441 corresponde al art. 1316 del Código con la redacción modificada, pero agrega el párrafo que observa, el que tampoco incluye Bibiloni (t. V, art. 94, págs. 272 y 273).

La protección de derechos hereditarios a una sucesión futura, está de más en un capítulo que trata la disolución de la sociedad conyugal. No se le oculta que la disolución puede ser la consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges y producirse, entonces, simultáneamente con la apertura de la sucesión y con la vocación hereditaria de los descendientes, pero es una mera coincidencia. La disolución de la sociedad conyugal puede ocurrir en vida de los cónyuges. Siendo así, la reserva para los descendientes no tiene aplicación, porque no ha nacido aun su vocación hereditaria.

Tratándose de disolución en vida, los descendientes carecen de todo derecho actual sobre los bienes de la sociedad. Y si la disolución es por causa de muerte, el conflicto de intereses entre los cónyuges sobrevivientes (el legítimo y el putativo) y los descendientes, debe ser resuelto en favor de los cónyuges.

Los cónyuges son socios, tienen un derecho personal actual. Los descendientes recién podrán aspirar a la parte atribuida al socio fallecido por efectos de la disolución de la sociedad conyugal. Los sobrevivientes deben ser desinteresados recogiendo su parte.

La preferencia del cónyuge putativo sobre los descendientes, estriba en que éstos siempre están en situación de llegar a recibir la parte que se acuerda al cónyuge putativo, porque serán sus herederos forzosos. En cambio, si los bienes propios

del cónyuge putativo se derivan a los descendientes, aquél sufrirá un despojo irreparable, cuando el descendiente tenga herederos de llamamiento preferente al del ascendiente que fué cónyuge putativo.

Respetando la porción del cónyuge putativo, los descendientes podrán heredar en su oportunidad. Prefiriendo a éstos, aquél resulta desamparado.

Acepta la solución del artículo suprimiéndole el párrafo segundo.

El doctor Lafaille manifiesta que si se respetan los principios, deben ser considerados en primer término los cónyuges, porque ellos tienen un crédito sobre la sociedad; de manera que los hijos pasan a segundo plano. Con respecto al argumento del doctor Galli de que puede resultar que éstos no devuelvan a los progenitores la parte recibida, agrega que debe tenerse en cuenta: 1º, que el cónyuge putativo, como quiera que sea, goza de un beneficio legal que se hace en amparo de la buena fe que se presume, con lo cual experimenta una doble ventaja y, 2º, que el cónyuge verdadero, a su vez, goza de otro favor con la prolongación del régimen de la sociedad conyugal, pese a la separación de hecho. En cambio, los hijos ningún beneficio obtienen; más aún, se les priva de su legítima, a consecuencia del reconocimiento de esos créditos. Al ajustarse a estas bases, se procedería de acuerdo con los principios, pero no con la realidad y con la justicia. Por eso, ya en la reunión anterior, se había pensado en la conveniencia de salvarle la situación a la prole de ambos matrimonios, aun a costa de los padres. Debe, pues, solucionarse la dificultad en la forma que propuso, que consulta todos los intereses; 1º, el derecho del cónyuge abandonado, porque obtiene la ventaja de los gananciales; 2º, el del esposo putativo, asimilado al legítimo y con la presunción de la buena fe; y 3º, el de los descendientes, para quienes se formará un fondo especial, equivalente a la mitad de los gananciales.

Se posterga la consideración de este punto.

ARTÍCULO 447. — El doctor Galli propone que en la última parte del art. 447, se sustituya: “sucesores”, por “herederos”. Considera que es la expresión que corresponde.

Se resuelve tener presente la proposición.

Substitución del término “sucesores” por “herederos”, (Art. 447, parte final).

ARTÍCULO 448. — El doctor Galli propone que en vez de: “gravidez”, se diga: “embarazo”.

Se acepta la indicación.

ARTÍCULO 449. — El doctor Spota, con referencia al inc. 1º del art. 449, según el cual todo interesado podrá impugnar la legitimidad del hijo —“por no haber existido matrimonio entre los padres”, expresa que el nuevo Código italiano contempla un caso interesante y que es el siguiente: el marido y la mujer han vivido públicamente como tales, han tenido un hijo legítimo y han muerto como marido y mujer. La legitimidad de ese hijo no puede ser motivo de contestación, si falta el acta de matrimonio, siempre que medie posesión de estado que no se halla en oposición con el acta de nacimiento. Es decir, que deben darse varias condiciones: marido y mujer viviendo como tales, muriendo como tales y, además, que el hijo tenga esa posesión de estado, la cual no debe hallarse contradicha por el acta de nacimiento.

Se resuelve considerar en la próxima reunión la indicación del doctor Spota.

El doctor Rey expresa que, si bien no conoce los antecedentes ni la finalidad del art. 238 del nuevo Código Civil italiano, su lectura le hace pensar que se refiere a una cuestión prevista más adelante, en el art. 453, disposición que sería conveniente tener en cuenta.

Se resuelve tener presente la observación del doctor Rey, respecto del mismo art. 449.

ARTÍCULO 451. — El doctor Spota sugiere que se estudie, respecto al art. 451, si convendría que la impugnación de la filiación autorizada por el mismo fuese reglamentada en el sentido de exigir algún principio de prueba por escrito.

ARTÍCULO 452. — El doctor Galli considera que en este artículo existe una omisión cual es la de no establecer la imprescriptibilidad de la acción de los hijos legítimos para exigir su reconocimiento. Ese carácter de la acción aparece en el Código actual (art. 259) y en el Anteproyecto de Babiloni (art. 15, t. V, pág. 299). Cree que es conveniente establecerlo, hasta por razones de técnica, que impidan dar a la omisión interpretaciones torcidas, después de advertir que el art. 451 establece la imprescriptibilidad de la acción para contestar la legitimidad.

Substitución del término “gravidez” por “embarazo”. (Art. 448, apartado 2º).

Impugnación de la legitimidad. (Art. 449).

Impugnación de la filiación. Principio de prueba por escrito. (Art. 449).

Impugnación de la filiación. Principio de prueba por escrito. (Art. 451).

Acción por reconocimiento de legitimidad. Imprescriptibilidad de la acción. (Art. 452).

Se resuelve, en virtud de la indicación del doctor Galli y para mantener la unidad de la redacción —si bien pareciera que el art. 451 no es necesario por lo que dice el art. 323, inc. 4º—, trasladar dicho artículo después del 452 con el agregado: “así como la acción prevista en el art. 452”.

Prueba de la posesión de estado. Supresión del término “constante”. Substitución del término “nacimiento” por “filialción”. (Art. 453).

ARTÍCULO 453. — El doctor Galli propone se suprima la palabra “constante” que califica la posesión de estado al final del art. 453. No sólo la posesión de estado implica una situación de permanencia, sino que además el art. 454 se desentiende del requisito de constante exigido en el anterior. En el mismo artículo y a indicación del doctor Rayces, se substituye la palabra “nacimiento” por la de “filialción”.

Substitución del término “nacimiento” por “filialción”. (Art. 455).

ARTÍCULO 455. — El doctor Galli formula la misma observación que hizo el doctor Rayces al art. 453, respecto de la palabra “nacimiento”. Queda aprobada.

Substitución del término “personalmente” por “de oficio”. (Art. 457).

ARTÍCULO 457. — El doctor Spota estima que la expresión “personalmente” debe ser substituída por la “de oficio” puesto que se presta a confusiones. Añade que tal es lo que auspiciaba Bibiloni. (Anteproyecto, t. 5, pág. 311, art. 24).

El doctor Lafaille expresa que esa palabra parece querer decir que es el juez quien debe concurrir personalmente a citar a parientes. No tiene inconveniente en que se cambie.

Se resuelve restablecer en el art. 457 la expresión “de oficio” que contiene el Anteproyecto, en lugar de “personalmente”.

Ascendientes y descendientes. Calificación de legítimos. (Art. 457).

El doctor Galli advierte que en este artículo no se califica a los ascendientes y descendientes con el carácter de legítimos. Propone establecerlo.

Se resuelve agregar después de “descendientes” la palabra “legítimos”.

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

Orden del Día para la sesión siguiente. PUNTO 1º — (El 1º del anterior. Ver pág. 334).

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

PUNTO 2º — (El 2º del anterior. Ver pág. 334).

Caso de bigamia. (Art. 441).

PUNTO 3º — (El 3º del anterior. Ver pág. 334).

Impugnación de la legitimidad. (Art. 449).

PUNTO 4º — Indicación del doctor Spota de que se considere en el art. 449 si no sería conveniente tomar en cuenta

la situación legislada por el art. 238 del Código italiano, es decir, cuando habiendo vivido los progenitores maritalmente hasta su fallecimiento, el hijo se encontrara con que no se le puede oponer ninguna inscripción en sentido contrario ni alegar ningún derecho de otro descendiente. El texto de dicho artículo es como sigue: "La legitimidad del hijo de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer y han muerto ambos, no puede ser contestada por el sólo motivo de que falta la prueba de la celebración del matrimonio, cuando dicha legitimidad sea probada por una posesión de estado que no esté en oposición con el acta de nacimiento".

PUNTO 5º—Observación del doctor Rey, respecto del mismo artículo, en el sentido de que se tenga en cuenta las disposiciones que más adelante existen sobre la prueba de la posesión de estado y de la filiación legítima en general y que se vinculan con los términos del art. 238 del Código Civil italiano.

PUNTO 6º—Indicación del doctor Spota, respecto del artículo 451, acerca de la conveniencia de que la prueba autorizada por el mismo fuese reglamentada en el sentido de exigir algún principio de prueba por escrito.

PUNTO 7º—Por indicación del doctor Galli se aconseja la supresión de la palabra "constante" que califica la de "posesión", al final del art. 453.

Impugnación de la legitimidad. (Art. 449).

Impugnación de la filiación. Principio de prueba por escrito. (Art. 451).

Prueba de la posesión de estado. Supresión del término "constante". (Art. 453).

REUNION N° 71

—Buenos Aires, treinta de marzo de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Daniel Ovejero, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

PUNTOS 1º y 2º—Se postergan ambos por no ser posible un desempate.

PUNTO 3º—El doctor Ovejero expresa, con respecto al problema que plantea el art. 441, que en, principio, está de

Caso de bigamia. (Art. 441).

acuerdo en que debe protegerse a la última mujer, a la del matrimonio putativo. Entre un cónyuge culpable, puesto que ha tenido en sus manos los recursos de la ley, sea para iniciar el divorcio por abandono, sea para acusar por bigamia, y no lo ha hecho, y un cónyuge perfectamente casado de buena fe, se debe preferir a este último. Además, hay otro argumento digno de tenerse en cuenta y que es el siguiente: generalmente estos abandonos se producen en Europa por inmigrantes que se radican aquí y aquí contraen segundo matrimonio; de esa manera protegiendo a la mujer del matrimonio putativo se protege a la mujer argentina. Es un argumento quizá un poco egoísta, pero que conviene tener en cuenta. Reconoce, por fin, que debe tratarse de hallar una solución al problema que surge cuando existen descendientes.

El doctor Lafaille dice que, en el conflicto entre el cónyuge de buena fe y el verdadero, cabe preferir a uno u otro. Puede haber al respecto distintas opiniones, pero lo que no cabe olvidar es la situación de los descendientes. No hay que satisfacerse diciendo: "como los dos cónyuges reciben mitad de los gananciales y absorben el patrimonio, no queda nada para los hijos". Los problemas de las relaciones de familia no se resuelven con un criterio puramente económico. Un ejemplo típico se tiene en el mismo Código vigente: cuando el art. 1315 asigna a los esposos igualdad de partes en los gananciales, no considera los aportes pecuniarios y la actividad de cada uno. En otro caso, la solución envuelve una completa anomalía, de acuerdo con los principios. El cónyuge —heredero forzoso— no tiene herencia; la pierde sin haber cometido ninguna falta y puede responder ilimitadamente por las deudas del causante, si hubiere de su parte, una aceptación pura y simple. Se refiere al art. 3576, que regla el supuesto de que el viudo concorra con ascendientes o descendientes y que los bienes sean gananciales. Recibe, entonces, su parte como socio en éstos y entra a compartir solamente en los propios. Este precepto no tiene antecedentes en la legislación comparada y ofrece mucha similitud con el que ahora nos preocupa; de ahí que por consideraciones análogas podría el legislador reducir los derechos del cónyuge putativo y del verdadero en atención a la prole.

El doctor Spota manifiesta que es grande su perplejidad

ante el complejo problema a dilucidar. Entiende que existen razones muy atendibles, tanto en apoyo de la solución auspiciada por el doctor Lafaille, como en favor de la sostenida por el doctor Rayces. La primera, sin embargo, posee una ventaja innegable: trata de resolver el problema en forma integral, es decir, contemplando la situación de los descendientes. La otra, que no se diferencia casi de la ley vigente, parece que cierra los ojos al problema. Es por ello que considera necesario no sólo proteger a la mujer de buena fe, que contrajo matrimonio putativo, sino también procurar que los hijos tengan parte de los bienes del padre bígamo. Es de buena política legislativa, agrega, tratar de que en cierta época esos hijos tengan algo con que sobrellevar las cargas de la familia que están destinados a formar. Recuerda una crítica de Roguin quien se refería a la inexistencia, con respecto a los padres, de la obligatoriedad de la dote. La dote en derecho romano y en virtud de las leyes Julia y de Papia Poppea, era obligatoria para los padres. También lo era por el Código albertino, el de Nápoles, el austríaco, y hasta por algunas legislaciones vigentes. El derecho moderno, en general, suprimió tal obligación y, sin embargo, se ha dicho que el sistema antiguo tenía la ventaja de que daba a los matrimonios jóvenes un cierto patrimonio con que desenvolverse. Añade que ya en otra oportunidad tuvo ocasión de hacer notar la orientación de esa doctrina de Roguin y la defensa de la supresión de la obligatoriedad de la dote hecha por Bianchi (“Los regímenes matrimoniales en la legislación italiana”, in *Jurisprudencia Argentina*, t. 30, sec. doct., págs. 1-30, y, especialmente, pág. 14, text. y n.45-7). En esa oportunidad expresó: “Vemos, entonces, cómo Italia ha seguido esa tendencia de la legislación moderna de suprimir tal obligación. Sin embargo, Roguin ve una contradicción en las leyes, como la italiana, francesa, etc., que han abolido esta obligación y, ello no obstante, consagran la institución de la reserva y la de la legítima en materia de sucesión, dado que el fin de estas instituciones es idéntico: asegurar a los descendientes una participación en el haber de los padres. Es en el momento en que él —observa Roguin refiriéndose al hijo— se establece cuando más le importaría ser ayudado por su familia. ¿De qué le sirve la seguridad de tener más tarde una

porción de la fortuna paterna o materna?'. Es por ello que si la disolución de la sociedad conyugal se produce, en el caso del art. 441, también por muerte del bígamo, convendría tener en cuenta estas justas observaciones. Uno de los sistemas no contempla la situación de los hijos sino en forma mediata, es decir, que los mismos van a recibir más tarde esos bienes; pero puede suceder que los reciban demasiado tarde. En substancia, pues, a los hijos que van a formar una familia se les debe dar un elemento patrimonial, si la disolución del matrimonio prodúcese *mortis causa*. La solución que lo hace en una forma más inmediata tiene ventajas. Pero, ¿cuál es la solución? Por ejemplo, podría ser aquella a la que se refirió el doctor Lafaille en la anterior sesión y que consistía en formar un fondo a repartir entre ellos con el cincuenta por ciento de los gananciales. Sin embargo, deberá completarse la misma con la que propicia Bibiloni en el sentido de tomar en cuenta los aportes de los esposos y producirse una liquidación ficticia de la sociedad con respecto a la segunda mujer. Esta no puede tener derecho a los gananciales del primer enlace; debe producirse esa liquidación a partir del momento en que se contrajo el segundo. De ese modo, se consigue que el fondo a repartir entre los descendientes se forme no absorbiendo íntegramente el cincuenta por ciento de los gananciales. Sólo en el supuesto de que el bígamo nada hubiera aportado al primer matrimonio, o bien, en el caso de que ningún ganancial se hubiera obtenido en el mismo, la solución inevitable sería la de constituir el fondo a repartir que nunca debe exceder del cincuenta por ciento de los gananciales, comprendiéndose los bienes propios del bígamo que recibirán en herencia los descendientes. En otras palabras: sólo se tomarán bienes gananciales para constituir el fondo reservado a los hijos en la medida que los bienes propios del bígamo que pasarán a los descendientes, así como los gananciales del primer matrimonio que correspondan al bígamo, no alcancen a cubrir dicho porcentaje. Por fin, debe tenerse en cuenta que el art. 439, o sea, el que regla los efectos de la separación de hecho, debe aplicarse a esta situación, de tal modo que el esposo legítimo no tendrá derecho a los gananciales obtenidos por el bígamo en el segundo matrimonio, si aquél fué culpable de tal separa-

ción de hecho. También conviene dejar establecido que asiste al cónyuge que contrajo matrimonio con el bigamo, la presunción de buena fe. Al respecto, podría adoptarse una norma como la del art. 257 del Código Civil de Méjico: “La buena fe se presume; para destruir esta presunción se requiere prueba plena”. Y, para concluir, debería hacerse constar que el esposo putativo podría exigir que no se dividan los bienes hereditarios, si existiere un menor de edad o si se tratare de bienes que forman parte de un establecimiento agrícola, industrial o mercantil, siempre que no excedan de un valor de \$ 50.000. Sólo debería dividirse en la medida necesaria para satisfacer los derechos del esposo legítimo y de sus herederos. Seguiríase, así, la orientación de leyes modernas (v. decreto-ley de junio 17/1938, dictado en Francia; “Dalloz-Hebdomadaire”, 1938, “appendice”, pág. 104) y del propio “Proyecto de Reformas” (arts. 1931 y 1941, incs. 6º y 8º). En consecuencia, podría, a juicio del exponente, sancionarse una norma en términos semejantes a los siguientes:

“Si ha existido bigamia, ignorada por el otro contrayente, el cónyuge legítimo tendrá derecho a la mitad de los gananciales adquiridos como si la segunda unión no se hubiere celebrado, con deducción de la parte proporcional que corresponda a los aportes del bigamo. El segundo cónyuge tendrá derecho a la otra mitad de los gananciales que le pertenecen por el matrimonio putativo, con deducción de la parte proporcional correspondiente a los bienes que hubieran tocado al primer cónyuge en el día de la celebración del segundo matrimonio, en virtud de una liquidación ficticia.

“Si hubiere descendientes de cualesquiera de estas uniones y lo disolución de la sociedad conyugal formada a raíz de la segunda unión tuviere lugar por causa de muerte del bigamo, se tomará de los bienes gananciales habidos en las dos uniones lo necesario para que, computándose los bienes propios del bigamo y en su caso las deducciones efectuadas al esposo legítimo y al putativo, se forme un fondo que alcance al cincuenta por ciento de todos los gananciales. Este fondo se dividirá entre los descendientes de acuerdo a lo dispuesto en el libro V de este Código y ningún acto de última voluntad del bigamo podrá oponerse a lo aquí establecido. Si sólo quedaren descendientes de la unión legítima, el fondo

indicado se limitará al veinticinco por ciento de todos los gananciales.

“El esposo legítimo no tendrá derecho a la mitad de los gananciales, adquiridos después que medió separación de hecho con el bigamo, si la misma tuvo lugar por culpa exclusiva o concurrente con este último.

“La buena fe del esposo putativo se presume; para destruir esta presunción se requiere plena prueba. Cuando la disolución de la sociedad conyugal tenga lugar por causa del bigamo, siempre que el esposo putativo lo pidiere y existieren descendientes de éste menores de edad o si se tratare de bienes que formen parte de un establecimiento agrícola-ganadero, industrial o mercantil, cuyo valor no exceda de \$ 50.000, el juez dispondrá que sólo se dividan los bienes en la medida necesaria para satisfacer los derechos del esposo legítimo y de los descendientes habidos en el matrimonio de éste con el bigamo. La indivisión se mantendrá hasta que el último de los descendientes menores alcance la mayor edad o hasta que fallezca el cónyuge supérstite, respectivamente”.

“La indivisión podrá ser exigida también por el esposo legítimo en lo que respecta a los bienes que corresponden a él y a sus descendientes”.

El doctor Rey manifiesta que la disposición proyectada por Bibiloni resuelve con justicia la situación que se plantea, cuando no existen descendientes. Como lo dice el autor en la nota respectiva —al art. 94, tít. XII, Régimen de los bienes en el matrimonio— la solución que adopta es la sustentada por Marcadé con las modificaciones que le han introducido Aubry y Rau. En el núm. 700 del t. I de su obra, Marcadé expone gráficamente la situación en términos que evitan toda confusión. Pone como ejemplo el caso siguiente: Titius casado en comunidad con Prima y teniendo un fondo social de \$ 60.000, se casa igualmente en comunidad con Secunda que le aporta \$ 40.000. Este segundo matrimonio dura dos años, durante los cuales la nueva comunidad —confusión de dos comunidades sucesivas—, realiza \$ 10.000 de beneficios. Después de ese término muere Titius, dejando una comunidad que asciende, pues, a \$ 110.000. Ahora bien, para determinar la parte de Prima, dice Marcadé, se deducirán los \$ 40.000 aportados

por Secunda y los \$ 4.000 de beneficios proporcionales obtenidos; quedarán así \$ 66.000, de los cuales corresponderán a Prima \$ 33.000. Para Secunda, si es de buena fe, habría que separar \$ 55.000, o sea, la mitad del total, de modo que el resto quedará para los herederos de Titius; pero si aquélla había adoptado por su contrato una comunidad convencional que sólo le atribuiría el tercio —\$ 36.966 en el caso— ella podría optar por considerar a la comunidad como una sociedad ordinaria y tomar \$ 44.000. Aubry y Rau, con razón, aceptan la solución de Marcadé con respecto a la liquidación de las deudas de la primera mujer, pero la rechazan en lo referente a la situación de la segunda, sosteniendo que la segunda mujer de buena fe debe tomar la mitad del monto de la comunidad tal como existe en el día de la anulación o disolución del matrimonio, con deducción de los derechos de la primera mujer ficticiamente liquidados al día de la celebración de este matrimonio y de una parte proporcional a esos derechos en las adquisiciones hechas después de esa época. Esta es la solución aceptada por Bibiloni, como resulta del texto que ha proyectado y de la nota respectiva.

El doctor Lafaille hace presente que las explicaciones de Marcadé y Aubry y Rau, no aparecen claramente condensadas en el texto de Bibiloni. Pero la solución a que se llega por este medio, también tiene un elemento de equidad. El ejemplo será más saliente cuando la mujer abandona al marido en Europa y se casa aquí con un individuo de buena fe. El extranjero burlado era —supóngase— un artesano, con pocos recursos— y ella se une aquí con un capitalista. No parece justo que se beneficie el marido legítimo con los gananciales derivados de ese aporte, porque entonces —extremando el ejemplo— podría fomentarse el adulterio, obteniéndose un lucro con la propia deshonor. Parece, pues, que la solución de Aubry y Rau fuera justa. La comunidad liquidada ficticiamente con los gananciales en el momento en que se contrajo matrimonio putativo, alcanzaría apenas a cinco mil pesos de beneficio. Muere el estanciero y deja a su compañera un millón como gananciales. ¿Sería posible que sobre ese millón de pesos y los cinco mil de la comunidad orginaria se entregue el cincuenta por ciento al individuo que permaneció en Europa, so pretexto de que no debe perjudicarse con el adulterio? Si no debe sufrir

detrimento, tampoco ha de convertirse para él en fuente de utilidades. Está bien que le correspondiera al marido europeo en esos gananciales la proporción de su aporte (aunque involuntario) a la comunidad de hecho, así constituida; pero nada más. Por último, señala que el criterio de la Comisión es que los beneficios que acuerda el art. 441 del Proyecto, no rigen cuando existen hijos en casos de fallecimiento. Aunque no lo haya dicho expresamente, se da por sentado que no habría sucesión en vida. Lo contrario vendría a vulnerar fundamentales principios.

El doctor Rayces expresa que debe tenerse presente que una cosa es que el cónyuge putativo tenga un crédito contra el esposo bigamo y otra cosa muy distinta es la solución a que debe aspirarse, y es que la esposa putativa tenga derecho a los bienes. Podría sobrevenir una cuestión de concurrencia de créditos y que el esposo putativo se encontrase en una situación perjudicial. El concepto debe ser este: el esposo putativo contrató de buena fe y tiene derecho indudable a los bienes adquiridos durante la aparente sociedad.

Se posterga la consideración de este punto.

Impugnación de la
legitimidad. (Art.
449).

PUNTO 4º— El doctor Spota expresa que el sistema del Proyecto parte de la base de que, según el art. 449, la filiación se puede impugnar por no haber existido matrimonio entre los padres y, según el art. 453, la filiación legítima requiere la prueba de la inscripción del matrimonio de los padres y del nacimiento, o bien, la prueba supletoria del nacimiento o la del matrimonio que acuerdan los arts. 358 al 360. Entonces, el hijo tiene dos extremos que probar: 1º, el matrimonio, mediante la prueba de la inscripción en el registro o la supletoria y, 2º, el nacimiento, mediante la prueba de la inscripción o la supletoria del nacimiento. Pero existe una situación que conviene contemplar y es la que regla el libro I del nuevo Código Civil italiano que entrará en vigencia el 1º de julio de este año ("Rivista di diritto civile", dirigida por Asioli, 1938, pág. 595). No es una reforma del proyecto italiano: síguese el Código Civil del año 1865. Por ella, si el hijo está inscripto en el Registro como legítimo, si los padres han vivido siempre como esposos y ambos han fallecido como tales, no puede surgir una acción de contestación de la filiación por el sólo hecho de que falte el acta de matrimonio. Es de pregun-

tarse, pues, si no conviene aceptar, respecto de esa situación que en vida no causó ninguna perturbación y en la que el hijo está amparado por esa partida de nacimiento, una solución que libre a ese hijo de presentar la prueba del matrimonio o una prueba supletoria en que deba acreditar la pérdida de actas o destrucción de los registros, etc. Bastará que el hijo acredite esa situación, ese matrimonio constituido por quienes han vivido y han muerto como esposos y que acreditara la prueba del nacimiento, para rechazar cualquier acción en contra que se base, exclusivamente, en la inexistencia del acta del matrimonio. Es cierto, vuelve a decir, que el Proyecto ha contemplado las pruebas supletorias con amplitud, sobre todo después de las modificaciones aprobadas por esta Sección. Pero, esas pruebas a veces son difíciles y muchas otras imposibles. Se debe tener presente que nuestro país es de inmigración y que se da el supuesto de hijos de inmigrantes que no pueden señalar —por ser menores al arribar a nuestro país— cuál es el lugar en que celebró el matrimonio de los padres. Plantea el problema en el sentido de que una situación jurídica que no causa perturbaciones en vida, no debe causarlas después que el matrimonio se ha disuelto por muerte de ambos padres.

El doctor Lafaille llama la atención sobre la serie de normas del Proyecto en que se tiene en cuenta la situación de los hijos de esas uniones, en que media posesión de estado y también la de los adulterinos, aunque no la tengan. Prescindiendo de las disposiciones sobre prueba supletoria, como la del art. 359 que dice que ni los esposos ni los terceros podrán invocar la posesión de estado para acreditar el matrimonio; pero que sin embargo con ella se cubren las irregularidades del acta de celebración; se establece en el art. 453 que la filiación legítima se acredita mediante la inscripción del matrimonio de los padres y del nacimiento en el Registro correspondiente y si el hijo no estuviere inscripto, o los libros se destruyeren o se perdieren o si no hubo asientos, el nacimiento se podrá demostrar por la posesión constante del estado de hijo legítimo. Cabe recordar otro caso, que es el más serio. Si alguna persona, cuya filiación fuera adulterina, tuviera a su favor un reconocimiento o posesión de estado como hijo legítimo, su verdadera calidad podría serle opuesta tan sólo

por el cónyuge, los descendientes o ascendientes legítimos del progenitor. No tendrán ese derecho ni el ministerio público, ni el Consejo de Educación y ni siquiera los colaterales (artículo 473). De manera que la situación cambia completamente con relación al régimen actual. Extremar este criterio, como ocurre en la solución auspiciada, conduce a erigir los concubinatos en uniones legítimas. Ese peligro es aún mayor en nuestras provincias donde son tan frecuentes las familias irregulares. Considera atendible la proposición cuando la falta de partida responde a vicios del Registro, o a la destrucción de los libros, pero no cuando mediere concubinato. Es de advertir que en la mayoría de los casos, tal omisión no es imputable a los funcionarios, ni obedece a las causas apuntadas, sino a que se trata de uniones al margen de la ley. El Proyecto las protege mucho más que el Código Civil vigente, según lo deja demostrado y porque además los hijos naturales reciben por herencia la mitad de la cuota correspondiente a los legítimos en lugar de la cuarta parte.

El doctor Rey expresa que ha meditado y estudiado detenidamente la proposición del doctor Spota y le parece inadmisiblemente jurídicamente la disposición del art. 238 del proyecto italiano y prácticamente inconveniente para nuestro país. Jurídicamente, porque desde el momento que no puede haber filiación legítima sin matrimonio, es evidente que para probar la legitimidad del hijo hay que probar el matrimonio y el nacimiento del hijo, como lo establece el art. 453 del Proyecto. Los autores franceses, interpretando los arts. 319, 320 y 323 del Código Napoleón, que para nada mencionan la prueba del matrimonio y parecerían considerar suficiente prueba de la filiación legítima el acta de nacimiento, se hallan de acuerdo en que aquellas disposiciones sólo tienen en vista la filiación pero no la legitimidad y presuponen probado el matrimonio. Este sólo puede probarse por los medios que se establecen en el respectivo capítulo —arts. 358 a 360 del Proyecto— donde se prevén las dificultades que pueden presentarse y se provee a su solución. La posesión de estado de marido y mujer no prueba el matrimonio. Ahora bien; el art. 238 del Código italiano, en el caso que prevé, da por probada, sin que lo esté, la legitimidad. Es una disposición peligrosa, que quiebra el sistema adoptado para la prueba del matrimonio y cuya

inmediata consecuencia será abrir una brecha por la cual se introducirá la ilegitimidad en el recinto de la familia legítima.

El doctor Spota observa que el art. 473 que invocó el doctor Lafaille, salva parcialmente la posición del hijo adulterino, en el sentido de que ha hecho de la adulterinidad una acción oponible por determinadas personas. Pero, cuando se trata del hijo natural, éste se podría encontrar en una situación más desfavorable, porque si ese hijo no llega a probar su carácter de legítimo por medio de una partida de nacimiento, entonces no es legítimo, como, en cambio, se le reconoce al hijo adulterino. La situación del hijo natural ante la sociedad, así como la desventaja patrimonial, ya que al hijo natural sólo le corresponde la mitad de lo que le pertenece al legítimo, deben ser contempladas con más favor que la del adulterino. Un medio, pues, de acercarse a la solución acogida por el legislador italiano y que condice con la orientación del Proyecto, es la de extender el art. 473 a los hijos naturales. Modifica, por lo tanto, su moción en el sentido de considerar si conviene extender la norma del art. 473 a los hijos naturales.

Se resuelve estudiar esta nueva proposición en la reunión próxima.

PUNTO 5º — Queda resuelto con lo establecido en el punto anterior.

Impugnación de la legitimidad.

PUNTO 6º — El doctor Spota manifiesta que, después de reflexionar sobre el punto cuyo estudio ha sugerido en la reunión pasada, considera que el art. 451, así como los arts. 449 y 450, deben mantenerse, en la inteligencia que permiten recurrir a todo medio de prueba para impugnar la filiación. Agrega que no siempre los terceros están en condiciones de presentar un principio de prueba por escrito; lo más frecuente es que sólo podrán recurrir a la prueba testimonial y, en general, es evidente que, en estas cuestiones de legitimidad, a los terceros les es difícil aportar pruebas documentales. Además, la orientación del derecho comparado es la de permitir a todo interesado que invoque cualquier género de prueba. Por ello, no insiste en su moción.

Impugnación de la filiación. Principio de prueba por escrito. (Art. 451).

PUNTO 7º — Se acepta la indicación del doctor Galli.

Prueba de la posesión de estado. Supresión del término "constante". (Art. 453).

Acto seguido se pasa a preparar el orden del día para la sesión siguiente.

Matrimonio de personas no domiciliadas en el país al contraerlo. (Art. 460).

ARTÍCULO 460. — El doctor Rayces propone que se examine la solución del art. 460 a fin de establecer si no sería más conveniente la norma inversa.

Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges. (Art. 385).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 1º del anterior. Ver pág. 342).

Matrimonio anulable. Requisito de la publicidad. (Art. 389, párrafo 2º).

PUNTO 2º — (El 2º del anterior. Ver pág. 342).

Caso de bigamia. (Art. 441).

PUNTO 3º — (El 3º del anterior. Ver pág. 342). — Moción del doctor Spota en el sentido de que se examine la conveniencia de substituir el art. 441 por el otro texto propuesto por el mismo que figura en la pág. 347.

Hijos adulterinos e incestuosos. Extensión de la norma del artículo 473 a los hijos naturales.

PUNTO 4º — Moción del doctor Spota en el sentido de considerar si conviene extender la norma del art. 473 a los hijos naturales.

Matrimonio de personas no domiciliadas en el país al contraerlo. (Art. 460).

PUNTO 5º — Indicación del doctor Rayces para que se examine la solución del art. 460, a fin de establecer si no sería más conveniente la inversa.

REUNION N° 72

—Buenos Aires, trece de abril de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Enrique V. Galli, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DÍA

PUNTOS 1º Y 2º — Se postergan.

Caso de bigamia. (Art. 441).

PUNTO 3º — El doctor Spota indica que su proposición es, en realidad, la conjunción de lo que propone el doctor Bibiloni en su Anteproyecto, con lo que propuso el doctor Lafaille en una sesión anterior, aparte de algunos detalles que le pa-

recieron convenientes. Expresa que en la sesión anterior trató de poner de relieve que conviene no reducir demasiado las porciones de gananciales que correspondería al esposo legítimo y al putativo. En ese sentido, ese 50 % que debe repartirse entre los descendientes, debe formarse siempre deduciéndose los aportes que corresponden a los esposos y computándose los bienes propios del bigamo: sólo si ellos no existieren se tomará todo el 50 % de los gananciales. Con ello se consigue reducir, en lo posible, ese fondo para que quede a los cónyuges la mayor parte de los gananciales a los que con justo derecho aspiran. Una vez zanjada en la mejor forma posible esa situación, parece que conviene prever el supuesto de que no hubiera descendientes de uno cualquiera de ambos matrimonios, sea el legítimo, sea el putativo; entonces, existiendo descendientes de un sólo matrimonio, ese fondo deberá reducirse a la mitad de lo que se consideró, o sea, al 25 % de los gananciales. Estas cifras podrían variar en la discusión, pero se parte de la base de lo que se propuso por el doctor Lafaille. Por último, parece que debe completarse todo esto, estableciendo que la separación de hecho tiene efectos en este caso, cuando el cónyuge legítimo ha sido culpable de tal separación, sea por culpa exclusiva, sea por culpa concurrente. También conviene establecer en forma clara que la presunción de buena fe sólo puede ser destruída con una amplia prueba, asegurando así los derechos del cónyuge putativo. Además, debe establecerse —a semejanza de lo determinado en un decreto-ley francés del año 1938— que la partición de bienes, en caso de patrimonios modestos, puede suspenderse, acordándose un derecho al esposo putativo o legítimo para mantener la indivisión por un tiempo prudencial. Como es natural, no es este el lugar más apropiado para muchas de estas proposiciones; pero, como el Proyecto establece efectos para el supuesto de la muerte del bigamo, parece adecuado aportar soluciones a los problemas indicados.

Se entra a considerar por partes la moción del doctor Spota.

Con referencia al apartado primero, los doctores Lafaille y Rey señalan que debe decirse, en vez de “bigamo”: “cónyuge de buena fe”.

El doctor Spota comparte lo dicho por los doctores Lafaille y Rey y agrega que es lo que se desprende del sistema acogido

por Bibiloni de acuerdo con la doctrina francesa que le sirvió de fuente.

El doctor Galli manifiesta su conformidad con lo propuesto y con la aclaración de los doctores Lafaille y Rey. Apruébase, además, el 2º apartado del primer párrafo. En consecuencia el texto de la parte primera queda como sigue: "Si hubiere existido bigamia ignorada por el otro contrayente, el cónyuge legítimo tendrá derecho a la mitad de los gananciales adquiridos, como si la segunda unión no se hubiese celebrado, con deducción de la parte proporcional que corresponda al cónyuge de buena fe. Este último tendrá derecho a la otra mitad de los gananciales que le pertenecen por el matrimonio putativo, con deducción de la parte proporcional de los bienes que hubieran correspondido al primer cónyuge en el día de la celebración del segundo matrimonio, en virtud de una liquidación ficticia".

Se entra a considerar la parte segunda que dice: "Si hubiera descendientes de cualesquiera de estas uniones y la disolución de la sociedad conyugal formada a raíz de la segunda unión tuviere lugar por causa de muerte del bígamo, se tomarán de los bienes gananciales habidos en las dos uniones, lo necesario para que, computándose los bienes propios del bígamo y en su caso las deducciones efectuadas al esposo legítimo y al putativo, se forme un fondo que alcance al 50 % de todos los gananciales. Este fondo se dividirá entre los descendientes de acuerdo a lo dispuesto en el libro V de este Código y ningún acto de última voluntad del bígamo podrá oponerse a lo aquí establecido. Si sólo quedaren hijos de una de las uniones, el fondo indicado se limitará al 25 % de todos los gananciales".

El doctor Rayces solicita se le explique la siguiente situación: la mujer "A" se casa con Juan; viene después aquí y se casa con Pedro convirtiéndose en bígama. En la primera sociedad se ganan \$ 50.000 y en la segunda \$ 30.000 y hay un hijo en la legítima y dos en la putativa. Fallece "A" y se va a proceder a liquidar una y otra sociedad. Liquidación de la primera sociedad: a Juan le corresponden \$ 25.000 y a la sucesión "A" otros \$ 25.000. Viene en seguida la liquidación de la segunda sociedad.

El doctor Lafaille indica que, para mayor claridad, se de por supuesto que en el segundo matrimonio no hubiese aportes.

El doctor Rayces conforme con lo propuesto por el doctor Lafaille, continúa: Viene, pues, la liquidación de la segunda sociedad, en la que a Pedro le toca la mitad de los gananciales, \$ 15.000, y a Juan le toca la otra mitad. Entonces pregunta: ¿de dónde se saca la reserva de que habla la norma proyectada? La reserva —según el Proyecto— es el 50 % de todos los gananciales. Pero no puede ser así en la hipótesis presentada, toda vez que el 50 % de la primera sociedad lo recogen los hijos como herederos. ¿Es acaso de los bienes de la segunda sociedad —en los que correspondía al cónyuge \$ 15.000— de donde sale la reserva? Entonces sería más simple decir “los gananciales que correspondieran al bigamo en el segundo matrimonio se dividirán entre su esposo legítimo y sus propios hijos”. ¿O es que hay que destinar a la reserva otros gananciales? Desea una aclaración.

El doctor Spota observa que en su proyecto se ha colocado en la hipótesis más sencilla: que sólo haya gananciales del segundo matrimonio. El problema, entonces, radica en determinar cómo se distribuye esos gananciales entre el esposo legítimo y el de buena fe y cómo se forma el fondo de reserva para el caso de que existan hijos de los dos matrimonios. Si sólo hay gananciales en el segundo matrimonio por valor de \$ 30.000, no existiendo bienes propios del bigamo, ni deducción a efectuar al esposo legítimo y al putativo, entonces, el fondo de reserva es el 50 % de dicha suma: \$ 15.000, cantidad destinada a ser distribuída entre los descendientes. Al cónyuge putativo le corresponde \$ 7.500 y al legítimo otros \$ 7.500.

El doctor Rayces expresa que su deseo es hallar soluciones de equidad con un criterio de organización y estabilidad de la familia, pero considera que ello no se alcanza con lo que se propone. A su juicio, arrebatar al cónyuge putativo los 3/4 de la fortuna que él labró con su trabajo, para dárselos al primer esposo e hijos de la adúltera, es una solución, no ya poco equitativa, sino absolutamente contraria a la equidad.

El doctor Lafaille dice que la dificultad radica en que, habiéndose colocado uno de los cónyuges en una situación al margen de la ley, es difícil resolverla satisfactoriamente. Sin embargo, el Código acuerda el carácter de legítimos a

los hijos, teniendo en cuenta la buena fe del otro contratante. Ese esposo adúltero ha procreado hijos con derechos iguales a los nacidos de matrimonio; hay pues, que mantener este criterio y no rehuir con exceso el amparo de la prole, que merece más consideración que nadie. El problema es difícil, pero no insoluble.

Puesta a votación la segunda parte del proyecto del doctor Spota, resulta empatada. Votan en contra los doctores Galli y Rayces. El doctor Rey se abstiene.

Se pasa a considerar la parte tercera: "El esposo legítimo no tendrá derecho a la mitad de los gananciales adquiridos después que medió separación de hecho con el bígamo, si la misma tuvo lugar por culpa exclusiva o concurrente con este último".

Se aprueba.

Se posterga la consideración de las partes cuarta y quinta para cuando se desempate la votación recaída sobre la segunda. Se suprime, sin embargo: "La buena fe del esposo putativo se presume; para destruir esta presunción se requiere plena prueba", ya que la buena fe se presume.

PUNTO 4º — Se aprueba.

Hijos adulterinos e incestuosos. Extensión de la norma del artículo 473 a los hijos naturales.

Matrimonio de personas no domiciliadas en el país al contraerlo. (Art. 460).

PUNTO 5º — El doctor Rayces dice que lo que le hace formular la pregunta que encierra su indicación es lo siguiente: ¿qué interés tenemos nosotros en no considerar como legítimo a un sujeto de derecho que lo sería según nuestra organización familiar? Si el legislador argentino ha creído, dentro de su concepción de la moral familiar, que ese es un hijo legítimo, y que como tal ha de amparársele, así debe hacerlo aún cuando haya nacido en el extranjero bajo el imperio de leyes diversas. En la esfera del derecho familiar debemos independizarnos de los autores para ver lo que a nosotros nos conviene.

El doctor Spota expresa que es muy simpática la indicación del doctor Rayces, pero que hay otro interés que le parece mayor. Entiende que el derecho internacional tiene una tendencia a la comunidad jurídica, a establecer principios que no choquen, y cree que entre los dos grandes intereses

en juego convendría que se mantenga ese principio de la comunidad jurídica.

El doctor Lafaille observa, además, que debe contemplarse el artículo 459, inc. 3º, en cuya virtud la posesión de estado equivale al reconocimiento de los padres; de suerte que, con el subsiguiente matrimonio produce la legitimación.

El doctor Rayces pone el siguiente ejemplo de los casos que pueden presentarse: A y B radicados en el extranjero —en un país donde el matrimonio subsiguiente no produce legitimación— han tenido un hijo natural a quien han reconocido o que goza de la posesión de estado de tal. Más tarde, llegan en un viaje de placer a este país, donde residen algunos parientes que los inducen a regularizar su situación. Se casan aquí regresando en seguida al país de su domicilio. Algún tiempo después vuelven a la República y se establecen aquí. Entretanto han nacido nuevos hijos. Y bien: según la norma del artículo 460 de la Reforma, el primer hijo es natural y está por consiguiente en condición inferior a la de sus hermanos, tanto desde el punto de vista patrimonial (para una herencia futura) como desde el punto de vista moral. Pero el doctor Lafaille observa que en la hipótesis que imagina no hay peligro de que el niño primogénito no tenga la condición de legítimo, por cuanto podría ampararse en la posesión de estado. No cree que sea así, pues la legitimación sólo puede operarse por subsiguiente matrimonio (art. 458 de la Reforma); la posesión de estado, o el reconocimiento en su caso, son elementos puramente colaterales, simples condiciones; y si lo fundamental falla, esto es, si el matrimonio no legitima al hijo natural en la hipótesis del artículo 460, claro está que el elemento condicional, puramente colateral, pierde todo significado en el mecanismo de la legitimación.

Queda postergada la discusión.

Se pasa a preparar el orden del día para la sesión siguiente.

ARTÍCULO 464. — El doctor Spota hace moción de que se considere, con referencia a la calidad de hijo natural, si conviene adoptar el principio del Código alemán, art. 1705, según el cual el hijo natural, con relación a la madre y ascendientes maternos, tiene la posesión de estado de hijo legítimo.

ARTÍCULO 465. — El doctor Spota, con referencia al art. 465, inc. 3º, apartado d) e inc. 4º, hace moción en el sentido de

Concepto. En relación a la madre. (Art. 464).

Revocación del reconocimiento por testamento. (Art. 465).

Reconocimiento de hijo premuerto. (Art. 465).

considerar si se debe mantener o no la posibilidad de revocar el reconocimiento por testamento. Agrega que, también, se podría reconocer a un hijo premuerto en beneficio de los descendientes de éste.

El doctor Lafaille expresa que, en el Proyecto, cuando se trata del régimen sucesorio, se admite la institución de herederos a favor de personas que no han sido siquiera concebidas en el momento de la muerte. Queda planteada la cuestión propuesta por el doctor Spota.

Impugnación de la filiación. (Art. 467, párrafo final. Supresión).

ARTÍCULO 467. — El doctor Galli propone la supresión del párrafo final del art. 467, por considerarlo innecesario y capaz de producir confusiones en la interpretación.

Queda planteada la proposición.

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. (Art. 469).

ARTÍCULO 469. — A indicación del doctor Spota, se resuelve considerar el principio del art. 469, a fin de establecer si no convendría atenuarlo en alguna medida.

Efecto de la sentencia. Terminología. (Art. 470).

ARTÍCULO 470. — El doctor Galli propone la supresión de la expresión “reconocen un estado”, porque ello no ocurre con las sentencias que declaran la inexistencia de una filiación.

Se resuelve de conformidad.

Reconocimiento voluntario de los padres. Reconocimiento expreso. (Art. 472).

ARTÍCULO 472. — El doctor Galli propone se considere si conviene mantener la exigencia del reconocimiento expreso, o sustituirlo por el reconocimiento voluntario que establece el Código actual.

Queda planteada la proposición.

Quiénes pueden oponer la filiación adulterina. (Art. 473).

ARTÍCULO 473. — A indicación de varios miembros de la Sección, se resuelve examinar, si, a pesar de que el art. 473 consagra el principio de la unilateralidad en materia de filiación adulterina e incestuosa, convendría que ello se puntualizara aún más.

Concepto. En relación a la madre. (Art. 464).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Moción del doctor Spota para que se considere en el art. 464, con referencia a la calidad de hijo natural, si conviene adoptar el principio del Código alemán, art. 1705, según el cual el hijo natural con relación a la madre y ascendientes maternos tiene la posesión de estado.

Revocación del reconocimiento por testamento. (Art. 465).

PUNTO 2º — Moción del doctor Spota, con referencia al art. 465, inc. 3º, apartado d) e inc. 4º; en el sentido de

considerar si debe mantenerse o no la posibilidad de revocar el reconocimiento por testamento.

PUNTO 3º — En el mismo artículo, el doctor Spota propone que se examine la posibilidad de reconocer a un hijo premuerto en beneficio de los descendientes de éste.

PUNTO 4º — Proposición del doctor Galli para que se suprima la parte final del art. 467.

PUNTO 5º — Indicación del doctor Spota, de considerar el principio del art. 469, a fin de ver si no convendría atenuarlo en alguna medida.

PUNTO 6º — Moción del doctor Galli para que se considere la conveniencia de suprimir el requisito de que el reconocimiento a que se refiere el art. 472 debe ser expreso.

PUNTO 7º — A indicación de varios miembros de la Sección, se resuelve considerar si, a pesar de que el art. 473 consagra el principio de la unilateralidad en materia de filiación adulterina e incestuosa, convendría puntualizar más.

Reconocimiento de hijo premuerto. (Art. 465).

Impugnación de la filiación. (Art. 467, párrafo final. Supresión).

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. (Art. 469).

Reconocimiento voluntario de los padres. Reconocimiento expreso. (Art. 472).

Quiénes pueden oponer la filiación adulterina. (Art. 473).

REUNION N° 73

—Buenos Aires, veintisiete de abril de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Enrique V. Galli y Alejandro Rayces.

ORDEN DEL DIA

PUNTO 1º — El doctor Spota dice que el sistema del Código Civil alemán resulta interesante en el sentido de que acredita un hecho innegable que es el vínculo del hijo con respecto a la madre. Como bien dicen Rossel y Mentha, en el "Manual du droit civil suisse", 2ª ed., t. I, pág. 459, n° 663, frente a la madre y a sus parientes, el hijo natural tiene, en suma, la misma condición legal que si fuera legítimo. Esto no es discutible, en principio, porque no existen las desven-

Concepto. En relación a la madre. (Art. 464).

tajas que podrían presentarse con relación a la prueba, en cuanto se refiere al padre. En cuanto a la madre, la maternidad siempre es innegable, casi siempre es cierta y puede acreditarse con pruebas más convincentes que la paternidad, ya que, con frecuencia, el párvulo vive durante determinado tiempo vinculado a la madre que lo nutre. El problema, en el fondo, radica en esto: ¿se perturba o no la institución de la familia legítima, tal cual la concibe el legislador argentino, al darle una condición de legítimo al hijo natural? ¿Importa ello abrir una brecha dentro de la organización de la familia legítima, tal como la consideramos nosotros, es decir, derivada de un matrimonio? En este caso no existe matrimonio, sino una madre y su hijo. Argumentar con la mayor o menor facilidad de la prueba de la maternidad resulta, frente a estos problemas, de orden secundario. La verdadera cuestión se reduce a esto: ¿es o no posible quebrar un tanto el principio de que la base de la familia radica en el matrimonio? La filiación legítima, en efecto, tiene como base necesaria la existencia de un matrimonio, previo al nacimiento o subsiguiente al mismo. El problema es grave y lo plantea para que se considere lo sugestivo que resultan las legislaciones suiza y alemana que sancionan principios tendientes a establecer el carácter de legítimo del hijo natural frente a la madre y a los parientes de ésta.

El doctor Galli expresa que ha considerado la moción del doctor Spota con mucha simpatía, pero que no le parece suficientemente justificada la incorporación del texto alemán a nuestro régimen legal.

El codificador argentino, ha seguido un criterio amplio y uniforme en materia de indagación de la paternidad y maternidad natural, el cual expone en la nota al art. 375.

Mediante él se apartó del derecho positivo vigente, que establecía diferencias entre la indagación de la paternidad y de la maternidad, por partir del principio de que la madre es cierta y el padre no.

La filiación debe ser una y estar sujeta a normas comunes, se trate de referirla al padre o a la madre. Esta norma de tanta trascendencia jurídica debe ser mantenida.

Encuentra en el Código alemán, otras disposiciones que integran el problema y cuya adopción, además de no propo-

nerse, podría ser extraña en nuestro medio. Al art. 1705 que acuerda al hijo natural, frente a la madre y a sus parientes, la condición legal de hijo legítimo, hay que agregar el art. 1723, según el cual, a requisición del padre, el hijo natural puede ser declarado legítimo, por rescripto de la autoridad pública.

El hijo natural es allá legítimo para la madre y los parientes y puede ser declarado tal respecto del padre. Conveniría, antes de innovar, conocer bien a fondo la razón y ventajas de ese sistema, que resulta tan inconciliable con nuestras normas legales de organización de la familia.

El doctor Lafaille expresa que la institución en debate tiene un abolengo en la tradición jurídica germana. Allí se acostumbraba a considerar que el hijo legítimo y el natural, con relación a la madre, estaban en igualdad de condiciones. De ahí el aforismo de la edad media que decía que todo hijo era bastardo con respecto a la madre. Ese sistema ha trascendido al Código alemán de 1900 y, tanto en el artículo 1705, que se recuerda, como en el concordante de la legitimación y en otros más; de suerte que si aceptamos el primero, debemos incorporar los conexos, so pena de establecer un régimen trunco. Parece que la tradición argentina ha considerado de otra manera el problema y, por mucho deseo que se tenga de favorecer a los hijos, no se puede llegar a ese extremo. El natural debe ser considerado lo mismo para uno de los progenitores que para el otro. El principio "*mater semper certa est*" carece de valor, una vez terminado el parto, cuando el recién nacido queda desprendido del seno materno. Entonces la filiación podría ser cierta para la partera o para quienes presenciaron el alumbramiento, sin extenderse más allá. Hay una diferencia que establecer entre la posesión de estado que podría, tal vez, caracterizarse mayormente con respecto a la madre, sobre todo en la primera edad por una parte, y la legitimidad por la otra. Por eso vota por que se mantenga el artículo.

El doctor Rayces hace presente que ya ha adoptado una posición definida, considerando que la condición de hijo legítimo es un privilegio que da el legislador a los que están concebidos dentro del matrimonio (o han sido legitimados) y que, por consiguiente, siempre que se les preste el amparo debido

a los hijos naturales no ve la necesidad de equiparlos a los legítimos. Por ello vota en contra de la moción.

Se resuelve mantener el artículo 464.

Revocación del reconocimiento por testamento. (Art. 465).

PUNTO 2º — El doctor Spota dice que todo reconocimiento, por su naturaleza, es irrevocable y no aquilata la razón en virtud de la cual el formulado por testamento deje de tener ese carácter. Debe privar el principio que se relaciona con la institución de la familia, ya que el reconocimiento de los hijos es algo muy distinto al acto de última voluntad, en que se dispone de los bienes para después de la muerte. Puede ser revocado un testamento y, sin embargo, quedar en pie el reconocimiento del hijo natural. Los códigos más modernos siguen esa tendencia y los proyectos últimos la han acogido: el suizo, el alemán, el nuevo proyecto italiano; para todos ellos hay aquí indudablemente un reconocimiento irrevocable y no hay una razón poderosa para que no sea así entre nosotros. El principio de que el testamento es revocable y el de que el reconocimiento es irrevocable juegan armónicamente, si el legislador le da el marco adecuado. Una vez hecho ese reconocimiento, debe perdurar, salvo que mediere error, dolo, etc.

El doctor Galli apoya la moción del doctor Spota. Reconoce que el texto impugnado reproduce el art. 333 del Código vigente; que lo establecía el Esbozo de Freitas (art. 1587) y que lo mantuvo Bibiloni (t. V. pág. 336), pero considera que es más justa la solución de los códigos que declaran irrevocable el reconocimiento de la filiación natural hecho en testamento. El art. 254 del Código italiano, el 741 del español, el 357 del brasileño, el 367 del mejicano, el 359 del peruano y el 239 del uruguayo establecen expresamente la irrevocabilidad.

El Código suizo no resulta terminante en el art. 303, pero sus comentadores —Rossel y Mentha— afirman que es irrevocable (t. I, § 665).

Advierte que el Código italiano subordina los efectos del reconocimiento irrevocable, al día del fallecimiento del testador, pero considera que esta limitación no debe establecerse.

La regla en materia de reconocimiento de filiación es la irrevocabilidad (art. 332 del Código actual).

En cambio, la esencial revocabilidad es uno de los caracteres del testamento (art. 3824).

Para preferir la solución que se ha proyectado, basta tener en cuenta el fundamento de la irrevocabilidad en el reconocimiento y la razón de la revocabilidad en el testamento.

El reconocimiento declara un estado, emplaza al reconocido dentro de una familia, produce todas las consecuencias legales que derivan de esa circunstancia. No puede ser transitorio, depender de la voluntad de quien lo otorga, ni introducir un sujeto dentro de una familia y quitarlo luego para llevarlo a otra, o dejarlo fuera de todas.

El testamento es revocable por extensión de la libertad de disposición que corresponde al titular del dominio y en tanto llena la función específica que resulta de su definición contenida en el art. 3607 del Código, de establecer el destino del todo o parte de los bienes del testador después de su muerte. Cuando se aprovecha el testamento con otros propósitos, como pueden ser los de dar tutor a los hijos o reconocer una filiación natural, los caracteres del testamento como estatuto para la distribución póstuma de los bienes del otorgante, no tienen aplicación. Ya lo decía Demolombe: el reconocimiento de un hijo natural por testamento no es una disposición de bienes para que deba ser revocable (t. V, § 455).

Se ha seguido una simetría legal que no se justifica.

Hay que pensar que el reconocimiento privado es, según el Proyecto, irrevocable (art. 465, inc. 3°). No puede tener menor firmeza y permanencia, el que se incluye en un acto extraordinario, como son las disposiciones de última voluntad, para cuyo otorgamiento el testador con la visión de la muerte, da satisfacción a los deberes que le impuso su paso por la vida. Si algún reconocimiento debería ponerse en primer término, para gozar de los efectos de la inmutabilidad, es el que se hace por testamento, atentas las circunstancias espirituales y solemnes en que se encuentra el que lo otorga.

El doctor Rayces dice que está completamente convenido de la validez de los argumentos expuestos. Le parece lógico que un reconocimiento en testamento no sea revocable como no lo es el hecho en escritura pública.

El doctor Lafaille indica que ha tenido oportunidad de enseñar en sus lecciones universitarias que el sistema de la

ley no tiene base sólida y que responde, sobre todo, a una preocupación de arquitectura jurídica, por el hecho de que el testamento es revocable. Pero le parece que, cuando se trata del estado civil de las personas, se puede prescindir de la simetría, porque es un problema muy fundamental y aquella preocupación puede irrogar graves perjuicios. Aparece como absurdo, en efecto, que habiendo existido un testamento en que el otorgante reconoce un hijo natural, perdiera esta declaración todo su valor por la circunstancia de que el padre hubiera dictado otro en que por omisión, tal vez, no se hable de ese reconocimiento. Con las facilidades de revocación que se tiene dentro del Código actual —defecto corregido en el Proyecto— resultará que bastaría el simple hecho de que el padre hubiere dispuesto de un bien insignificante en un segundo testamento para dejar sin efecto al primero. No se puede admitir, además, que alguien sea hijo natural en un momento determinado y después deje de serlo. Debe reflexionarse, también, que en el testamento se puede agregar una declaración de esta índole; pero que ella sea siempre en el fondo, un acto independiente del primero. Parece injusto que se le atribuya valor al reconocimiento emergente de la posesión de estado y que cuando resulte de un testamento, por razones de pura lógica o de estética, viniera a quedar sin validez. Por ello, se debe como lo ha dicho, admitir que son dos actos aglutinados. La ley misma destruye la calidad del testamento como acto puro de última voluntad, cuando acepta que en él se incluya el reconocimiento. Si bien el instrumento es uno, los actos jurídicos son dos. Si esto es así, no hay dificultad en aprobar la moción propuesta.

Se resuelve suprimir del inc. 4º, del art. 465, las expresiones: “Salvo el caso del apartado d) del inciso anterior”.

PUNTO 3º — El doctor Spota expresa que no es necesario aportar argumentos mayores para poner de relieve lo justo, a su juicio, de su proposición. Ello le parece evidente, porque no hay razón para que los descendientes del hijo natural premuerto sean castigados por este acontecimiento —la muerte de su padre— que no ha estado en el orden de ellos. El hecho de haber muerto el hijo no puede ser un motivo para que el reconocimiento del mismo no tenga lugar. Parece que

Reconocimiento de
hijo premuerto.
(Art. 465).

ese hecho de la muerte debe ser contemplado por el legislador, no sólo para amparar la situación de los descendientes, sino para establecer una norma adecuada. Por una simple extensión de los principios del Proyecto, sentados en el art. 465, cabría la disposición propuesta. Tanto juegan los principios en un caso como en otro; tanto vale reconocer a un hijo natural mientras viva como después de su muerte.

Se aprueba la proposición del doctor Spota en lo que se refiere al reconocimiento de un hijo premuerto en beneficio de los descendientes del mismo.

ARTÍCULO 465. — El doctor Spota cree conveniente contemplar, asimismo, otra cuestión, que es la siguiente: si el reconocimiento puede ser efectuado por el mismo abuelo paterno con respecto a su nieto natural. Es necesario tener en cuenta, en efecto, que, por negligencia o incapacidad sobreviniente, no haya reconocido el padre a su hijo natural. ¿Por qué, entonces, no permitir que el abuelo cumpla con el deber que el hijo no llenó? No es de temer inconvenientes, ya que es, o debe presumirse, una persona sensata, la cual no se adjudicará un nieto sin que en realidad exista ese vínculo.

El doctor Lafaille expresa que se trata de un tema que merece ser meditado, porque en el Libro de las sucesiones el régimen de la representación se ha limitado a los descendientes legítimos. Se ha entendido que la familia natural debe estar separada de la constituida según la ley. Tal es el régimen de nuestro Código actual y él debe ser mantenido, de acuerdo con nuestras costumbres, sin perjuicio de que, dentro de la natural, existan derechos hereditarios. En el orden de la sucesión del abuelo el reconocimiento que se propone, significaría una declaración lírica, mientras se mantengan los textos actuales. Pero, en lo que se refiere a la del hijo, podría alterar completamente la transferencia de los bienes, porque ese nieto desalojaría a ciertos parientes que hubiesen heredado, a no mediar esta incorporación. Como esto es personalísimo, no es posible que el abuelo pueda reconocerle un hijo a su hijo, sin intervención de él, o hasta contra la voluntad del mismo, porque el silencio no quiere, en general, decir otra cosa. Además, puede tratarse de un error del abuelo, cometido de buena fe, o de maniobras para desalojar a algún heredero del hijo. Es posible — y aun fre-

Nieto natural. Reconocimiento por el abuelo paterno. (Art. 465).

cuente— que no esté al tanto de las minucias concernientes a la vida de su hijo.

Se resuelve postergar la proposición del doctor Spota en el sentido de que el abuelo natural podrá reconocer al hijo natural de su hijo de acuerdo con la disposición del Código suizo, cuando el hijo hubiere fallecido sin reconocerlo o hubiere incurrido en incapacidad permanente.

Impugnación de la filiación. (A. R. 467, párrafo final. Supresión).

PUNTO 4º — El doctor Galli expresa que el segundo párrafo del art. 467, contempla un supuesto de prueba de hechos, que se manda regir por las reglas generales. No agrega ninguna norma especial o necesaria y, en cambio, puede dar lugar a dudas respecto de si el hijo o el padre cargan con la prueba de su identidad, contrariando los principios comunes en la materia. Además, al decir que, si lo que se impugna es la identidad de la persona se recurre a las normas generales, parece suponer que cualquier otra impugnación que no haga a la persona, queda fuera del régimen ordinario de la prueba.

La supresión obligará a recurrir a los principios generales, que es lo que el artículo quiere, pero sin estas complicaciones.

El doctor Lafaille manifiesta que si la primera parte se refiere a la impugnación de la filiación, no tiene nada que ver con la relativa a la identidad de la persona. Si así se entiende, no ve ningún peligro en el texto.

Se resuelve suprimir la parte final del artículo 467, haciéndose constar que la supresión obedece a que se entiende que el punto ya está resuelto en otras disposiciones de la ley y que de mantenerse podría causar una obscuridad en la interpretación.

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. (Art. 469).

PUNTO 5º — El doctor Spota dice que el art. 469 tiene una finalidad muy loable, cual es la de no perturbar el orden de la familia. Pero los códigos modernos no limitan la prueba, no hacen distinción entre el padre y la madre sino que ambos están expuestos a las acciones de reconocimiento de paternidad natural. Si algún Código hizo la distinción, fué el Código Napoléon que prohibía la indagación de la paternidad, pero la jurisprudencia lo modificó. Con respecto a la madre, se encuentra con esta situación: puede haber un reconocimiento implícito de la maternidad, un reconocimiento que casi fuera indubitable, por ejemplo el que surja

indirectamente de una sentencia civil o criminal. ¿Por qué no darle derecho al hijo para invocar esas circunstancias? El mal —si alguno existe— ya se ha hecho. Debe decidirse, además, otra cuestión, que es la que sigue: cuando se habla de la mujer casada, ¿se hace referencia a la divorciada? Si hay divorcio, en efecto, no se perturba tan gravemente la familia. Y lo mismo cuando hubiere fallecido la madre o, por lo menos, ésta y sus ascendientes legítimos.

El doctor Lafaille expresa que, si bien es una disposición que se ha prestado a controversia, es el mismo texto del art. 326 actual, que la jurisprudencia ha interpretado con amplitud. Ni el Código que nos rige, ni el Proyecto prohíben la indagación de la paternidad en el caso de un hombre casado; pero nadie negará que perturba mucho más el hogar que se le atribuya un hijo ilegítimo a la esposa. Naturalmente que esa mujer ha podido reconocerlo, pero es distinto que ella lo acepte y que se haga una investigación. Hay un conflicto muy serio entre la familia formada y los derechos del hijo que reclama su estado civil. También debe tenerse en cuenta que se abre la puerta a una cantidad de juicios, a menudo infundados, porque generalmente en estos pleitos la prueba no es instrumental y no se produce con la demanda, sino durante la secuela. Con ello son posibles las extorsiones y abundan serios ataques contra el honor de las personas. Cualquier individuo que procure vengarse de una señora, puede hacer que se presente un sujeto que se titule hijo natural de ella, y ponerla en serios aprietos o hacerla pagar el silencio. Si queremos atenuar este rigor, habría que saber cuál sería dicha atenuación. Se ha querido reducir lo de “mujer casada”, a la época en que ella viva en matrimonio, y no para después de fallecida; pero a eso cabe contestar que para los hijos y para el marido, el honor de esa persona muerta tiene tanta o más importancia que si estuviera viva.

El doctor Galli manifiesta que se determinaría por la supresión del art. 469. Encuentra códigos que mantienen la misma prohibición como el actual (art. 326), el uruguayo (art. 242) o el mejicano (art. 385). Algunos la acentúan como el brasileño, que agrega la prohibición de atribuir incesto a una mujer soltera (art. 364). Por último otros no contienen la restricción (códigos italiano y suizo).

Para mantener la prohibición legal, sólo pueden invocarse argumentos de orden social. Hay que impedir que se arrastre a la familia legalmente constituida, a la infamia de que se impute a la madre haber tenido un hijo fuera del matrimonio. No se le oculta que el inevitable escándalo ha de tener repercusiones dolorosas, pero la realidad no se destruye con ocultarla y al propósito de salvar apariencias de moralidad intrínsecamente quebradas, se agrega la flagrante injusticia de mantener amordazada y sin protección, a la única víctima inocente, que es el hijo cuyo reclamo de filiación se prohíbe.

El supuesto que se analiza no es el único caso de escándalo y de desarticulación de la familia que puede presentarse. A éste la ley lo niega y a los otros la ley los autoriza. Tal ocurre con el reconocimiento de hijos naturales que se permite a la mujer casada (Proyecto, art. 456). En este caso se resiente también la firmeza moral de la familia y el marido queda escarnecido. La esposa culpable que ha ocultado su deshonra, la hace pública en el matrimonio y llega a crearle un coheredero al marido.

Frente a esta situación que la ley consiente en interés del hijo, pierden fuerza las razones de orden moral que se invocan para negarle la acción de reclamación.

No se puede hacer depender el estado del hijo exclusivamente de la actitud de los progenitores, para que la ley se apresure a proteger con su ocultamiento, nada menos que a la madre que se ha sobrepuesto a los deberes de la sangre y a los imperativos de la conciencia, abandonando al ser al cual dió la vida.

El doctor Spota expresa que la mujer de buena fe tiene todos los derechos de la casada, porque está asimilada a ella legítimamente. Para exceptuarla de un derecho, debería existir una norma expresa.

Se posterga el Punto 5° del Orden del Día y en la sesión próxima se considerará éste con posterioridad a la indicación del doctor Galli de que se suprima el art. 469.

PUNTO 6° — El doctor Galli dice que la condición de que el reconocimiento de los hijos adulterinos o incestuosos sea expreso está tomada de Bibiloni (art. 18, t. V, pág. 343), pero que no existe en el Código actual, que se limita a

exigir un reconocimiento voluntario (art. 343). Tampoco lo imponen los códigos italiano (arts. 249 y 250), brasileño (art. 357) y mejicano (art. 360), los cuales sólo se refieren al reconocimiento o al reconocimiento voluntario de los padres. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y los efectos jurídicos son los mismos. Si como dice el Proyecto en el art. 137, la manifestación tácita supone actos por los cuales se puede conocer con certeza la existencia de la voluntad, se desvanece todo escrúpulo de falta de certidumbre en la intención del padre que efectúa el reconocimiento.

Lo que interesa a la ley, es que el padre haya procedido al reconocimiento espontáneamente. La manifestación exprese o tácita es ya sólo un problema de prueba. Si hay certeza acerca de su voluntad, parece injusto desamparar al hijo, porque el reconocimiento no se ajuste a determinada expresión formal, tanto más si se tiene en cuenta que el derecho vigente no exige la condición que ahora se agrega. Propone se suprima del art. 472 la frase “con tal que lo efectúen de una manera expresa”.

El doctor Lafaille indica que el propósito de la Comisión al agregar el término “expresa” fué el de excluir la posesión de estado. Si llegamos, so pretexto de justificar que hubo reconocimiento, a permitir la prueba de la posesión de estado, se destruiría el artículo anterior que prohíbe indagar la paternidad adulterina. No comparte la opinión del doctor Galli de que se ha retrogradado sobre el Código actual, porque el art. 341 vigente, no le da más efecto al reconocimiento voluntario que la prestación de alimentos; mientras que el Proyecto lo equipara al hijo natural, con lo que la diferencia es enorme. Tal vez debería decirse: “reconocimiento formal”. Cabe recordar que en el Proyecto —aparte de esta equiparación— el reparo de adulterinidad sólo puede ser alegado por las personas que constituyen la familia legítima, en su concepto más estricto, es decir, los cónyuges, los ascendientes y los descendientes. Si hubiera algo que modificar en el texto, sería la palabra “expresa”, substituyéndola con “formal”.

A indicación del doctor Spota, quien dice que el nuevo Código Civil italiano habla de una “explícita y no equivocada declaración por escrito”, se resuelve substituir la palabra

“expresa”, tomándola del art. 277 del Proyecto italiano, por la frase siguiente: “con que lo efectúe en una explícita e inequívocamente manifestación escrita”.

Prestación alimentaria. (Art. 472).

El doctor Spota propone que se examine si convendría considerar, para la prestación alimentaria, reglas diferentes a la del simple reconocimiento voluntario.

Se resuelve considerar la proposición en la reunión próxima.

Quiénes pueden oponer la filiación adulterina. (Art. 473).

PUNTO 7° — Se resuelve, a propuesta del doctor Lafaille, declarar que se entiende que la Comisión ha aceptado en el artículo 473 la teoría de la unilateralidad en materia de filiación adulterina e incestuosa y que convendría decirlo de una manera más precisa.

Se resuelve redactar un precepto con tal alcance.

Nieto natural. Reconocimiento por el abuelo paterno. (Art. 465).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1° — Indicación del doctor Spota de que se extienda la disposición del art. 465, en el sentido de que el abuelo natural podrá reconocer al hijo natural de su hijo, de acuerdo con las disposiciones del Código suizo, cuando el hijo hubiera fallecido sin haberlo reconocido o hubiera incurrido en incapacidad permanente. (Ampliación al punto 3° del orden del día anterior).

Límite a la indagación de la maternidad. Supresión del art. 469.

PUNTO 2° — Indicación del doctor Galli en el sentido de suprimir el art. 469.

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. (Art. 469).

PUNTO 3° — Indicación del doctor Spota de considerar el principio del art. 469, a fin de decidir si no convendría atenuarlo en alguna medida.

Prestación alimentaria. (Art. 472)

PUNTO 4° — Moción del doctor Spota respecto al art. 472 para que se examine si convendría considerar, para la prestación alimentaria, reglas diferentes a la del simple reconocimiento voluntario.

Quiénes pueden oponer la filiación adulterina. (Art. 473).

PUNTO 5° — Redacción del art. 473, a fin de que resulte indubitable que se acepta la teoría de la unilateralidad de la filiación adulterina o incestuosa.

REUNION N° 74

—Buenos Aires, cuatro de mayo de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Enrique V. Galli y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

PUNTO 1° — El doctor Spota expresa que ya en la reunión pasada se emitieron conceptos en pro y en contra de esta proposición. La fuente en la cual se ha informado, respecto de la misma, es el "Manuel de droit civil suisse" (Lausana-Ginebra, 2° ed., t. I, pág. 460, núm. 665) de Rossel y Mentha. Dichos autores, después de expresar que fué motivo de discusión si correspondía el reconocimiento al abuelo paterno solamente o si también a otros ascendientes, se hacen cargo de la consideración de que el reconocimiento es un acto personalísimo. Pero agregan que existen suficientes motivos que justifican la adopción de una norma como la del art. 303 del Código citado: el hecho de caer en interdicción el padre natural o su fallecimiento antes de haber reconocido a su hijo, quizá por negligencia son causas que explican y autorizan la adopción de ese precepto. Debe observarse, también, que en el supuesto de la interdicción, es lógico que cuando recobre su capacidad el padre natural, tenga derecho de impugnar el acto del abuelo. Además, si ocurriera la muerte del padre natural o el mismo no recobrara su capacidad, habría que dar una facultad a cualquier interesado para impugnar, dentro de cierto plazo, ese reconocimiento. Tal plazo de caducidad debería comenzar desde que esos interesados tuvieran, o debieran tener, conocimiento del acto del abuelo natural. En esta forma quedarán obviadas las justas observaciones formuladas por el doctor Lafaille en la sesión anterior.

El doctor Rey dice que ha tenido oportunidad de hallar en la doctrina de los autores clásicos argumentos para desechar una reforma como la que propone el doctor Spota. En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, resulta difícil aceptar

Nieto natural. Reconocimiento por el abuelo paterno. (Art. 465).

este reconocimiento que importa una confesión de orden personal por quien no es el interesado; en segundo lugar, encuentra el grave inconveniente de que por ese medio podría introducirse la adopción al margen de la ley y, en tercer lugar, no cree necesario aceptar esta disposición, a pesar de que se halla en el Código Civil suizo. Además, no tiene conocimiento de que exista en otras legislaciones o que, por lo menos, se haya sostenido la necesidad de introducirla. Los casos para los cuales va dirigida son contados, y no cree que las ventajas que pudiera ofrecer sean mayores que los inconvenientes a que da lugar. No se inclina, pues, a aceptarla.

El doctor Galli opina en contra de la proposición formulada por el doctor Spota. El reconocimiento es un acto personal, indelegable. Sólo quienes engendran pueden dar filiación. El argumento que da el doctor Spota, tomado de los comentaristas del Código suizo, de que se salva la negligencia u olvido del padre natural permitiendo que lo substituya el abuelo, obligaría a conceder ese derecho a otros parientes. Podría no existir el abuelo paterno y no habría razón para no autorizar a que la omisión sea salvada por la abuela. Y tampoco habría argumentos para prohibir a los colaterales que fueran los únicos herederos, con lo cual una facultad tan especialísima y personal llegaría a extensiones insospechadas. El hijo siempre tiene abierta la acción de reconocimiento, por manera que la ley ha provisto a su protección, sin el riesgo de que quien no esté bien informado de cómo han vivido los hijos, trastorne la familia incorporando coherederos a los descendientes legítimos.

El doctor Lafaille dice que, por las consideraciones expuestas en la reunión anterior y por las muy atinadas de los doctores Galli y Rey, vota también en contra de la proposición del doctor Spota. Entiende que las ventajas que podría reportar el hecho de salvar una omisión del padre natural, estarían más que compensadas con los perjuicios que podrían resultar al atribuir ese derecho al abuelo. Podría suceder que esa actitud del padre fuese deliberada, o el abuelo ignorase el verdadero estado civil de ese pretendido hijo natural, como lo expresó al iniciarse el debate. Esta protección extraordinaria que se acuerda al hijo natural por medio del abuelo, ¿por qué no se extiende a la abuela? ¿Por qué no se ampara

también al hijo natural de la hija, que ésta hubiere dejado de reconocer por razones de orden moral o social? Esto, sin contar con la mala fe del ascendiente o las maniobras de él o de sus allegados para privar de la herencia a los hermanos del causante que tendrían más derechos que un falso hijo natural. Como lo dijo el doctor Galli, no se le quita a esos hijos el derecho de reclamar su filiación. Las dificultades de estos juicios para el actor, son menos graves que los inconvenientes derivados de la moción propuesta, que a primera vista es simpática, pero que en realidad es muy peligrosa.

El doctor Spota expresa que se ha dicho que el reconocimiento es un acto personal, pero eso no quiere decir que el hijo no pueda reclamar por sí la filiación natural y obtener ese reconocimiento, a pesar de las protestas y de la oposición más vehemente del padre. Quiere decir que el principio, tan lógico de que el reconocimiento es un acto personalísimo, no llega hasta prohibir la investigación de la paternidad natural, a menos que se quisiera retrogradar al sistema tan criticado e inhumano del Código Napoleón (artículo 340, hoy reformado por la ley del 16 de noviembre de 1912). Además, es de observar que ningún inconveniente existe en acordar el derecho que confiere al abuelo paterno del hijo natural el art. 303 del Código Civil suizo, al abuelo materno de ese mismo hijo. En la legislación suiza ello no es necesario ya que el hijo natural, con respecto a la madre, tiene la condición del legítimo (Rossel y Mentha, t. I, p. 459, núm. 663). Entre nosotros podría completarse así el sistema, sobre todo si se tiene en cuenta que la investigación de la maternidad natural, cuando ella tuviere por consecuencia atribuir un hijo a una mujer casada, está prohibida por el art. 469 del Proyecto. Por fin, en el orden corriente de las cosas no sucede que los ascendientes obren con ligereza o ánimo de dañar; si resuelven dar un paso tan importante como es el reconocimiento de un nieto natural, debe presumirse que se mueven por un sentimiento de piedad y por el deseo de obviar la omisión del hijo premuerto o incapaz; lo contrario sería la excepción.

Se rechaza la proposición.

Límite a la indagación de la maternidad. Supresión del artículo 469.

PUNTO 2º — El doctor Lafaille indica que el punto en cuestión consiste en la indicación del doctor Galli, de que se suprima el art. 469.

El doctor Rey dice que está en el extremo opuesto al del doctor Galli y hasta propondría que baste la simple presentación de una demanda de investigación de maternidad natural en las condiciones que prevé el art. 469 para que sea desechada de plano. Esas demandas, como las que tengan por objeto investigar el carácter adulterino, deben ser rechazadas de plano, porque de otra manera se desvirtuaría la prohibición de la ley.

El doctor Spota dice que, sin estar en desacuerdo con la moción del doctor Galli, estima que podría mantenerse el art. 469, atenuándolo sensiblemente, lo que es el objeto de su proposición (Punto 3º del Orden del Día).

Se rechaza la proposición.

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. (Art. 469).

PUNTO 3º — El doctor Spota expresa que enumerará las causales que, a su juicio, deben autorizar la investigación de la maternidad natural. Ellas podrían ser: 1º, si la maternidad surge directa o indirectamente de una sentencia civil o criminal en la cual haya sido oída la madre del hijo natural; 2º, si la madre natural sólo contrajo un matrimonio nulo, aún cuando fuera esposa putativa; 3º si la mujer casada se hallare separada por divorcio, el admitido por esta Sección; 4º si hubiere muerto o caído en incapacidad la madre natural; 5º en todo caso que mediare a favor del hijo natural posesión de estado con respecto a su madre natural; 6º si la madre natural, al deducirse la demanda, fuere viuda.

Pasa a continuación a considerar cada una de estas hipótesis. La primera se explica, porque resultaría absurdo que, habiendo la justicia acreditado el vínculo y dejándolo así establecido por sentencia dictada en juicio en el cual intervino o fué oída la madre, no pueda invocar el hijo natural o sus descendientes tal sentencia. Si hubo algún mal, éste no pudo evitarse, y por ello fracasó el fin que el legislador tiene en vista al sancionar la prohibición de que la maternidad se investigue. La segunda hipótesis es innegable. Sólo puede discutirse si es o no necesario decirlo. Parece que ello no es inútil desde que a la esposa putativa y en especial a sus hijos, les corresponden derechos idénticos a los de la esposa

e hijos legítimos. Estos últimos podrían alegar que se afecta a su sentimiento de tales con una demanda de filiación natural, debiendo observarse que la calidad de hijo legítimo corresponde al que proviene de un matrimonio anulado, aún cuando ambos esposos —no sólo uno de ellos— sea de mala fe, tal como quedó resuelto por esta Sección. La tercera hipótesis —mujer divorciada— también se justifica: el hogar —aunque el vínculo subsista— está desintegrado; no se da el presupuesto que informa la *ratio legis* del artículo 469, que es el de proteger a la familia integrada; si hubiera alguna duda, ella queda desvanecida ante la consideración de que interesa al buen orden de la sociedad evitar poner diques a las acciones que conducen a la protección no sólo de los hijos legítimos sino también de los naturales. El cuarto supuesto, o sea, el de la madre natural muerta, así como la hipótesis quinta, es decir, que el hijo natural tenga posesión de estado, se explican en conjunto, ya que, por el artículo 468, parte 2ª, la acción de reconocimiento, habiendo fallecido los padres, requiere posesión de estado. Y bien; es inhumano privar de la acción de reconocimiento a quien fué, *de facto*, reconocido en vida por la madre y hasta por los propios hijos legítimos de esta última. Si ella no lo reconoció *de jure* por negligencia, por una muerte súbita o por sufrir los efectos de una interdicción, podrían los hijos legítimos o los demás herederos, forzosos o no, alegar el artículo 469. Y esto, no con el fin de preservar la memoria de la muerta, sino para no ver disminuido el acervo hereditario. Mediando posesión de estado, el mal también ya se hizo: tal *possessio* requiere una situación muchas veces pública. ¿Por qué, entonces, prohibir la comprobación del reconocimiento de hecho? Por último, en el caso de la madre viuda, el daño es menor y se puede equiparar al supuesto de la madre muerta. Además, en sentido estricto, no es “mujer casada”: lo fué antes de caer en viudez.

El doctor Lafaille dice que, en cuanto al matrimonio putativo, no ve dificultad en que deje de aplicarse el artículo 469; pero que tanto éste como el artículo 326 actual, no tienen el propósito de proteger a los hijos de esos matrimonios nulos ni al cónyuge de buena fe. No hay que exagerar la equiparación hasta el extremo y sí limitarla al plano de la filiación y de la herencia; pero la norma en debate es de carácter

restrictivo. No halla dificultad pues, en que se agregue: “este precepto —el artículo 469— no es aplicable al matrimonio putativo”.

El doctor Rey expone consideraciones semejantes.

El doctor Galli sostiene que en el supuesto que plantea el doctor Spota, no se puede decir que haya mujer casada; estuvo casada; pero después de declararse nulo el matrimonio, quedaría en situación semejante a la de la mujer viuda, a la que se puede atribuir un hijo natural. En ambos casos el vínculo matrimonial ha desaparecido.

Se posterga para la próxima reunión la proposición del doctor Spota.

Reconocimiento. Filiación resultante de una sentencia. (Art. 472).

PUNTO 4º — El doctor Spota funda su indicación de que se asimile al supuesto del reconocimiento escrito, explícito e inequívoco del hijo adulterino o incestuoso, el caso de que surja la filiación, de una u otra de estas especies, en forma directa o indirecta, de una sentencia criminal o civil. Aquí no habría investigación de la filiación adulterina o incestuosa, ni se violaría el principio del artículo 471, sino que se acreditaría una especie de reconocimiento forzoso y derivado de una sentencia. Tal es lo que ocurriría en un juicio de desconocimiento de la maternidad, cuando lo deduzca la esposa contra el cónyuge que ha inscripto como hijo del matrimonio a quien es adulterino o incestuoso. Tal es, también, lo que se presentaría en un juicio de desconocimiento de la paternidad deducido por el marido contra su mujer y surgiera la filiación adulterina o incestuosa. O bien, en un juicio criminal en que se juzga un adulterio o cualquier otro delito. En este sentido, deja modificada su indicación: acreditada la filiación ilegítima, adulterina o incestuosa, el hijo será equiparado al natural.

El doctor Lafaille hace notar que, en primer término, no siempre las sentencias son categóricas en punto a filiación, cuando su objeto fué resolver sobre otras cuestiones; y que únicamente se podría admitir que el vínculo quedara comprobado, cuando la adulterinidad resultare de fallo judicial recaído en juicio donde se oyere al padre. Por ejemplo, si al impugnarse un matrimonio por impedimento de bigamia, se demostrara que el marido engendró ese hijo en tales condiciones. Lo mismo en el caso de impugnación a que se refiere el ponente. Deberían reunirse los siguientes extremos: 1º que

se trate del marido; 2º que exista un fallo judicial sobre la adulterinidad y 3º que se haya dictado con audiencia de la parte, a quien se le atribuya dicha adulterinidad.

Se resuelve tratar en la próxima sesión la nueva indicación del doctor Spota, surgida de la discusión, en el sentido de considerar si fuera conveniente extender los beneficios del artículo 472 derivados de reconocimiento voluntario a los casos de reconocimiento forzoso, cuando hubiera sentencia que declarase esa filiación o juicio contencioso en que hubiera sido parte el padre, y con respecto a la madre aplicar la regla del artículo 469.

PUNTO 5º — El doctor Lafaille expresa que ya en el Segundo Congreso de Derecho Civil, celebrado en Córdoba, se produjo un cambio de ideas sobre si en el artículo 473 se consagraba o no el principio de la unilateralidad. Convendría, pues, aclarar dicha norma a fin de que tal principio fuera indubitable.

El doctor Spota manifiesta que resultaría ventajoso adoptar la definición de hijo adulterino del Código actual con una modificación. El artículo 338 del Código Civil dice que es hijo adulterino el que procede de la unión de dos personas que en el momento de su concepción no podían contraer matrimonio, porque una de ellas o ambas estaban casadas. Que se supriman, pues, las palabras: “una de ellas”. El artículo 473, en el hecho, conduce a la misma solución, ya que sólo pueden alegar el impedimento del ligamen el padre o madre sujeto al mismo, sus ascendientes y descendientes legítimos. Ese hijo, pues, será natural con relación al soltero y legítimo en caso de que tuviera reconocimiento o posesión de estado de hijo legítimo. Habría, además, que suprimir la definición de la primera parte del artículo 471, siguiendo la técnica de evitar en el Código definiciones que son obra de la doctrina. Por otra parte, tal definición no concuerda con el artículo 473: habría, si no una contradicción, por lo menos una falta de armonía que conviene evitar. El hijo es adulterino sólo con respecto al que, en el instante de la concepción, hallábase afectado por el impedimento del ligamen y, es incestuoso, si el impedimento fuera el de parentesco en cierto grado. Tal es lo que debería decirse si se quisiera establecer alguna definición.

Quiénes pueden oponer la filiación adulterina. (Art. 473).

El doctor Lafaille dice que con lo propuesto por el doctor Spota se llega a una solución más lata. La unilateralidad no aspira a tanto; y por lo que hace al Proyecto, se reduce a que el vicio de la adulterinidad pueda invocarse tan sólo por la familia que resulte damnificada; de manera que si un hombre soltero ha engendrado en una mujer casada un hijo, que sería adulterino, no le incumbe oponer ese reparo a los parientes paternos sino a los maternos. Con el criterio del doctor Spota, sería hijo natural para ambos, ya que eso resultaría de la supresión que sugiere.

El doctor Galli considera que con un agregado quedaría salvada la dificultad. A la frase del artículo 473: "... descendientes legítimos del progenitor" habría que agregarle: "que no estaba ligado por el matrimonio anterior".

El doctor Lafaille propone que se substituyan las expresiones: "sólo podrá serle opuesta...", por la siguiente: "Sólo existirá con referencia a la persona impedida y podrá serle opuesta, en los casos que este Código autoriza, por el cónyuge, los descendientes y ascendientes legítimos del progenitor. No tendrá este derecho el Ministerio Público".

Se aprueba, después de lo cual se inicia la preparación del orden del día para la sesión siguiente.

Intervención judicial. (Art. 475).

ARTÍCULO 475. — El doctor Galli propone que la adopción no pueda realizarse sin intervención judicial.

Requisito de consentimiento de ambos esposos. Excepciones. (Art. 476).

ARTÍCULO 476. — El doctor Galli, propone un agregado al segundo párrafo de este artículo, que toma del artículo 1743 del Código Civil alemán, según el cual, deben tenerse por excepciones el caso de que uno de los cónyuges no pueda hacer la declaración de voluntad o que su residencia sea desconocida. Por aplicación de lo expuesto, no se exigiría la bilateralidad de la adopción si uno de los cónyuges ha sido declarado demente.

Adopción de incapaz. Consentimiento del representante legal. (Art. 477).

ARTÍCULO 477. — El doctor Galli propone, en el primer párrafo de este artículo, que se reemplace la expresión: "... consentimiento de los padres", por ésta: "... consentimiento de su representante legal", que es una expresión genérica usada por otros códigos. La disposición del Proyecto establece que si el adoptado es incapaz, se necesita el consentimiento de los padres, o del juez una vez oído el tutor si se

encuentra bajo tutela. La reforma intenta contemplar también el caso de los incapaces bajo curatela.

El doctor Lafaille dice que, tal vez, se pudiera agregar: “el tutor o curador”. Entonces diría: “cuando se hallare bajo tutela o curatela, deberá prestarlo el Juez, oído el tutor o curador”. Queda planteada la proposición del doctor Galli para que, en el primer párrafo del art. 477, se considere en la misma situación del tutor al curador y se modifique el texto.

ARTÍCULO 477. — El doctor Galli añade que el Código Civil de Méjico resuelve otra situación, que le parece digna de considerarse. Es la de las personas que no tienen padres ni están sujetas a tutela. El Código Civil mejicano exige la conformidad de las personas que hayan acogido al que se pretende adoptar o lo traten como hijo.

El doctor Lafaille dice que siempre el menor en tal situación, deberá tener tutela. El único inconveniente será que, con el régimen del Proyecto, las personas que cuidan al párvulo tendrán que presentarse pidiendo que se le designe tutor para que él compareciere ante el Juez. Queda planteada la proposición del doctor Galli.

ARTÍCULO 477. — El doctor Galli formula otra observación al mismo artículo. Una serie de códigos —dice— exigen la conformidad del menor cuando él tiene ya catorce años. El nuevo código italiano establece que si el menor tiene 12 años debe ser escuchado y si es mayor de 18 años y menor de 21, el representante prestar la conformidad. Se resuelve considerar dentro del art. 477 y a indicación del doctor Galli, el supuesto del menor que ha cumplido 14 años, para ver si es conveniente oírlo y, aún en ciertos casos, requerir su conformidad para la adopción.

ARTÍCULO 478. — El doctor Galli sugiere la conveniencia de estudiar si debe ser extendido el beneficio del parentesco a los descendientes legítimos del adoptado.

ARTÍCULO 480, INC. 3. — El doctor Spota considera conveniente que se examine si el inc. 3º, del art. 480, debe ser extendido a algunas situaciones en que el adoptante hubiese incurrido en indignidad o hubiera habido justo motivo por parte del adoptado para solicitar que el vínculo quede sin efecto.

Menores bajo guarda. Intervención de las personas que los acogan. (Art. 477).

Conformidad del menor. (Art. 477).

Efectos de la adopción. Descendientes legítimos del adoptado. (Art. 478).

Disolución del vínculo por causas imputables al adoptante. (Art. 480, inc. 3º).

Disolución del vínculo. Intervención judicial. (Art. 480).

Disolución del vínculo. Motivos derivados de buenas costumbres. (Art. 480).

Disolución del vínculo. Ingratitud respecto al pariente del adoptante. (Art. 480, inc. 3º).

Adopción y su caducidad. Inscripción en registro.

Inventario a cargo del adoptante.

Apellido del adoptado.

Hijos nacidos fuera de matrimonio.

ARTÍCULO 480. — El doctor Galli dice que, siendo consecuente con su proposición hecha en el artículo 475, plantea que la disolución requiera también la intervención judicial.

ARTÍCULO 480. — Indicación del doctor Spota, respecto al art. 480, de que se examine si, como causal de disolución, pudiera incluirse la que consigna el art. 306 del nuevo Código Civil italiano, en el sentido de autorizarla, cuando el Ministerio Público la reclamase, fundado en motivos derivados de las buenas costumbres.

ARTÍCULO 480. — Indicación del doctor Spota de que se examine si convendría extender el inc. 3º, del art. 480, a la ingratitud respecto de parientes del adoptante y, en todo caso, asimilar esta situación al art. 307 del Proyecto.

Otras indicaciones relativas a la adopción. — PRIMERA. — Del doctor Spota: prever la inscripción en el registro, tanto en cuanto a la adopción, como a su caducidad.

SEGUNDA. — Del doctor Spota: examinar si conviene introducir la regla del Código italiano, expresada en el art. 300, que exige la confección de inventario por parte del adoptante.

TERCERA. — Del doctor Spota: con referencia al apellido del adoptado, considerar si debe quedar substituído por el del adoptante el que al adoptado corresponde por su familia o si, a la manera del Código Civil italiano, debe ser agregado el del adoptante al que le corresponda por derecho de familia, y, de todas maneras, reglamentar esta materia.

CUARTA. — Del doctor Spota: considerar si se puede adoptar hijos nacidos fuera de matrimonio, aún si fueran adúlteros o incestuosos.

El doctor Galli expresa que hay Códigos que lo prohíben.

El doctor Lafaille indica que no habiendo prohibición, no existe la dificultad. Esa persona mientras no sea reconocida, figura como extraña. Puede ser adoptada cualquier persona: no hay limitaciones.

El doctor Spota manifiesta que debe asegurarse la condición del adoptado, a fin de que mañana no se alegara la condición de adúlterino para colocarlo en situación patrimonial o extrapatrimonial, más desventajosa.

El doctor Lafaille contesta que, una vez adoptado, su derecho sólo puede cesar por los motivos que la ley autoriza.

El doctor Spota pregunta: ¿Y en el caso de que hubiera cesación del vínculo de adopción?

El doctor Lafaille responde: "Pierde ese derecho. El vínculo de la sangre lo mantiene. Se deja constancia de estas manifestaciones".

QUINTA.— Del doctor Spota: aclarar cuáles son los derechos del adoptante sobre los bienes del adoptado. ¿Tiene derechos sucesorios? ¿Por qué el adoptado sucede al adoptante, pero la recíproca no es cierta? Debería aclararse esta cuestión.

El doctor Lafaille hace presente que la adopción es una institución destinada a proteger al adoptado y no para beneficio del adoptante.

El doctor Rey indica que quizá fuese más claro decir: "... quién tendrá los derechos de un hijo legítimo". Se resuelve examinar, a pedido de varios miembros de la Sección, la situación del adoptante en el orden de las sucesiones y en cuanto al derecho de alimentos.

SEXTA.— Del doctor Spota: considerar la conveniencia de que se adopte el principio del art. 343, del Código Civil francés, reformado por la ley de 19 de junio de 1923, en cuya virtud "la adopción sólo puede tener lugar si existen justos motivos, y si presenta ventaja para el adoptado (o bien, adoptar el art. 267, segunda parte, del Código Civil suizo. La decisión debe darse con intervención del Ministerio Público y sin expresar motivos (art. 364, Código citado).

SÉPTIMA.— Del doctor Spota: analizar, con respecto al art. 480, inc. 4º, si concuerda con lo resuelto en materia de impedimento para el matrimonio de personas afectadas por el vínculo de la adopción.

Derecho del adoptante sobre los bienes del adoptado.

Adopción. Requisito de justos motivos y de ventajas para el adoptado.

Vínculo de adopción. Impedimento para el matrimonio. (Art. 480).

Orden del día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Que-
da incluida la indicación del doctor Spota, referente al punto
3º del Orden del Día anterior. (Ver pág. 372).

PUNTO 2º — Moción del doctor Spota, surgida de la discusión del punto 4º del Orden del Día anterior, en el sentido de considerar si fuera conveniente extender los beneficios del art. 472, derivados de reconocimiento voluntario a los casos de reconocimiento forzoso, cuando hubiera sentencia que declarase esa filiación o juicio contencioso en que hubiera sido

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. (Art. 469).

Reconocimiento. Filiación resultante de una sentencia. (Art. 472).

parte el padre y con respecto a la madre aplicar la regla del art. 469.

Intervención judicial. (Art. 475).

PUNTO 3º — Proposición del doctor Galli, respecto al art. 475, en el sentido de que la adopción no pueda realizarse sin intervención judicial.

Requisito de consentimiento de ambos esposos. Excepciones. (Art. 476).

PUNTO 4º — Observación del doctor Galli, respecto del segundo apartado del art. 476, en el sentido de que se adopte la salvedad contenida en el Código Civil alemán respecto del cónyuge ausente o interdicto.

Adopción de incapaz. Consentimiento del representante legal. (Art. 477).

PUNTO 5º — Indicación del doctor Galli, para que en el primer párrafo del art. 477, se considere en la misma situación del tutor, al curador, y se modifique el texto.

Menores bajo guarda. Intervención de las personas que lo acojan. (Art. 477).

PUNTO 6º — Con respecto al mismo art. 477, el doctor Galli sugiere la conveniencia de que se examine la situación de los menores que, habiéndose encontrado bajo la guarda de alguna persona, no estuvieran sujetos a patria potestad ni tutela.

Conformidad del menor. (Art. 477).

PUNTO 7º — Considerar, a indicación del doctor Galli, en el art. 477, el supuesto del menor que ha cumplido catorce años de edad para ver si es conveniente oírlo y aún, en ciertos casos, requerirse su conformidad para la adopción.

Efecto de la adopción. Descendientes legítimos del adoptado. (Art. 478).

PUNTO 8º — El doctor Galli, sugiere, respecto al art. 478, la conveniencia de estudiar si debe ser extendido el beneficio del parentesco a los descendientes legítimos del adoptado.

Disolución del vínculo por causas imputables al adoptante. (Art. 480, inc. 3º).

PUNTO 9º — A indicación del doctor Spota, considerar si el inc. 3º, del art. 480 debe ser extendido a algunas situaciones en que el adoptante hubiese incurrido en indignidad o hubiera habido justo motivo por parte del adoptado para solicitar que el vínculo quede sin efecto.

Disolución del vínculo. Intervención judicial. (Art. 480).

PUNTO 10. — Indicación del doctor Galli: establecer que la disolución a que se refiere el art. 480, exija resolución judicial.

Adopción y su caducidad. Inscripción en registro.

PUNTO 11. — Indicación del doctor Spota: prever la inscripción en el registro, tanto en cuanto a la adopción, como a su caducidad.

Disolución del vínculo. Motivos derivados de buenas costumbres. (Art. 480).

PUNTO 12. — Indicación del doctor Spota: examinar si como causal de disolución pudiera incluirse la que consigna el art. 306 del Código Civil italiano, en el sentido de autorizarla cuando el Ministerio Público la reclamase, fundado en motivos derivados de las buenas costumbres.

Inventario a cargo del adoptante.

PUNTO 13. — Indicación del doctor Spota: examinar si conviene introducir la regla contenida en el art. 300 del Código

Civil italiano y que exige la confección de inventario por parte del adoptante.

PUNTO 14. — Con referencia al apellido del adoptado, a indicación del doctor Spota, considerar si debe quedar substituido por el del adoptante, el que al adoptado le corresponde por su familia, o, si a la manera del Código Civil italiano, debe ser agregado el del adoptante al que le corresponde por derecho de familia, y, de todas maneras, considerar la forma de reglamentar esta materia.

PUNTO 15. — Examinar, a indicación de varios miembros, la situación del adoptante en el orden de las sucesiones y en cuanto al derecho a alimentos.

PUNTO 16. — A indicación del doctor Spota, considerar si conviene extender el inc. 3º, del art. 480, a la ingratitud respecto de parientes del adoptante, y en todo caso asimilar esta situación al art. 1007 del Proyecto.

PUNTO 17. — A indicación del doctor Spota, considerar la conveniencia de que se adopte el principio del art. 343, Código Civil francés, reformado por la ley de 19 de junio de 1923, en cuya virtud “la adopción sólo puede tener lugar si existen justos motivos, y si presenta ventajas para el adoptado” (o bien, adoptar el art. 267, segunda parte, del Código Civil suizo). La decisión debe darse con intervención del Ministerio Público y sin expresar motivos (art. 364, Código citado).

PUNTO 18. — A indicación del doctor Spota, analizar, con respecto al art. 480, inc. 4º, si concuerda con lo resuelto en materia de impedimento para el matrimonio de personas afectadas por el vínculo de la adopción.

Apellido del adoptado.

Situación del adoptante en orden a sucesiones y alimentos.

Disolución del vínculo. Ingratitud respecto de parientes del adoptante. (Art. 480, inc. 3º).

Adopción. Requisito de justos motivos y de ventajas para el adoptado.

Vínculo de adopción. Impedimento para el matrimonio. (Art. 480, inc. 4º).

REUNION N° 75

—Buenos Aires, once de mayo de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Enrique V. Galli, Alejandro Rayces y José Manuel Saravia.

INCORPORACIÓN DEL DOCTOR JOSÉ MANUEL SARAVIA. — Se incorpora el doctor José Manuel Saravia, propuesto por la Sección y designado por la Mesa Directiva del Instituto.

ORDEN DEL DIA

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. Matrimonios nulos. (Art. 469).

PUNO 1º — MATRIMONIOS NULOS. — El doctor Spota manifiesta que poco debe agregar a lo que lleva expresado, ya que el punto ha sido discutido en la sesión pasada. Recuerda que sobre alguna causal había acuerdo entre los miembros de la Sección; por ejemplo, con respecto al matrimonio nulo, aún cuando ambos cónyuges fuesen de mala fe, o sea, aún cuando no mediare matrimonio putativo. Como la razón de la norma auspiciada por el Proyecto y contenida en el Código Civil actual, es la de proteger no sólo a la mujer casada, sino a la familia de la cual ésta forma parte, debe, entonces, preverse toda posible interpretación que tenga por resultado extender el texto legal, siguiendo la razón del mismo, para proteger a esos hijos legítimos —aún cuando nacidos de matrimonio nulo— que podrían sentirse lesionados ante una investigación de la maternidad natural, a pesar de que la madre hubiera contraído matrimonio putativo o fuere ella o ambos esposos de mala fe. Deja constancia de que cuando se refiere al matrimonio concertado de mala fe por ambos cónyuges, tiene en cuenta lo resuelto por esta Sección al considerarse el artículo 395, que fué modificado.

El doctor Lafaille expresa que en la reunión anterior, cuando el doctor Spota planteó esta cuestión, manifestó que por su parte no veía inconveniente en que se admitiera esa limitación para los casos de matrimonio putativo, ya que la asimilación del matrimonio putativo al legítimo no debía llegar hasta el extremo de prohibir la investigación de la filiación natural. Ese artículo es demasiado riguroso como para interpretarlo en forma extensiva.

Se resuelve aprobar el inciso 1º de la proposición del doctor Spota.

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. Filiación natural que surja de la sentencia civil o criminal. (Art. 469).

INCISO 2º — FILIACIÓN NATURAL QUE SURJA DE LA SENTENCIA CIVIL O CRIMINAL. — El doctor Spota hace notar que su proposición tiende a que se declare que no importa investigación de la maternidad y, por ende, no se viola el artículo 469, cuando tal filiación resulte, directa o indirectamente, de sentencia civil o criminal dictada en juicio en el cual la madre

haya sido oída. Puede ser, por ejemplo, que en un juicio de divorcio iniciado por el marido, éste acredite la existencia de una seria injuria consistente en el hecho de haber ocultado la madre la existencia de un hijo natural aún no reconocido por ella y habido, v. gr., siendo soltera. En tal supuesto, si la sentencia declara probado el hecho del nacimiento en esas condiciones, es posible afirmar que ha habido algo así como un reconocimiento forzoso de la madre, que puede ser invocado por su hijo natural, no importando ello que se intente una investigación de la maternidad.

El doctor Lafaille observa que la proposición del doctor Spota, comprende tanto los casos en que resulta la maternidad de una sentencia civil o criminal de un modo inmediato, directo, como cuando surge incidentalmente de ella, y entonces por esa vía se puede llegar a permitir la investigación que la ley prohíbe. Si resultara de una manera cierta, por ejemplo, al impugnar la paternidad o discutir sobre nulidad de matrimonio, la filiación adulterina, se podría decir que no se ha investigado con referencia a esta última, pero que la sentencia acredita un hecho, oponible a la madre, cuando hubiera sido oída en el juicio. Es un principio duro pero necesario el de evitar esas búsquedas cuando se trata de la mujer casada; entonces, si se lo admite, no es tolerable que se llegue a consentirla por una vía indirecta. Sólo estaría, de acuerdo, pues, en apartar el artículo 469, cuando resultare la filiación ciertamente establecida en un juicio seguido con audiencia de la interesada. Sería, en realidad, una excepción aparente.

El doctor Rayces manifiesta que adhiere a la proposición contenida en el inciso 1º de la moción del doctor Spota, por cuanto entiende que la prohibición de la investigación de la maternidad de una mujer casada, debe establecerse, no en obsequio de la mujer ni de los hijos, sino en bien del hogar en su totalidad, y muy principalmente en salvaguarda de la dignidad del esposo; de suerte que cuando el hogar se ha deshecho; cuando el matrimonio ha sido anulado, no ve que haya inconveniente en la investigación de la maternidad natural. En cuanto al inciso 2º de la moción del mismo doctor Spota, está en desacuerdo, porque cree que con ella se daría cabida a las maquinaciones de juicios simulados, cuya verdadera finalidad oculta, sería realizar la investigación de la mater-

•

nidad natural. Cuando la ley dice “no se puede investigar la maternidad, respecto a una mujer casada”, lo dice para todos; nadie puede perturbar su hogar ni directa ni indirectamente y parece peligroso, por lo tanto, introducir una norma que desvirtúa ese principio.

Se resuelve suspender la consideración de este inciso.

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. Supuesto de la mujer divorciada. (Art. 469).

INCISO 3º — SUPUESTO DE LA MUJER DIVORCIADA. — El doctor Lafaille manifiesta su desacuerdo respecto a este punto dentro del concepto del divorcio que sustenta; si bien la familia está disociada en el hecho, jurídicamente subsiste.

El doctor Rayces comparte la opinión del doctor Lafaille. Esta norma —agrega— imposibilitaría la reunión de los esposos, ya que la comprobación de la maternidad comportaría en nuestro ambiente una valla casi insalvable.

Por los votos de los doctores Lafaille, Rayces y Saravia, se rechaza la proposición del doctor Spota. Vota a favor de la misma, el doctor Galli.

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. Supuesto de la esposa muerta o incapaz y posesión de estado del hijo natural. (Art. 469).

INCISOS 4º Y 5º. — SUPUESTO DE LA ESPOSA MUERTA O INCAPAZ Y POSESIÓN DE ESTADO DEL HIJO NATURAL. — El doctor Lafaille observa que se trata de un punto delicado. Si se toma la palabra con un sentido estricto, se puede decir que la mujer muerta no es casada. Pero, con un concepto moral y ante la verdadera finalidad de la ley, parece que la memoria de la madre fallecida es tal vez más digna de respeto que el honor de la viva. Hay además, una situación grave: falta la persona que podría traer elementos decisivos en la discusión. El fallecimiento del padre o de la madre no puede ser indiferente en estos litigios. El Código mismo (art. 325), cuando se trata la filiación natural, exige la prueba de la posesión de estado en tales casos. Pero en el que ahora se considera, ni aún con dicho elemento podría autorizarse.

El doctor Spota manifiesta que el defecto de los argumentos que se han dado, en principio muy atendibles, es el de ser unilaterales, de contemplar una sola cara del problema. Es cierto que el legislador debe tratar de no perturbar la familia, pero también existe el interés de no dejar al hijo sin padres ni derechos, ni transformarlo, con respecto a la familia, en una situación denigrante, sin padre ni madre. Además, existe otra consideración de peso: ¿se perturba la familia, en el caso de haber fallecido la madre, en el mismo grado que cuando está

viva? Viendo las cosas con un sentido real, no es ello de creer. Este punto, además, debe englobarse con el siguiente: no puede existir el reconocimiento sin la posesión de estado. Así lo exige el artículo 468 en su segunda parte. Y bien, existiendo posesión de estado y mediando ese reconocimiento que es, como lo afirmaba la doctrina clásica, de más valor ante la sana crítica que el mismo reconocimiento formal, ya que se produce día por día, instante por instante, ¿cómo puede cerrarse toda vía al hijo natural? Basta que se imagine una muerte súbita o, simplemente, una negligencia para que el problema se presente, a pesar de que la madre haya tenido la intención de reconocerlo. Es de observar que la dignidad del esposo y la de los hijos, no puede considerarse afectada: ellos han aceptado como hijo natural de su esposa o de su madre, respectivamente, a dicha persona, ya que este es el presupuesto de toda posesión de estado (art. 454, inc. 4º). Por último, estos juicios pueden tener el carácter de reservados, estableciéndolo así el legislador.

Se resuelve proseguir tratando estas indicaciones conjuntamente con la que sigue.

INCISO 6º — SUPUESTO DE LA ESPOSA VIUDA AL DEDUCIRSE LA DEMANDA. — El doctor Rayces dice que, en esta materia, desde un principio, se ha preocupado por asegurar el decoro del hogar de la familia. Se debe tener en cuenta la sensibilidad argentina que difiere en mucho de la de otros países. Si bien es brutal llevar estos juicios, por las perturbaciones que provocaría viviendo la mujer casada, también es brutal llevar ese juicio después de muerta ella. Agrega que pospone el interés del hijo a este interés moral y superior. Pero en el caso de la mujer viuda no existe esta consideración y entonces parece que se tratara de defender a la mujer y no hay por que defenderla, ya que, si cometió el desliz, debe cargar con las consecuencias del mismo. No existiendo las consideraciones superiores referidas, ¿por qué no se le permite al hijo decir “esta es mi madre”? Aún cuando parezca que hubiera una contradicción con su posición anterior, expresa que aquí no militan las consideraciones anteriores en manera alguna. Salvo que se hiciera una argumentación que en este momento no advierte, va a votar en favor de este inciso.

El doctor Lafaille expresa que las razones expuestas no le

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. Supuesto de la esposa viuda al deducirse la demanda. (Art. 469).

convencen; el peligro existe lo mismo con respecto a la familia, pero cabría argumentar con el texto del artículo que prohíbe la indagación de la maternidad, tan sólo cuando se trata de atribuirle un hijo a una mujer casada. La viuda no es casada. Es un artículo de excepción. Podría llegarse, pues, al resultado que persigue el doctor Spota, sin decir una palabra respecto del punto.

El doctor Rayces expresa que si es necesario agregar un artículo en que se establezca que se permite la indagación de la maternidad respecto de mujer viuda, no tendría inconveniente en que así se haga, pues este supuesto difiere del caso de la mujer fallecida.

El doctor Galli manifiesta que no ha intervenido hasta ahora en el debate, porque se conoce ya su opinión. Pero, como se sigue insistiendo en un argumento que está tan minado por el propio Proyecto, vuelve a destacar su posición. Si se está defendiendo el honor del esposo y de los hijos, ¿cómo se permite que una mujer casada reconozca hijos naturales? ¿Es que acaso esa situación no produce los mismos efectos que un reclamo de filiación planteado contra ella?

El doctor Saravia manifiesta que admitido el principio del artículo 469, respecto a la prohibición sobre la indagación de la maternidad, éste puede tener las atenuaciones que quepan dentro de una interpretación amplia. Quizá fuere inoportuno estar sobre ello pidiendo una solución concreta. Como lo señala el doctor Lafaille, dentro de una interpretación más moderna y conforme a nuevas costumbres, en el caso de la mujer viuda, podría el Juez llegar a admitir la indagación. Lo mismo en el caso de la mujer que ha fallecido.

El doctor Lafaille recuerda que en la Comisión Redactora, no en las actas, pero en las conversaciones, al presentarse el caso de la mujer muerta, se dijo que debía dejarse este asunto al criterio judicial, pues podía ser que las costumbres no se mantuvieran. Propone hacer constar que, después de un cambio de ideas y considerando la complejidad del problema, se resuelve declarar que la interpretación del texto toma valor, según las costumbres y organización de la familia, y entonces podría resultar peligroso establecer limitaciones expresas para investigar la maternidad en los supuestos de la mujer muerta, incapaz o viuda.

Así se resuelve.

PUNTO 2º — El doctor Lafaille dice que la indagación de la filiación adulterina está en la misma situación que el tema tratado anteriormente, si bien los casos se presentan con mayor frecuencia y han sido contemplados en el mismo Código Civil. Estima que en materia de filiación adulterina, si bien dice el texto nuestro que solamente se admitirá el reconocimiento voluntario y expreso, podría producirse un juicio de impugnación o de divorcio por adulterio y, entonces, de la sentencia surgir la paternidad o maternidad. En ese caso, el doctor Spota se pregunta si no fuera conveniente incluir en el artículo al hijo, cuya filiación resulte de sentencia civil o criminal. Adhiere, en estos términos, a la moción.

Se acepta la proposición del doctor Spota.

PUNTO 3º — El doctor Galli destaca que con la incorporación de la adopción, se introduce en la vida jurídica argentina una institución que el Código rechazó. Se debe, entonces, proceder con suma cautela y, sobre todo, aprovechar la experiencia jurídica de los países que la tienen establecida.

De un cotejo de los códigos que ha efectuado, encuentra que Francia (arts. 353 a 357 y ley del 19 de junio de 1923), Italia (arts. 309 a 311), Alemania (arts. 1741, 1742, 1750), España (art. 178), Suiza (art. 267), Méjico (arts. 399 a 401), Chile (ley 5343 de 1934, art. 5º) y Perú (art. 326, inc. 9º), exigen la intervención de la justicia para declarar u homologar los actos de adopción.

No la exigen los códigos de Bolivia, Uruguay y Brasil. Buscando los fundamentos de este sistema, que es el seguido por la Comisión, ha encontrado un argumento muy simple en Bevilacqua (tomo II, pág. 343, comentario al art. 375). Reconoce este autor que el derecho brasileño anterior exigía que la adopción fuera confirmada por la justicia (art. 217 de la Consolidación de Freitas y ley 22 de setiembre de 1828, art. 2º) y que lo mismo hacen los códigos de otros países, pero considera que dichas formalidades resultan complicadas. No se agrega nada más. En realidad la fundamentación es muy pobre. Para preferir la solución contraria, computa el gran valor de la tradición francesa e italiana. Francia no contaba con la institución en su derecho consuetudinario. La Asamblea de 1792 dispuso que se legislara sobre adopción; también lo

Reconocimiento. Filiación resultante de una sentencia. (Art. 472).

Intervención judicial. (Art. 475).

hizo el Código Napoleón y 119 años después de su vigencia, la ley de 1923 que reajustó su régimen legal, ha mantenido la intervención de la justicia para conceder o reconocer los actos de adopción. Algo semejante ha ocurrido en Italia. Establecida la adopción en 1865, repite la exigencia de la participación de la justicia en el Proyecto de 1936 y el Código que entrará en vigencia el próximo mes de julio.

Las razones que apuntalan el sistema, son de diverso orden. Tanto la solución francesa de la doble instancia, como la del derecho italiano que deriva la consideración a las Cortes de Apelación, procuran rodear al acto de una solemnidad, de una seriedad y de un significado, que son indispensables para que las partes tengan conciencia del sentido y la importancia de lo que van a consumir. Estos argumentos fueron expuestos por autores clásicos como Ricci (Corso Teorico Pratico de Diritto Civile, tomo I, parte II, §§ 144 y 145) y se repiten en la relación remitida por el Ministro Solmi al dar forma definitiva al proyecto italiano.

De dicho informe es el siguiente párrafo:

“... un órgano eminente y de iluminada experiencia, como es la Corte de Apelación, es más idóneo para proveer con la ponderación debida en materia tan delicada y las partes pueden ser inducidas a considerar mejor la importancia del vínculo que desean constituir” (Edición de 1936, § 297).

Otras razones para aconsejar la intervención de la justicia, son las de que la adopción crea un estado de derecho, que no se concibe instituido sin la observancia de los requisitos impuestos por la ley para su existencia. Dejarlo a la voluntad de las partes y admitir que produzca efectos por un acto extrajudicial, crearía una peligrosa inestabilidad en materia tan trascendente como el estado de las personas, porque quien tenga en propiedad el estado que acuerda la adopción, puede verse privado de él, tan pronto la justicia sea llamada a juzgar la legalidad de su concesión. El acto judicial que la homologa, da al estado de adopción la permanencia y seguridad que son propias de este atributo de la personalidad.

Aun puede asignarse a la intervención de la justicia otros importantes alcances.

Los tribunales deben estar facultados para juzgar de las circunstancias en que se produce cada caso de adopción, a fin

de no autorizarla, cuando no resulta provechosa para las partes, en especial para el adoptado, punto que también ha propuesto el doctor Spota. Estas razones, son las que lo determinan a proponer que la adopción se consume con intervención de la justicia.

El doctor Spota comparte las razones expuestas por el doctor Galli y hace moción para que se trate en otra reunión, si hay ventaja o no en aceptar lo que se ha dado en llamar en Italia la “pequeña adopción”. Los alcances y efectos de esta última podrían delimitarse separándola de la adopción. En este sentido, tal pequeña adopción tendría efecto en materia de asistencia recíproca y de patria potestad, pero no en lo que atañe al usufructo de los bienes del menor adoptado ni en lo que respecta al derecho sucesorio. Además, sólo regiría cuando se tratara de adoptar menores de catorce años. Tal adopción no requeriría formalidades; bastaría que se efectuara ante el encargado del Registro Civil. En lo que respecta al apellido del adoptado, este podría adicionarlo al propio, si lo tuviere.

Se resuelve incluir la indicación en el Orden del Día de la sesión siguiente.

El doctor Lafaille adhiere a la indicación del doctor Galli, pues considera conveniente la intervención de la justicia en estos actos. Pero estima que debe limitarse, de acuerdo con el sistema italiano, a la sola intervención del Juez sin que intervenga el Tribunal de Apelación. Convendría que así se estableciera, porque, si bien puede tener sus ribetes de derecho procesal, aquí está muy ligada la forma con el fondo y podría ser interesante que en el Código Civil constase lo que al efecto se decidiera. Sería de esperar que los magistrados no consideraran esto como una simple formalidad. La intervención judicial parece útil, porque, si debemos fomentarla, es evidente que se va a aplicar sobre todo respecto de menores y entonces debe establecerse la conveniencia de este vínculo que puede resultar perjudicial para el incapaz. Agréguese a esta razón y a las otras que se han aducido, la de que tratándose de una institución de estado, parece que en ella debiera intervenir el poder público y el ministerio fiscal. Por ello votará la moción, con el agregado que propone.

Se aprueba la moción del doctor Galli, con la modificación

propuesta por el doctor Lafaille, en el sentido de que se le de intervención en los actos de adopción al Juez de Primera Instancia en lo Civil.

Requisito de consentimiento de ambos esposos. Excepciones. (Art. 476).

PUNTO 4º— El doctor Galli dice que las razones en que funda su indicación, son las de que no le parece justo privar a un cónyuge del derecho de adoptar, por la circunstancia de resultarle imposible contar con la conformidad del otro. Tales los casos del cónyuge incapaz o declarado ausente. En estos supuestos, el cónyuge capaz se encuentra más desamparado de compañía y de afectos, que en los casos corrientes en que existen los dos padres adoptantes. Concurren las razones de orden ético que explican la adopción. No se debe trabar con exigencias rigurosas, el apoyo moral que para un cónyuge privado de la compañía del otro, resulta del hecho de poder adoptar un hijo.

La solución se ha tomado del Código alemán (art. 1746) y también la contiene la ley francesa de 1923. Cualquier supuesto inconveniente, queda salvado por la intervención que se da a la justicia en el otorgamiento de la adopción.

El doctor Lafaille expresa que cuando se dice “ausente”, convendría precisar, porque si se llama de este modo al no presente, podría prestarse a equívocos. Debe decirse: “ausente declarado en juicio”, ya que la expresión ausente también se emplea en el Código para el supuesto de ausencia simple. Se podría, pues, ampliar la solución acogida en la ley alemana diciendo: “... y el otro cónyuge se encontrara, en razón de su incapacidad o ausencia declarada, imposibilitado para prestar su voluntad”.

Se acepta la indicación del doctor Galli con el agregado propuesto por el doctor Lafaille.

Cónyuges divorciados.

El doctor Galli formula la proposición de que, a semejanza de la ley francesa de 1923, se contemple el caso de los esposos separados de cuerpo. Es necesario considerar esta situación en que el matrimonio subsiste, pero donde será muy difícil, mediando separación judicial, de que un cónyuge preste su conformidad para que el otro celebre un acto de adopción.

El doctor Lafaille manifiesta que en la separación de cuerpos habría que distinguir entre el que dió motivo a ella y el inocente, al que corresponden derechos hereditarios. El interés

de este último podría ser afectado con la adopción que efectuara el otro.

El doctor Saravia propone que se analice la situación de los cónyuges separados de hecho en lo que concierne al que no fuere culpable.

PUNTO 5º — El doctor Lafaille propone que se diga: “cuando se hallare bajo tutela, deberá oírse al representante legal”.

El doctor Rayces dice que va a plantear una cuestión sobre la adopción del demente, que considera de carácter previo. Es la siguiente: ¿qué beneficio social o individual se obtiene con la adopción de un insano, siendo que en realidad este no ha de poder sentir ni apreciar la ternura de los padres adoptivos? ¿Qué se persigue normalmente con la adopción, si no hacer compartir a un ser humano todos los beneficios materiales y morales de la vida en familia? ¿Qué beneficio moral puede recibir un demente? Únicamente tendrá un beneficio objetivo por así decirlo, pero ciertamente para ello no es necesaria la adopción.

El doctor Lafaille dice que si bien esto anticipa un debate que corresponde a la próxima reunión, considera necesario recordar que el Código proyectado extiende el concepto de incapacidad por demencia a los casos en que la persona no estuviera privada completamente de discernimiento; en segundo lugar, podría explicarse la adopción con el fin de obtener el mejoramiento o la curación del insano. Es indudable que por ese medio, la persona que desea llenar ese propósito, tendría mayor autoridad sobre el enfermo. El peligro más serio fincaría en los derechos del padre adoptivo respecto de los bienes. Esta indicación del doctor Rayces, determina la suspensión de la del doctor Galli.

Se resuelve, en vista de la proposición formulada por el doctor Rayces para que se examine si conviene o no autorizar la adopción de los insanos, considerarla en primer término, postergando la del Dr. Galli (punto 5º del Orden del día) hasta la reunión próxima.

ADOPCIÓN DE HIJOS DE PADRES DIVORCIADOS. (Art. 477). — El doctor Galli dice que dentro de este mismo artículo 477 se debe considerar otra cuestión cual es la relacionada con la adopción de hijos de padres divorciados. Como se exige

Cónyuges separados de hecho.

Adopción de incapaz. Consentimiento del representante legal. (Art. 477).

Adopción del demente.

Adopción de hijos de padres divorciados. (Art. 477).

el consentimiento de los padres, para sortear la dificultad que en el caso de padres divorciados significa esa exigencia, propone se adopte la solución contenida en el artículo 348 línea 2ª de la ley francesa de 1923, que considera válido el consentimiento del padre al cual se confió la guarda del menor.

Queda planteada la cuestión.

Menores bajo guarda. Intervención de las personas que los acojan. (Art. 477).

PUNTO 6º — El doctor Galli se refiere al caso muy corriente, de que queden huérfanos de un hogar muy humilde, que son recogidos por vecinos piadosos, sin que tome intervención el patronato oficial. Puede interesar que no se dificulte la adopción de estos menores. Los antecedentes que encuentra son los de la intervención del Consejo de Familia en Francia y en Italia, el Tribunal de Tutelas en Alsacia y Lorena y en Méjico la de las personas que hayan acogido al menor que se pretende adoptar y lo traten como hijo (art. 397, III).

Aunque en el país existe organizado el Patronato de Menores, no cree que la institución sea una traba para que se contemple y resuelva el supuesto que ha planteado.

El doctor Lafaille expresa que conviene distinguir varias situaciones: en primer término, los menores abandonados, sujetos al Patronato de la Nación, respecto de los cuales no se nota el inconveniente; otro, el de aquellos que, por descuido de parientes, carecen de tutela y que no están en la misma situación de los anteriores. Apunta esta observación, para que se tenga presente y se contemplen las normas del Proyecto sobre las obligaciones de los parientes para solicitar la designación de tutor y las que se ocupan del Patronato Nacional.

El doctor Galli señala que el problema se plantea por el contenido del artículo 477, cuando exige el consentimiento de los padres o del tutor, de donde resulta que los menores sin padres ni tutor, no obstante ser los que más necesitan la adopción, no pueden ser adoptados.

Se posterga el examen de dicha indicación.

Conformidad del menor. (Art. 477).

PUNTO 7º — El doctor Galli dice que las disposiciones en vigencia sobre el asunto que se considera, son las siguientes: los Códigos de Méjico (art. 397, IV). Perú (art. 326, inc. 5º) y Uruguay (art. 247), exigen la conformidad del menor mayor de 14 años o del menor adulto. El nuevo Código italiano hace oír al menor de 12 años; si es menor de 18, requiere el

consentimiento del representante y si es mayor su asentimiento (art. 294). La ley francesa de 1923 agrega el consentimiento del menor mayor de 16 años (art. 360). Es muy grave que un menor pueda ser adoptado contra su voluntad. Se corre el riesgo de que fracasen los elevados propósitos que inspiran la adopción, si el adoptante se encuentra frente a la hostilidad y la contumacia del menor.

El doctor Lafaille expresa que podría crearse un estado civil contra la voluntad de la persona. Parece que el menor capaz de discernimiento, debe ser oído y prestar su conformidad.

El doctor Spota observa que podría obviarse la dificultad con un sistema más elástico. Por ejemplo, el Código italiano establece que el menor a los doce años debe ser oído y a los diez y ocho dar su consentimiento el representante. Debe ser siempre oído el menor y los jueces y el ministerio público deben ver si hay o no motivos para no acordar la adopción. Sucedería a veces que los jueces después de oír al menor, negasen la adopción encontrando justificada la resistencia que él opone; pero también puede acaecer que esa resistencia sea debida a falta de discernimiento o resulte manifiestamente infundada. Quizá una solución rígida no proporcione tantas ventajas como una flexible. Se inclinaría a que se exigiera el consentimiento, cuando el menor sea ciudadano, ya que a esa edad se trata de una persona con mayor conciencia de sus actos.

El doctor Lafaille dice que lo propuesto armoniza con la regla, en cuya virtud se permite testar a partir de los diez y ocho años; luego cabe tener en cuenta esa edad para la adopción. Pero, ¿qué interés público puede existir en imponer la adopción a quien no la desea? Debe ser un caso extremo en que los jueces se decidan a semejante solución. Tratándose de un menor discolo, caprichoso, ¿puede reportar ventajas la adopción en esas circunstancias? Expresa que después de los catorce años, debe requerirse el consentimiento de los menores.

Se resuelve establecer que debe ser oído el menor que está en las condiciones de discernimiento a que se refiere el artículo 140 del Proyecto. En cuanto a si se puede requerir la conformidad del menor, pasados los catorce o diez y ocho años, el punto se posterga.

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. Filiación natural que surja de la sentencia civil o criminal. (Art. 469).

Pequeña adopción. (Art. 475).

Requisito de consentimiento de ambos esposos. Excepciones. Cónyuges divorciados. (Art. 476). Cónyuge inocente.

Cónyuges separados de hecho.

Adopción de incapaz. (Art. 477). Adopción del demente.

Adopción de hijos de padres divorciados. (Art. 477).

Menores bajo guarda. Intervención de las personas que los acogan. (Art. 477).

Conformidad del menor. (Art. 477).

Efecto de la adopción. Descendientes legítimos del adoptado. (Art. 478).

Orden del Día para la sesión siguiente.— PUNTO 1º— El punto 1º del Orden del Día anterior en lo que se refiere a la indicación del doctor Spota sobre filiación resultante de sentencia civil o criminal.

PUNTO 2º— Indicación del doctor Spota, respecto del artículo 475, para que se examine si sería conveniente aceptar la institución denominada “pequeña adopción” por los autores italianos, con los efectos limitados a la prestación de alimentos, al apellido y a los derechos y deberes emergentes de la patria potestad, salvo en lo atinente a los frutos, aplicándose sólo con respecto a menores de catorce años y no requiriéndose otra formalidad que la exigida en el artículo 475 no modificado.

PUNTO 3º— El doctor Galli propone que se incorpore en el artículo 476 la excepción relativa a los cónyuges divorciados. El doctor Lafaille propone que se tenga presente la situación del cónyuge inocente que hereda, en el caso de divorcio, y cuyos derechos podrían ser perjudicados. El doctor Saravia propone que se examine la situación de los cónyuges separados de hecho, en lo que concierne al que no hubiera motivado ese estado.

PUNTO 4º— En vista de la proposición del doctor Rayces, hecha durante la discusión, para que se considere si conviene o no organizar o autorizar la adopción de los insanos, queda incluido, para ser tratado nuevamente, el punto 5º del Orden del Día anterior.

PUNTO 5º— El doctor Galli sugiere la conveniencia de considerar la situación de los hijos de padres divorciados, ya que el artículo 477 exige el consentimiento de los padres y propone que se adopte el sistema de la ley francesa, según el cual sería bastante la venia prestada por el padre encargado de la guarda.

PUNTO 6º— (El 6º del anterior. Ver pág. 384).

PUNTO 7º— Indicación del doctor Galli especificada en el punto 7º del Orden del Día anterior, respecto a si se puede requerir la conformidad del menor pasados los catorce o diez y ocho años.

PUNTO 8º— (El 8º del anterior. Ver pág. 384).

PUNTO 9º — (El 9º del anterior. Ver pág. 384).

Disolución del vínculo por causas imputables al adoptante. (Art. 480, inc. 3º).

PUNTO 10. — (El 10 del anterior. Ver pág. 384).

Disolución del vínculo. Intervención judicial. (Art. 480).

PUNTO 11. — (El 11 del anterior. Ver pág. 384).

Adopción y su caducidad. Inscripción en registro.

PUNTO 12. — (El 12 del anterior. Ver pág. 384).

Disolución del vínculo. Motivos derivados de buenas costumbres. (Art. 480).

PUNTO 13. — (El 13 del anterior. Ver pág. 384).

Inventario a cargo del adoptante.

PUNTO 14. — (El 14 del anterior. Ver pág. 385).

Apellido del adoptado.

PUNTO 15. — (El 15 del anterior. Ver pág. 385).

Situación del adoptante en orden a sucesiones y alimentos.

PUNTO 16. — (El 16 del anterior. Ver pág. 385).

Disolución del vínculo. Ingratitud respecto de parientes del adoptante. (Art. 480, inc. 3º).

PUNTO 17. — (El 17 del anterior. Ver pág. 385).

Adopción. Requisitos de justos motivos y de ventajas para el adoptado.

PUNTO 18. — (El 18 del anterior. Ver pág. 385).

Vínculo de adopción. Impedimento para el matrimonio. (Art. 480, inc. 4º).

REUNION N° 76

—Buenos Aires, primero de junio de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Daniel Ovejero, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

El doctor Spota hace presente que quedó postergada su indicación tendiente a que se autorizara a invocar la filiación natural o adulterina que resultare, directa o indirectamente, de sentencia civil o criminal. Reconoce que convendría, a los

Límite a la indagación de la maternidad. Atenuación de la norma. Filiación natural que surja de la sentencia civil o criminal. (Art. 469).

efectos de que no quedaren violados los fines que presidieron la sanción del artículo 469, autorizar sólo la invocación de una sentencia, cuando de ella resultare indubitante la filiación natural o adulterina.

El doctor Lafaille manifiesta que se inclina por el sistema que autoriza a invocar una sentencia, cuando resultara de una manera directa la filiación, porque, entonces, no sería cuestión de investigación; en ese caso, no es justo privar al hijo de la filiación que está establecida por sentencia.

El doctor Ovejero considera que la filiación debe resultar de dicha sentencia en forma positiva, porque una mención incidental no bastaría.

El doctor Rayces solicita que se le den ejemplos ilustrativos de la hipótesis que se contempla; esto es, de fallos en los que se dé, directa o indirectamente, por comprobada la filiación adulterina. Considera en sumo grado peligroso que se admita la posibilidad legal de una hipótesis de esa índole, pues cree que sería abrir una puerta muy grande al arrasamiento del principio que se quiere mantener incólume. Dejando a salvo lo que respecta al alcance de las declaraciones formuladas en las sentencias dictadas en juicios criminales, estima que ningún Juez puede ni debe hacer, en contienda civil, declaraciones directas o indirectas sobre la supuesta condición adulterina de los hijos, no mediando desconocimiento de la paternidad legítima por parte de quien esté facultado para ello.

El doctor Spota expresa, refiriéndose a lo dicho por el doctor Rayces, que la cuestión se simplifica, pues se admite el caso de que de una sentencia criminal surja la filiación natural o adulterina. Además, se admite que de un juicio civil de desconocimiento de la paternidad puede desprenderse en forma indudable esa filiación. Es suficiente plantearse como posibles —y acaecen en la realidad— tales casos para que el legislador los contemple y establezca una norma que limite la amplitud de los artículos 469 y 471, segunda parte, autorizando a invocar la sentencia criminal o civil en cuestión.

El doctor Lafaille dice que en un juicio sobre nulidad de matrimonio también podría resultar la prueba del adulterio. Por ejemplo, si se llegara a demostrar la impotencia del marido, a pesar de existir hijos. Habría una serie de supuestos,

en los que la filiación surge de sentencia; primero, el de los juicios criminales; segundo, el juicio sobre impugnación de la paternidad; tercero, el de nulidad del matrimonio, cuando se llegase a la demostración de la imposibilidad de procrear, y aún de realizar el acto, y que, sin embargo, hubiese hijos. Considera que el principio de que el marido tiene que impugnar la paternidad, regirá cuando se trate de matrimonios válidos, y no respecto de los nulos. Admite, pues, la moción, pero en forma que no sea posible argumentar en base de la interpretación del fallo. Propone, en fin, que no se considere comprendido en los artículos 469 y 471 el supuesto de que la filiación natural, adulterina o incestuosa resultare en forma indudable de una sentencia civil o criminal.

Así se aprueba.

A pedido del doctor Rayces, quién debe retirarse de la reunión, se resuelve considerar los demás puntos del Orden del Día, postergando la resolución para la próxima sesión.

PUNTO 2º — Se posterga.

Artículo 475. — 1º El doctor Spota se refiere a la edad requerida en el adoptante. El Proyecto establece, guiándose por el Código Civil alemán y otras leyes, cincuenta años. También sanciona el nuevo Código Civil italiano, en su artículo 289, una norma semejante, con la salvedad de que puede autorizarse la adopción por personas que cumplieran cuarenta años, si la diferencia de edad entre adoptante y adoptado es de dieciséis años, por lo menos. Esta norma es de carácter singular para cuando excepcionales circunstancias lo aconsejen. Una de estas circunstancias. v. gr., podría ser la impotencia manifiesta e incurable. Además, una razón que habría que tener en cuenta la constituiría el hecho de que los sentimientos generosos que inspiran la adopción, pueden debilitarse con la edad y, además, un hombre que sólo ha cumplido cuarenta años está en mejores condiciones para asistir al adoptado, especialmente si este último es menor. En fin, la vida misma indicará esas "circunstancias excepcionales" que deberá apreciar en cada caso el Juez. Estas son, por lo demás, las razones que ha expuesto Azara al comentar el proyecto que hoy constituye el Libro I del Código Civil italiano.

Se resuelve considerar esta proposición en la próxima reunión.

Pequeña adopción.
(Art. 475).

Requisitos. Edad
del adoptante. (Art.
475).

Requisito. Carencia de descendencia legítima. (Art. 475).

2º El mismo doctor Spota expresa que se ha establecido, como requisito para poder adoptar, que el adoptante carezca de descendencia legítima; pero puede suceder que el adoptante haya considerado como hijo, durante un tiempo, a un menor. Aun cuando este matrimonio tenga descendencia legítima, parece fuerte que, a pesar de que los dos cónyuges hayan admitido ese hijo en su casa y lo traten como tal, no puedan darle el estado de hijo legítimo adoptivo por ese sólo inconveniente. El problema fué analizado y motivó una norma del proyecto de Código Civil italiano, pero no ha perdurado en el nuevo Código de Italia. Resulta, sin embargo, un problema práctico y sería cuestión de determinar si tendría o no ventajas una norma que permita la adopción de una persona por parte de cónyuges que ya tienen descendencia legítima y que han considerado ambos a esa persona como hijo —cualquiera sea su condición en lo que a filiación atañe— durante un plazo prudencial, v. gr., diez años. El Proyecto, que tiene un contenido tan amplio y generoso, que permite la adopción de hijos adulterinos e incestuosos y que admite la adopción sucesiva, debe persistir en esa corriente, aceptando también una proposición como la que deja formulada. Es éste un medio para obviar las desventajas que pesan sobre los hijos no legítimos, sobre todo cuando ambos cónyuges están de acuerdo; los descendientes legítimos no deben constituir un reparo que impida a los padres el cumplimiento de un deber piadoso.

Queda planteada la cuestión.

Adopciones sucesivas.

El doctor Lafaille propone que se estudie si hay conveniencia en prohibir las adopciones sucesivas. Queda planteada la cuestión.

Requisito de consentimiento de ambos esposos. Excepciones. Cónyuges divorciados. (Art. 476). Cónyuge inocente. Cónyuges separados de hecho.

PUNTO 3º — El doctor Lafaille manifiesta que cuando el doctor Galli propuso que se incorporara en el artículo 476, la excepción de los cónyuges divorciados, observó que debía tenerse en cuenta la situación del inocente a quien no puede privarse de su derecho hereditario. El doctor Saravia, a su vez, propuso se estudiara el caso de los cónyuges separados de hecho, porque el Proyecto considera la culpabilidad de uno de los esposos como causal de la pérdida de los gananciales y de la porción hereditaria.

El doctor Rey dice que para exigir el consentimiento de los

dos esposos divorciados no habría sino dos motivos: 1º, el que sugiere el doctor Lafaille de que podría privársele al cónyuge inocente de los derechos hereditarios y, 2º, que se puede crear un impedimento para una futura reconciliación. Esta segunda razón es débil y la primera puede ser obviada mediante una simple disposición. En cambio, es verdad que faltaría en tales casos el motivo esencial que tiene la ley para exigir el consentimiento de ambos esposos, pues no habría por qué temer una alteración de las relaciones conyugales que pudiera producir la desunión. También es cierto que la desinteligencia que de ordinario reina entre los divorciados, daría frecuentemente por resultado la negación arbitraria del consentimiento.

El doctor Lafaille indica que el cónyuge culpable podría disminuir las posibilidades del inocente por medio de una adopción; conviene considerar el punto para dejar a salvo los derechos del no culpable. Así como se ha indicado que uno de los esposos puede oponerse, por odio, a la adopción, se presenta este otro supuesto interesante.

El doctor Spota considera que habría una posibilidad de resolver la cuestión, aceptando una norma como la del Código Civil alemán por la que se faculta al adoptante, al adoptado o a sus representantes, para convenir que no haya derechos sucesorios. Con ello se salva la desventajosa situación en que podría quedar el cónyuge inocente.

El doctor Lafaille recuerda que el Código alemán admite el pacto hereditario que repugna a nuestras costumbres. En cuanto a la separación de hecho, es un punto delicado; no parece suficiente para que se autorice la adopción.

El doctor Spota manifiesta que podría concebirse la hipótesis, como se ha considerado en diversas leyes extranjeras, de que no se conozca la residencia de uno de los esposos, sin ser declarado ausente. En ese supuesto, cabría autorizar la adopción por el cónyuge presente.

El doctor Rey indica que, en Francia los autores están de acuerdo en exigir la enajenación mental o ausencia declarada para hipótesis como la planteada por el doctor Spota.

PUNTO 4º — El doctor Lafaille dice que se inclina por la solución que auspicia el doctor Rayces. Por mucho que esas personas pudieran tener el ánimo de cuidar a un enfermo,

Adopción del de-
mente.

a este resultado cabe llegar recurriendo a otras instituciones, como la curatela, que es la específicamente indicada.

El doctor Spota señala que el Código Civil suizo, en el artículo 265, permite la adopción del interdicto; el alemán, parece estar orientado en la misma corriente; el primer proyecto italiano la acepta; pero el nuevo Código Civil de dicho país veda ese género de adopción. El Proyecto italiano admitía la adopción, tanto que fuera interdicto el adoptado, como el adoptante. En ambos supuestos, habría razones —se dijo— para admitir la adopción: si el adoptante es el interdicto, para que lo curara el adoptado, y viceversa. Si se fuera consecuente, habría que admitir esa otra institución. Se trata de una cuestión de asistencia y ayuda; es conveniente, pues, extender la norma. Sin embargo, parece innecesario ello si existen medios para llegar a idéntico resultado: la curatela. Así lo han reconocido los modernos legisladores italianos.

El doctor Lafaille expresa que sin llegar al extremo de limitar la adopción a los menores, parece que tal sería la base general de la institución. Nosotros la hemos incorporado, teniendo en vista a los menores abandonados, pero se la ha extendido demasiado. Para el caso de los interdictos no se ve por qué habríamos de admitirla.

Se posterga la consideración de la moción formulada.

Adopción de hijos
de padres divor-
ciados. (Art. 477).

PUNTO 5º — El doctor Lafaille dice que el padre encargado, a raíz de un juicio de divorcio, de la guarda, tiene una ventaja; pero la guarda es simplemente la custodia y ella no puede facultarlos sobre todo en el caso de separación de cuerpos, a permitir una adopción, que es como disponer del estado civil del menor. Es preferible que se le conceda tal facultad al que ejerce la patria potestad, y no al que le corresponde la tenencia.

El doctor Spota indica que el problema consiste en determinar a quien corresponde prestar el consentimiento, ya que, no sólo hay que considerar si hay preferencia para el cónyuge que tiene la patria potestad sobre el menor, sino, también, si debe haber acuerdo entre los cónyuges, o si podría el Juez completar el consentimiento de aquél al cual no le atañe la patria potestad.

El doctor Lafaille insiste en que no debe confundirse la tenencia con el ejercicio de la patria potestad. En una sepa-

ración de cuerpos, la madre puede conseguir, la guarda y al padre corresponderle las visitas; pero éste conservará siempre la patria potestad. Si se le permitiera a la madre que por su mero consentimiento un extraño pudiera adoptar al niño, ¿a qué se reduciría la patria potestad? Si, en virtud de ella, cabe oponerse a un casamiento e intervenir en otros actos del menor ¿por qué no se le permitiría autorizar la adopción, que es todo un cambio en el estado civil? Esta materia debe ser regida por los principios de la patria potestad.

Refiriéndose a lo propuesto por el doctor Lafaille, el doctor Spota pregunta por qué no completarlo con el criterio de que no sea el cónyuge culpable.

El doctor Lafaille contesta que la experiencia demuestra, a menudo, que hay malos maridos que son buenos padres y viceversa; son afectos distintos y cualidades diferentes los que están en juego. Por eso los jueces, de acuerdo a la ley (art. 76), conceden la tenencia al individuo más apto para la dirección del menor. No toman en cuenta ni la responsabilidad dentro del divorcio, ni afectan con ello la patria potestad. Por lo expuesto, insiste en su moción.

Se portega la resolución sobre este punto.

PUNTO 6º — El doctor Lafaille dice que, respecto a esos menores que, habiéndose encontrado bajo la guarda de alguna persona, no estuvieran sujetos a patria potestad ni tutela, corresponde proveerlos de representante, al solo efecto de intervenir en la adopción.

También se posterga.

PUNTO 7º — El doctor Lafaille entiende que debería oírse al menor, porque puede tener sus razones, pero no darle la facultad de consentir o no.

El doctor Rey indica que el doctor Spota ha dado en la anterior reunión algunas razones y cree, como él, que debe oírse al menor y a los diez y ocho años pedirle su conformidad.

El doctor Ovejero expresa que se inclinaría a que a los doce años se permitiera al menor, expresar su parecer, es decir, oírlo.

Queda postergado.

PUNTO 8º — El doctor Rey dice que si bien en el Código Napoleón no se ha extendido ese beneficio a los descendientes legítimos del adoptado, la ley francesa de 1923 lo hace.

Menores bajo guarda. Intervención de las personas que los acojan. (Art. 477).

Conformidad del menor. (Art. 477).

Efecto de la adopción. Descendientes legítimos del adoptado. (Art. 478).

Demolombe indica las razones invocadas por los autores y los fallos que sostienen la extensión de los beneficios al adoptado aun en el Código Napoleón y no encuentra, sino tan sólo razones de texto, para sostener que esa interpretación es equivocada.

El doctor Lafaille manifiesta que una vez adoptado el individuo, si recibe la herencia, trasmite, sin duda, sus derechos a los descendientes; es decir, que por lo tanto, beneficiarían de esa adopción; pero ello no significa que éstos puedan heredar directamente al adoptado, o representarlo en la sucesión. La dificultad podría caber respecto a si es necesario un consentimiento especial por parte del adoptante para alcanzar ese resultado. La adopción es materia personalísima: se puede experimentar un gran cariño tan sólo para el adoptado y no ocurrir lo mismo con los herederos de éste.

Impedimentos en materia de matrimonio.

El doctor Spota hace notar que, al tratar de los impedimentos, se resolvió postergar para esta oportunidad considerar si ellos rigen para la adopción. Conviene, a su juicio, aceptar el sistema del art. 85 del nuevo Código Civil italiano, en el sentido de que hay una serie de impedimentos entre el adoptante, el adoptado y los descendientes de éstos, así como otros derivados de la adopción. Todo ello, salvo dispensa.

El doctor Lafaille expresa que esos impedimentos quedan descartados, cuando se dice que el casamiento pone fin a la adopción. Tal es el sistema alemán, fundado en que el vínculo es aquí individual y no trasciende a la familia del adoptado.

Se tratará en la próxima reunión.

Puntos 9º, 10º y 11º. — Se postergan.

Disolución del vínculo. Motivos derivados de buenas costumbres. (Art. 480).

Punto 12º — El doctor Rey entiende que el juez puede negarse a que se disuelva la adopción, en los casos de los incisos 1º y 2º, cuando mediaren justos motivos.

Se resuelve tener en cuenta la indicación del doctor Rey.

Inventario a cargo del adoptante.

Punto 13º — El doctor Spota indica que el Código Civil alemán también exige la realización de inventario, pero éste debe hacerse a costa del adoptante. Se pregunta si se puede acoger o no esta norma.

El doctor Lafaille dice que siempre hay que partir de que el adoptante no es el protegido.

También se posterga.

PUNTO 14º — El doctor Lafaille hace indicación para que, cualquiera que sea la resolución sobre este punto, sea incorporada a las normas que rigen el nombre de las personas.

El doctor Ovejero dice que, respecto al sistema que dentro de nuestras costumbres debemos aceptar, es más conveniente el italiano, que agrega al apellido del adoptado el del adoptante, lo cual no implica pérdida del propio.

El doctor Lafaille manifiesta, refiriéndose a lo dicho por el doctor Ovejero, que ello es así, siempre que se trate del caso de que tuviera un apellido de familia; pero, respecto de expósitos, no existe interés en mantener el nombre que le atribuyó el Oficial Público. Propone que el apellido del adoptante se agregue al que le corresponde al adoptado por derecho de familia.

El doctor Spota expresa que el nuevo Código Civil italiano (art. 297), ha reglamentado el sistema. Comienza por establecer el principio de que el adoptado agrega al propio el apellido del adoptante; si es hijo natural no reconocido, asume el apellido del adoptante. Un reconocimiento posterior a la adopción no hace asumir al adoptado el apellido del padre que lo ha reconocido, salvo que la adopción sea revocada. Si la adopción la realizan dos cónyuges, asume el apellido del marido, etc. Lo que resultaría interesante es autorizar al adoptado para asumir directamente el apellido del adoptante, si median causas justificadas.

El doctor Lafaille indica que la substitución de apellidos es explicable en los supuestos de expósitos o de hijos naturales no reconocidos; el reconocimiento posterior implica el cambio de apellido. En el supuesto de que el adoptado tuviera un apellido por derecho de familia y el padre hubiera incurrido en pérdida de sus derechos de patria potestad, entonces podría explicarse que no hubiera obligación de usarlo, tratándose de un delincuente, por ejemplo. Pero serían casos especiales; en principio debe conservar el apellido que le corresponde por derecho de familia.

Se resuelve considerarlo en la próxima reunión.

PUNTO 15º — El doctor Lafaille expresa que, en la Comisión Reformadora, se conversó sobre los derechos sucesorios del adoptado y se dijo que el mismo estaba en igual condición que el hijo legítimo. Respecto al adoptante, cree

Apellido del adoptado.

Situación del adoptante en orden a sucesiones y alimentos.

que no debe obtener más beneficio que el moral, un sucedáneo de la paternidad que le ha negado la naturaleza y también el cariño y la gratitud del adoptado. Ninguna ventaja pecuniaria procede acordarle, porque se producirían, entonces, adopciones en mira de esas utilidades, lo que desvirtuaría por completo el instituto.

Adopción por un
cónyuge del hijo
del otro. Patria
potestad.

El doctor Spota manifiesta que conviene prever el supuesto de que un cónyuge adopte el hijo del otro esposo, ¿a quien entonces corresponde la patria potestad? Esta situación la resuelve el art. 299 del Código Civil italiano, pero no el Proyecto. Conviene, pues, establecer si hay o no pérdida de la patria potestad.

El doctor Lafaille expresa que debe entenderse que un cónyuge no pierde la patria potestad sobre su hijo, por adoptarlo el otro.

Se resuelve tener en cuenta, como sugestión de varios, la conveniencia de establecer de una manera precisa que la patria potestad no se pierde, cuando, ejerciéndola uno de los cónyuges, el otro adoptase al hijo.

Bienes del adopta-
do. Usufructo por
el adoptante.

El doctor Spota indica que debe contemplarse el problema de si corresponde al adoptante el usufructo de los bienes del adoptado. Algunos códigos entienden que tiene la patria potestad, mas no el usufructo legal. Pero como es una institución de beneficencia, sobre todo si se trata de menores, correspondería facultar al adoptante para emplear el usufructo de los bienes del menor en su educación y, en general, en satisfacer las cargas del usufructo. Tal es lo que decidió el legislador italiano en su nuevo Código (art. 299).

El doctor Lafaille expresa que conviene considerar la hipótesis siguiente: un individuo ha sido adoptado como expósito y luego se determina su verdadera filiación, ¿por qué se va a privar a quien desinteresadamente lo adoptó, del derecho al usufructo?

El doctor Spota dice que, en la materia, una norma restrictiva estaría más de acuerdo con el espíritu de la institución.

Se resuelve considerar la indicación del doctor Spota acerca del usufructo de los bienes del adoptado por el adoptante, sin perjuicio de autorizar a este último disponer de las rentas del incapaz con fines de beneficio para éste.

PUNTOS 16°, 17° Y 18° — Se postergan.

PEQUEÑA ADOPCIÓN. — El doctor Spota, con respecto a la pequeña adopción, expresa que a quien se encarga de la misma habría que darle un derecho de preferencia en el otorgamiento de la adopción, pues quien cuidó de un menor durante mucho tiempo, debe gozar de ese privilegio. Propone a título subsidiario, si no se aceptase la pequeña adopción, mantener siempre el privilegio para el guardador.

Pequeña adopción.

Se resuelve, agregar al preparar el Orden del Día, el punto referente a la pequeña adopción.

ARTÍCULO 475. — El doctor Rey dice que en la reunión anterior se aceptó, a propuesta del doctor Galli, una modificación consistente en que debe darse intervención en los actos de adopción al juez de primera instancia en lo civil. Se dijo entonces que, por tratarse de una institución nueva en nuestra vida jurídica, debía procederse con suma cautela, teniendo particularmente en cuenta la experiencia extranjera, las dificultades que la institución había ofrecido en otros países y las soluciones adoptadas para subsanarlas. Por compartir ese juicioso criterio, somete a la consideración de la Sección algunas cuestiones derivadas de la modificación aceptada que, por lo que resulta del acta, no han sido previstas entonces.

Intervención judicial. (Art. 475).

Primera cuestión. — ¿Cuál es el juez competente para intervenir en el procedimiento de la adopción? ¿El del domicilio del adoptante o del adoptado? La ley francesa de 1923 (art. 362) repitiendo lo dispuesto en el Código Napoleón (art. 354) se decidió por el tribunal del domicilio del adoptante, quizá porque, como decía Mourlon (I, 1002), es el que se halla en mejores condiciones para informarse sobre la situación y moral del adoptante. La misma solución adoptan el Código suizo (art. 267) y el proyecto de Código italiano (art. 309) que se refiere al presidente de la Corte de Apelación en cuya circunscripción tiene su domicilio el adoptante. Si, como lo expresó el doctor Lafaille en la reunión anterior, es de desear que los tribunales no reduzcan su intervención a una simple fórmula, la solución de las legislaciones precedentemente citadas parece la más conveniente. Es verdad que el Proyecto ha procurado unificar todo lo referente a la dirección de los menores, disponiendo la intervención del juez de

Juez competente.

la tutela en todo lo relativo a la misma (art. 56, in fine), pero la razón expuesta por Mourlon parece suficiente para justificar la norma de las legislaciones mencionadas, por lo menos mientras no se organicen debidamente en el país los tribunales de menores o, lo que también sería deseable, los tribunales de familia que se ocupen exclusivamente de los asuntos concernientes a la misma. Por lo demás, también pueden ser adoptados los mayores.

Objeto de la intervención judicial.
Facultades del juez.

Segunda cuestión. — ¿En qué consiste la intervención judicial? ¿Cuáles son su objeto y fines? ¿Cuáles las facultades de los jueces? Fundando su proposición, dijo el doctor Galli que la intervención judicial serviría para dar permanencia al estado de adopción; para permitir a los jueces desaprobar la adopción, cuando reputasen que no es provechosa para cualquiera de las partes, pero ello no se tradujo en ninguna disposición concreta. Opina que, tratándose de una institución nueva, es conveniente reglamentarla con precisión, para evitar la diversidad de interpretaciones —que resultaría, quizá, más grande en nuestro país dadas sus características— y podría llegar a desvirtuar a la institución misma. Considera suficiente ejemplo el de la ley núm. 11.729, de despido de empleados de comercio. Es muy común oír que la adopción es un consuelo para el adoptante y un acto de beneficencia hacia el adoptado, y la Comisión Redactora del Código italiano, según lo recuerda el profesor Gálgano en su informe, ha procurado conformar el proyecto a la especial naturaleza del instituto “que se presenta como una institución filantrópica que nutre y aviva los más nobles sentimientos de generosidad y beneficencia”. Al formular las proposiciones a que ha de referirse, parte de la base, que le parece exacta y más ajustada si no, quizá, a la realidad, a los intereses del país, de que el fin principal de la adopción es favorecer al adoptado, como entiende que resulta de las disposiciones de la ley francesa de 1923 y del nuevo Código italiano, especialmente cuando aquél es un incapaz.

a) “La adopción debe ser homologada por el juez en lo civil del domicilio del adoptante. No habrá recurso alguno contra su decisión”. (Resuelto por la Sección en la reunión anterior, con el agregado que ha propuesto en la presente).

b) “El juez deberá comprobar si se hallan reunidos los

requisitos legales; si existen justos motivos para la adopción y si ésta es ventajosa para el incapaz. En caso afirmativo, hará lugar a la adopción y la rechazará en caso negativo, sin expresar los motivos en ninguno de los dos”.

Como explicación o fundamento de los requisitos que propone, se permitirá repetir lo que al respecto dicen Planiol y Ripert (II, núm. 1019), comentando la ley francesa de 1923 (arts. 343 y 363): “...las dos condiciones indicadas en el texto no se confunden y señalan los dos elementos que deben inspirar la decisión del tribunal. Una adopción puede ser justificada, por ejemplo, en razón de los cuidados de que el adoptante ha rodeado al adoptado y ser desventajosa para este último si lo hace entrar en una familia pobre o cuyo nombre está manchado por el deshonor. A la inversa, una adopción puede ser ventajosa para el adoptado y no estar legitimada por un justo motivo: tal el caso de un contrato que tendría por objeto permitir a una persona llevar un bello nombre. La adopción cuyo único objeto es disminuir los derechos sucesorios a pagar más tarde por el adoptado, debería ser también rechazada como no teniendo un justo motivo. En fin, creemos que el tribunal debería también rechazar una adopción que tuviera por objeto reemplazar una legitimación posible y favorecer así la persistencia de una unión libre”. Agrega que no sólo la ley francesa de 1923 establece los requisitos a que se ha referido. También los exige el Código suizo (art. 267) y el proyecto italiano (art. 310). A su juicio, es mucho más necesario entre nosotros, si realmente se desea que la intervención de la justicia tenga la eficacia necesaria.

Tercera cuestión. — ¿En qué momento deben hallarse reunidos los requisitos necesarios para la adopción? ¿Qué efectos produce la homologación judicial? Según el Proyecto tal como lo ha aceptado la Sección hasta ahora, la adopción requiere:

1º Respecto del adoptante:

- a) que sea mayor de cincuenta años, salvo el caso de adopción por ambos cónyuges, siempre que la mujer sea mayor de cuarenta años y lleven diez de casados;
- b) que sea diez y ocho mayor que el adoptado;
- c) que carezca de descendencia legítima;
- d) que tenga el consentimiento de su cónyuge cuando es casado;

Requisitos. Momento en que deben hallarse reunidos. Efectos de la homologación judicial.

- c) que tenga justos motivos para adoptar (si se acepta el agregado que ha propuesto);
 - f) que goce de buena reputación (ídem).
- 2º Respecto del adoptado:
- g) que no haya sido adoptado por otra persona, salvo que fuera el cónyuge de quien lo desea adoptar;
 - h) que exista el consentimiento del padre, cuando se trate de un incapaz;
 - i) que se haya oído al tutor o curador, en su caso.
- 3º Respecto del adoptante y adoptado:
- j) Consentimiento;
 - k) capacidad.

Ahora bien, de acuerdo con la modificación introducida por la Sección, la adopción comporta tres momentos: a) el acto de la adopción; b) la aprobación judicial, y c) la inscripción. ¿En cuál de esos momentos deben hallarse reunidos los requisitos antes mencionados? Conviene recordar que esta cuestión ha suscitado divergencias desde la época del Código Napoleón. Descartando el tercer momento que sólo guarda relación con los terceros, los anteriores se han promovido en diverso sentido: Demolombe, Aubry y Rau, Huc, Mourlon, opinan que basta que las condiciones se hallen reunidas en el instante en que se celebra entre las partes el contrato de adopción, porque de otro modo no sería válido y no podría ser homologado; Laurent sostiene lo contrario apoyado en que es el tribunal quien da eficacia a la adopción mediante la homologación. Una solución intermedia propiciada por Baudry-Lacantinerie y, al parecer, por la Corte de Casación, distingue entre las condiciones requeridas en la persona de los cónyuges que deberían existir al celebrarse el contrato y otras como el consentimiento de los padres o de los cónyuges que bastaría que existiesen en el momento de la homologación. Según la ley francesa de 1923, la adopción produce sus efectos entre las partes a contar desde la homologación (art. 368), de lo cual deducen Planiol y Ripert que es en ese momento o sea en el momento en que un acto produce sus efectos y no en aquel en que se lo proyectan, en que deben hallarse reunidos los requisitos legales. Bastaría, entonces, que las condiciones referentes a las autorizaciones o convenios, falta de hijos legítimos y aún a la edad existan en el instante

en que la adopción ha de ser homologada. Sin embargo, esos autores reconocen que el consentimiento y capacidad indispensable para celebrar el contrato de adopción, deben existir en el momento de realizarlo, porque de otro modo no habría contrato válido. (núm. 1027 del t. II). El proyecto de Código italiano (art. 337) disponía que la capacidad de consentir o de prestar el propio consentimiento es sólo necesaria al tiempo de la respectiva declaración, y que los otros requisitos deben subsistir al tiempo en que se dicte el decreto de homologación. A continuación (art. 338), establece que la adopción produce sus efectos desde el instante de la homologación, como también lo dispone la ley francesa (art. 368 del Proyecto y art. 296 del Código), salvo con respecto a los terceros para quienes es menester la inscripción. No encuentra razones de peso —no le parece que lo sean en este caso las de lógica jurídica que podrían aducirse— para ser demasiado exigente requiriendo la concurrencia de todas las condiciones en los dos momentos de la declaración de la adopción por las partes interesadas y de la homologación por el juez; con mayor razón desde que es a partir de esta última que la adopción debe producir sus efectos. De allí que propone adoptar la solución de Planiol y Ripert, estableciendo lo siguiente: “el consentimiento del adoptante o del adoptado, en su caso, así como la capacidad para prestarlo deben existir en el momento de la respectiva declaración”. Los demás requisitos exigidos en los artículos precedentes “deberán existir al decretarse la homologación judicial”. Concordante con esta disposición sería la siguiente que también debería aceptarse:

Artículo . . . : “La adopción produce sus efectos entre las partes desde el momento de la homologación judicial, y puede ser opuesta a los terceros después de la inscripción en el registro”.

Artículo . . . : “La muerte del adoptante con anterioridad a la homologación no impedirá que ésta sea decretada en favor del adoptado y se considera como ocurrida en vida de aquél”. “En tal caso los herederos del adoptante podrán presentar ante el juez observaciones tendientes a demostrar la inadmisibilidad de la adopción”.

Esta disposición complementaria de la anterior, se halla en la ley francesa y en el Proyecto (arts. 369 y 339) y en el

Proyecto italiano (art. 296) y, se explica y justifica como un favor al adoptado en beneficio de quien, en primer término, se establece la adopción.

Revocabilidad anterior a la homologación judicial.

Cuarta cuestión. — ¿Es revocable la adopción antes de la homologación judicial? La ley francesa no lo permite, pero como observaron juiciosamente Planiol y Ripert, en la práctica no habría juez que homologara una adopción contra la voluntad de una de las partes, ya que ello equivaldría a dar nacimiento a la institución con el germen de discordia entre adoptante y adoptado. Por ello juzga preferible la norma del Proyecto italiano (art. 296): “Mientras la homologación no haya sido pronunciada por el juez, tanto el adoptante como el adoptado pueden revocar su consentimiento”.

Juez competente.

Primera cuestión. — El doctor Lafaille propone que, en vez de decirse: “el juez en lo civil”, se diga “el juez competente del domicilio del (adoptado o adoptante)”.

El doctor Rey indica que, a primera vista, debiera ser el del domicilio del adoptado. No diciéndose nada esa sería la solución, porque el Proyecto en la parte de la tutela dice que debe intervenir el juez de la tutela y como casi siempre la adopción se produce con respecto a menores e incapaces, será el del adoptado. La ley francesa y la italiana establecen que sea el tribunal del domicilio del adoptante. Buscando las razones, halla dos líneas de Moulon quien dice que el juez del domicilio del adoptante es el que se halla en mejores condiciones para conocer su verdadera situación. Esa razón es más valedera aún entre nosotros que en Francia. Debemos tener en cuenta que la adopción se puede realizar con respecto a mayores.

Objeto de la intervención judicial. Facultades del juez.

Segunda cuestión. — El doctor Lafaille expresa que el pensamiento que se tuvo en mira, fué que la intervención judicial serviría tanto de contralor de la justicia, como para establecer las verdaderas condiciones del adoptante respecto del adoptado y proteger a éste si se tratara de un incapaz.

El doctor Rey dice que la función del juez debe ser: 1º, acreditar si están reunidos los requisitos legales; 2º, decidir si conviene la adopción, y 3º, establecer si existen justos motivos para solicitarla. Son tres puntos que debe tener en cuenta el juez para resolver.

El doctor Spota observa que esta moción se relaciona con el Punto 17º del Orden del Día.

El doctor Rey prosigue expresando que en el Proyecto que ha remitido el Poder Ejecutivo sobre adopción, se dice que es preferible que el juez dé las razones que lo mueven a no prestar el consentimiento. Considera preferible la regla invocada.

Tercera cuestión.— El doctor Rey expone que el Proyecto contiene una serie de requisitos indispensable para la adopción. Se trata de saber si esos requisitos han de exigirse en el momento en que se solicita la adopción o si deben estar reunidos en el momento en que el juez da su aprobación o si deben concurrir en los dos momentos. La ley francesa soluciona el asunto en el sentido de que basta que la capacidad y el consentimiento indispensables existan en el momento de la adopción y que cuando se presta la conformidad judicial existan los demás requisitos. El Proyecto italiano no exige que todos los requisitos se reúnan en el momento de la adopción y que ellos subsistan en el momento de homologarse, todos menos la capacidad y el consentimiento. Con ello se vincula la *cuarta cuestión*, o sea, la de saber si la adopción es revocable antes de la homologación judicial o si no se puede revocar por las partes. Se inclina por la norma del Proyecto italiano que permite que se revoque (art. 296). Habiendo revocación por una de las partes nacería la institución con un germen de discordia.

El doctor Lafaille manifiesta que, sin perjuicio de meditar bien todas estas cuestiones, se inclinaría a exigir los requisitos de la capacidad y consentimiento en ambas ocasiones, al proyectarla y al homologarla.

El doctor Rey observa que podría morir el adoptante después de haber dado su consentimiento y no parece justo privar al adoptado de los privilegios que aquél estaba dispuesto a concederle. Si se establece que la adopción debe producir sus efectos a partir de la homologación, no hay razón para exigir que los requisitos se reúnan, además del momento de la homologación, en el momento en que ella se aprueba.

El doctor Ovejero indica que el Código italiano tiene un agregado. Dice que los herederos del adoptante pueden presentar a la Corte memorias y observaciones para oponerse

Requisitos. Momentos en que deben hallarse reunidos. Efectos de la homologación judicial.

Revocabilidad anterior a la homologación judicial.

Herederos del adoptante. Derecho de oposición.

a la adopción en el caso de muerte. Es esta una norma que debe tenerse presente.

Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 2º del anterior. Ver pág. 398).

PUNTO 2º — (El 3º del anterior. Ver pág. 398).

PUNTO 3º — (El 4º del anterior. Ver pág. 398).

PUNTO 4º — (El 5º del anterior. Ver pág. 398).

PUNTO 5º — (El 6º del anterior. Ver pág. 398).

PUNTO 6º — (El 7º del anterior. Ver pág. 398).

PUNTO 7º — (El 8º del anterior. Ver pág. 398).

PUNTO 8º — (El 9º del anterior. Ver pág. 399).

PUNTO 9º — (El 10º del anterior. Ver pág. 399).

PUNTO 10º — (El 11º del anterior. Ver pág. 399).

PUNTO 11º — (El 12º del anterior. Ver pág. 399).

PUNTO 12. — (El 13º del anterior). Indicación del doctor Spota de que se examine si conviene introducir la regla del mismo Código Civil italiano contenida en el art. 300, y que exige la confección de un inventario por parte del adoptante. Y si es ventajoso completar esa regla con la del parágrafo 1760 del Código Civil alemán, en cuya virtud el inventario debe confeccionarse a costa del adoptante, estableciéndose como sanción para el caso de incumplimiento de este deber la pérdida de la administración de los bienes del adoptado.

Pequeña adopción. (Art. 475).

Requisito de consentimiento de ambos esposos. Excepciones. Cónyuges divorciados. (Art. 476).

Adopción de incapaz. (Art. 477).

Adopción de hijos de padres divorciados. (Art. 477).

Menores bajo guarda. Intervención de las personas que los acojan. (Art. 477).

Conformidad del menor. (Art. 477).

Efecto de la adopción. Descendientes legítimos del adoptado. (Art. 478).

Disolución del vínculo por causa imputable al adoptante. (Art. 480, inc. 3º).

Disolución del vínculo. Intervención judicial. (Art. 480).

Adopción y su caducidad. Inscripción en registro.

Disolución del vínculo. Motivos derivados de buenas costumbres. (Art. 480).

Inventario a cargo del adoptante.

PUNTO 13° — (El 14° del anterior. Ver pág. 399).	Apellido del adoptado.
PUNTO 14° — (El 15° del anterior. Ver pág. 399).	Situación del adoptante en orden a sucesiones y alimentos.
PUNTO 15° — (El 16° del anterior. Ver pág. 399).	Disolución del vínculo. Ingratitud respecto de parientes del adoptante. (Art. 480, inc. 3°).
PUNTO 16° — (El 17° del anterior. Ver pág. 399).	Adopción. Requisitos de justos motivos y de ventajas para el adoptado.
PUNTO 17° — (El 18° del anterior. Ver pág. 399).	Vínculo de adopción. Impedimento para el matrimonio. (Art. 480, inc. 4°).
PUNTO 18° — Indicación del doctor Spota para que, al final del art. 476, se considere la posibilidad de ampliar la excepción, siempre que concurrieran circunstancias excepcionales, como lo indica el Código Civil italiano.	Límite de edad. Ampliación de la excepción. (Art. 476, parte final).
PUNTO 19° — El doctor Spota sugiere, con referencia al art. 475, que se considere la situación en que hubiera sido adoptado un hijo o tratado como hijo adoptivo existiendo hijos legítimos, y si conviene modificar el texto del artículo.	Requisitos. Carencia de descendencia legítima. (Art. 475).
PUNTO 20° — A indicación de varios miembros de la Sección, considerar la conveniencia de establecer de una manera precisa que la patria potestad no se pierde, cuando, ejerciéndola uno de los cónyuges, el otro adopta al hijo.	Adopción por un cónyuge del hijo del otro. Patria potestad.
PUNTO 21° — A indicación del doctor Spota, examinar si convendría no conceder el usufructo de los bienes del adoptado al adoptante, sin perjuicio de autorizarlo para que disponga de la renta del incapaz con fines de aplicarlo al beneficio de éste.	Bienes del adoptado. Usufructo por el adoptante.
PUNTO 22° — Respecto de la intervención judicial en la adopción, el doctor Rey formula cuatro puntos a resolverse:	Intervención judicial. (Art. 475).
<i>Primera cuestión.</i> — ¿Cuál es el juez competente para intervenir en el procedimiento de la adopción? ¿El del domicilio del adoptante o del adoptado?	Juez competente.
<i>Segunda cuestión.</i> — ¿En qué consiste la intervención judicial? ¿Cuáles son su objeto y fines? ¿Cuáles las facultades de los jueces?	Objeto de la intervención judicial. Facultades del juez.

Requisitos. Momentos en que deben hallarse reunidos. Efectos de la homologación judicial.

Revocabilidad anterior a la homologación judicial.

Herederos del adoptante. Derecho de oposición.

Tercera cuestión. — ¿En qué momento deben hallarse reunidos los requisitos necesarios para la adopción? ¿Qué efecto produce la homologación judicial?

Cuarta cuestión. — ¿Es revocable la adopción antes de la homologación judicial?

PUNTO 23° — Proposición del doctor Ovejero para que se examine si conviene, en el caso de muerte del adoptante antes de la aprobación judicial de la adopción, acoger lo establecido en el art. 296, 4° apartado, del Código Civil italiano, que permite a los herederos del adoptante presentar al tribunal memorias u observaciones para oponerse a la adopción.

REUNION N° 77

—Buenos Aires, trece de junio de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y José Manuel Saravia.

ORDEN DEL DÍA

Pequeña adopción.
(Art. 475).

PUNTO 1° — El doctor Spota dice que la institución de la pequeña adopción llamó su atención al leer el Proyecto italiano de Código Civil. En él, el relator indica que no acoge esta institución por una serie de razones: la primera, porque no hay tradición jurídica en la materia; la segunda, porque ciertos organismos estatales han previsto la situación de los menores a los que se quiere beneficiar con esa institución, y la tercera, porque se trataría de una figura jurídica de contornos imprecisos (“Relazione”, libro I del Proyecto definitivo de Código Civil italiano, Roma, 1936, pág. 112, número 296). Pero en una publicación (“Confederazione fascista degli agricoltori”, “Studi giuridici”, Roma, 1937, t. I, páginas 53-4) se apoya la solución auspiciada en materia de pequeña adopción. En tal sentido, se observa la “grave laguna del proyecto ministerial y el silencio que ahí se man-

tiene para la así llamada *pequeña adopción*”, ya que —agregase— especialmente es de auspiciarse por la benéfica influencia que la misma podrá ejercer siempre más en el hábito de nuestras familias rurales, en las cuales tan piadosa forma de adopción tiene arraigadas tradiciones (adopción de los así llamados *hijos de la Virgen* o *hijos del alma*). Se hace referencia, además, a un proyecto que contiene una detallada reglamentación de la pequeña adopción y que fué confeccionado por una comisión parlamentaria presidida por Piola Caselli. También se rebate con éxito las argumentaciones del proyecto ministerial que hoy es Código —libro 1º— en vigencia en Italia. Al respecto cabe hacer notar: 1º El derecho romano conoció la institución, ya que se dió valor jurídico al vínculo entre *educatores* y *alumni*. El cristianismo siguió huellas semejantes (Roberti, “Svolgimento Storico del diritto privato in Italia”, Padua, 1935, t. 3, 350 y sig.) y lo mismo puede afirmarse para el derecho medioeval. El “Landrecht” prusiano (A. L. R., II, arts. 753, 772) contiene una reglamentación minuciosa. El “Code Napoléon”, estableció la tutela oficiosa, y el Código Civil de Austria “conservó su adhesión al derecho romano común”; 2º La crítica atinente a los contornos vagos de la pequeña adopción, se salva con normas lo suficientemente adecuadas para evitar toda vaguedad: el Proyecto referido de la comisión parlamentaria italiana lo prueba; 3º El hecho de existir ya organismos que propenden a los fines de la pequeña adopción parece ser que, aun en Italia, donde existen tales organismos, no impide que se integren estos últimos, acogiendo dicha institución. En fin, se nos dice con acierto que no es tan descaminado aceptar esta institución, teniendo en cuenta las costumbres de las familias de agricultores que suelen acoger a pequeños abandonados y los hacen entrar en una especie de colonia agrícola familiar. A esa situación de hecho debe dársele cierto alcance jurídico, cierta vinculación entre el que acoge y el menor y, por ende, estabilidad legal, con efecto en lo referente a la asistencia mutua, a los derechos de adoptante y adoptado, porque es conveniente para la base del Estado, o sea, la familia, proteger esa situación, sin exigir tantas y tan serias formalidades como requiere una verdadera adopción. Una razón más debe ponerse de relieve: en esta

Sección se ha modificado —con buen criterio— el sistema del Proyecto de Código Civil. La Comisión Reformadora, en lo referente a la adopción, había aceptado un sistema sumamente sencillo, libre de formalidades. El vínculo de la adopción podía surgir con mucha facilidad, pues, en efecto, se hacía por escritura pública o ante el encargado del Registro Civil (art. 475, segunda parte). Hoy no es así; se ha establecido la intervención judicial; se dan amplias facultades al juez; se acuerda intervención al fiscal; se deben reunir ciertos requisitos, legales y de hecho. Se va a tener, por lo tanto, todo un juicio, lo cual —es de repetir— parece muy acertado de que así sea para afianzar la seriedad de esta institución y en el interés general. Pero, tratándose de la pequeña adopción, no es de creer que sea indispensable exigir tantos requisitos. Por último, en el caso de que no se llegase a aceptar este criterio, debería aceptarse este otro: que la persona que de hecho guarde a un menor, tenga una especie de preferencia en todo discernimiento de la adopción. Ante esos dos caminos, es de inclinarse por el primero: sólo en subsidio, propónese el sistema de la preferencia.

El doctor Rayces expresa que ha podido observar, a través de su actuación en la Sociedad de Beneficencia de la Capital, hechos de los cuales puede inferirse la vitalidad que ha de alcanzar en nuestro medio la institución de la adopción, felizmente incorporada a la Reforma. La Sociedad de Beneficencia de la Capital tiene la tutela de los niños asilados en sus establecimientos en virtud de lo dispuesto en la Ley de Patronato de Menores; y frecuentemente ocurre que señoras sin hijos, casadas o solteras, solicitan que se les confíe la guarda de alguno de esos niños, huérfanos o abandonados, con el propósito de adoptarlos de hecho como hijos propios. La Sociedad se informa por medio de sus inspectoras de las condiciones morales y económicas de la postulante y si las encuentra satisfactorias, les hace entrega del niño, previa firma de un documento entre cuyas cláusulas, insertas en el formulario que tiene a la vista, destaca las siguientes: la *segunda*, conforme a la cual la guardadora se obliga a proceder, como madre cariñosa, a la educación moral y religiosa del niño (o niña), proporcionándole un bienestar en relación a la condición en que se le toma y debiendo satisfacer los gastos necesarios para

ello; la *tercera*, que prescribe la obligación de presentar el niño a la Sociedad de Beneficencia o al Ministerio de Menores cada vez que lo requieran; la *quinta*, en la que la guardadora reconoce en la Sociedad el derecho de recoger el niño, cuando a su exclusivo juicio esté comprometido su bienestar o moralidad, o aquella (la guardadora) faltase a cualquiera de las cláusulas del convenio; y la *octava*, que previendo el caso de que la guardadora sea casada, establece que el esposo debe firmar el documento en prueba de acordarle la venia a su cónyuge y de comprometerse también él mismo, personalmente, al cumplimiento de las obligaciones ahí consignadas. Como se ve, la Sociedad no se desprende de la tutela del menor, y es así que, entregado éste a la guardadora —o *guardadores* como se les llama si se trata de un matrimonio— ejerce una constante vigilancia, a cuyo efecto cuenta con un grupo de “visitadoras”, encargadas de informarse periódicamente sobre el trato que recibe el niño, su salud y educación. Por lo general, a los cinco o seis años de la entrega del niño, sus guardadores fuertemente encariñados con él no sólo aspiran a suceder a la Sociedad en el desempeño de la tutela, sino que desean también darle su apellido considerando que en esta forma se han de fortificar más los lazos que les unen a él. La Sociedad de Beneficencia no vacila en satisfacer esa aspiración, si encuentra ventajosas las condiciones del nuevo hogar del niño, y autoriza a los guardadores a gestionar judicialmente el discernimiento de la tutela y la adjudicación del apellido. Y con el andar del tiempo, esos guardadores y esos niños se quieren entrañablemente como padres e hijos verdaderos y así aparecen actuando en su medio social. Ante el resultado del procedimiento que deja someramente descripto, la Sociedad de Beneficencia considera que rendirá incalculables beneficios la incorporación de la adopción a nuestro derecho de familia, y esta conclusión ha sido ya públicamente sustentada por la ex Secretaria y prestigiosa socia de la Institución, doña Rosa del Campo de Botet, en un interesante trabajo sobre la materia presentado ante la “Primera Conferencia Nacional sobre Infancia abandonada y delincuente” realizada en esta Ciudad en el mes de septiembre de 1932.

El doctor Saravia estima conveniente aceptar la primera parte de la proposición del doctor Spota, es decir, organizar o

reglamentar la pequeña adopción. En caso que no triunfara este criterio, no es partidario de que se acepte la segunda parte, referente a acordar preferencia al guardador, porque puede ello significar una limitación a la función de la justicia.

El doctor Rey manifiesta que tenía muchas dudas respecto a la pequeña adopción antes de conocer lo que podría ocurrir en la práctica y se inclinaba a no aceptarla, pero, por lo expuesto por el doctor Rayces, cree que ella puede ser de utilidad, si se la reglamenta con cuidado, considerando que es un paso hacia la adopción.

El doctor Lafaille dice que la idea propuesta es aceptable; pero hay que ser cauteloso, a fin de evitar complicaciones que posiblemente podrían surgir para un instituto nuevo entre nosotros. Piensa que existe aquí una situación de hecho que la Sociedad de Beneficencia ha regularizado y oficializado en cierto modo. En su concepto, no hay necesidad de establecer que el juez debe acordar preferencia para la adopción a la persona encargada de la guarda del menor, porque en un punto difícil se limitarían las facultades de los magistrados, y, por otra parte, un juez y un ministerio pupilar que cumplan con su deber, no podrán menos que tomar en cuenta la situación del cuidador. Estima que, por ahora, debemos atenernos a lo que la práctica aconseja, y que aplica la Sociedad de Beneficencia: a esas personas encargadas de la custodia del menor, darles cierta preferencia para la tutela. Si ellas no se conforman con esto y aspiran a la adopción, entonces regirán los principios propios de ella, entre los que figura la ingerencia del tribunal. De este modo, se beneficia al menor y se propende a la mayor seriedad del instituto, argumento que sirvió de antecedente para exigir esa intervención judicial. Ello no impide establecer que el juez tendrá en cuenta, para conferir la tutela, a las personas que custodiaron al menor y reglamentar también la guarda, expresando que ella podría ser conferida con la intervención del ministerio pupilar a personas que se comprometieran a cuidar en todo a estos incapaces. En cuanto a la adopción, podrá llegar después, cuando, a consecuencia de esta obra social y benéfica, quien la cumple adquiera títulos suficientes y llene todos los requisitos exigidos. Se inclina, entonces, a esta solución: incluir en el título de la tutela:

1º, una adecuada reglamentación sobre la guarda de los menores y, 2º, considerar la situación del guardador de los menores, a los fines del discernimiento de la tutela. Podría hasta dejarse constancia de que es un ensayo, destinado tal vez a mejores proyecciones en el futuro.

Se resuelve aprobar la indicación del doctor Lafaille y, en la oportunidad de considerar la institución de la tutela, reglamentar la guarda y tutela de los menores a los cuales se refiere la proposición del doctor Spota.

PUNTO 2º — El doctor Saravia expresa que, en principio, no tiene inconveniente en que se incorpore la excepción que propone el doctor Galli, dándosele una fórmula más amplia, como la de la ley francesa, a fin de que se tenga en cuenta el caso de imposibilidad por parte del otro cónyuge de expresar su conformidad. No cree que sea menester entrar a distinguir en el caso de divorcio el cónyuge culpable del que no lo es, porque, si bien es cierto que puede haber una cuestión patrimonial en juego, parece que ese aspecto patrimonial es secundario y subordinado a la generosidad y nobleza de la institución. Se ha dicho en la sesión anterior que el cónyuge culpable podría tratar de perjudicar al inocente adoptando un hijo; es cierto que puede suceder, pero ello sería realmente excepcional y si triunfara la indicación del doctor Spota, en el sentido de que la adopción para prosperar debe tener justos motivos y ser beneficiosa para el adoptado, allí estaría la solución. Pero, hay que tener presente que esta situación anormal y de excepción no debe fundamentar una regla de carácter general. Observa que, en otra reunión, propuso que se considerara la situación de los cónyuges separados de hecho. Ahora estima que, como lo indicó el doctor Lafaille en la última reunión, la situación de los cónyuges separados de hecho no debe hacer excepción. La separación de hecho que resulta una institución peculiar de nuestro derecho, pese a haber sido tomada de la legislación uruguaya y luego pasada a la de la Provincia de Buenos Aires, es menester conservarla tal cual ha sido estructurada por nuestra legislación, o sea, en materia de herencia. No es posible traerla a esta materia de la adopción, máxime cuando es una institución que se ha formado en otros derechos. Por otra parte, en esta materia que está vinculada al estado civil

Requisito de consentimiento de ambos esposos. Excepciones. (Art. 476).

Cónyuges divorciados.

Cónyuge inocente.

Cónyuges separados de hecho.

de las personas, es necesario que haya la mayor certeza, y prescindir de la conformidad del cónyuge separado de hecho sería abrir todo un juicio para determinar si hay o no separación.

El doctor Lafaille indica que su observación no tendría precisamente a exigir la conformidad del otro cónyuge, y sí a que se tuviera en cuenta la situación del esposo inocente a quien podría inferirse —aparte de un vejamen— considerable perjuicio patrimonial. Los reparos del doctor Saravia —que sin duda merecen reflexión— aparte de contemplar supuestos de relativa rareza, serían un obstáculo para exigir la conformidad del cónyuge inocente, pero no para que se le diera audiencia. El podría traer a los autos antecedentes que demuestren la finalidad que se persigue en esa adopción.

Conformidad. Esposos divorciados.

El doctor Saravia manifiesta que adhiere a lo expresado por el doctor Lafaille. Agrega que, habiendo leído la discusión sobre el art. 477 respecto a cuál de los padres deberá prestar la conformidad en caso de divorcio, si el que tiene la patria potestad o el que tiene la custodia, tenía el propósito de proponer que, cualquiera que fuera la solución, siempre se oyerá al otro cónyuge, pues no se puede privar a un padre de la patria potestad y dejarlo indiferente al estado civil del hijo sin oírlo. De tal modo que la indicación del doctor Galli debería quedar así modificada: “cuando el otro cónyuge no pudiera prestar su conformidad se prescindirá de ella; este caso es aplicable al supuesto de divorcio, pero siempre se oirá al cónyuge inocente”.

El doctor Rayces estima que, en el caso del cónyuge inocente, sería una solución injusta la que permitiera la adopción, porque comportaría una manera de desheredarlo. El cónyuge inocente, que es precisamente la víctima de la conducta del culpable, podría ser perjudicado nuevamente por éste después de divorciado.

El doctor Lafaille recuerda un caso que entraría dentro de la objeción que formuló a su tiempo: cuando el cónyuge culpable, después de tener hijos adulterinos, tratara de introducirse en la familia por la vía de adopción. Sería un justificado motivo de protesta para el otro esposo. Precisamente se le oye para que pueda aducir esta u otras razones que el juez deberá apreciar. No se exige, pues, el asentimiento del con-

sorte, ya que sobre su interés, está el del incapaz. Su iniciativa —dice— obedecía a que se tuviera en cuenta esta situación y oyéndolo se consigue tal propósito.

Se resuelve aprobar la moción del doctor Galli con los agregados propuestos por los doctores Saravia y Lafaille.

PUNTO 3º — El doctor Saravia dice que se podría distinguir la situación del adoptante y adoptado en materia de interdicción. El Proyecto ha introducido grandes innovaciones en el Código Civil actual. En primer lugar, da mayor amplitud a las causales de interdicción. Ahora fácilmente es posible encuadrar dentro de la protección que significa la interdicción, los supuestos de enfermedad que no sean los de la demencia estricta, severa, del Código de Vélez Sársfield. Teniendo en cuenta esa elasticidad de las causales de interdicción, el Proyecto ha fijado grados de incapacidad: así es que el art. 55 admite un grado más leve de interdicción, el de los que tienen capacidad para administrar sus bienes. Estima que esta situación debe ser contemplada también en materia de adopción. No habría ningún inconveniente para que un interdicto en esta situación pudiera ser adoptado. El Código Civil suizo lo permite. Cree que hasta concurriría aquel elemento que presta fundamento a la adopción para que ella no se perturbe. En presencia de esa prescripción del art. 55 que autoriza a ciertos interdictos a administrar sus bienes, vale decir, que se los considera con discernimiento suficiente como para administrar, no hay inconveniente para que, en ese caso, se permita la adopción. Al interdicto se le permite casarse. Bien está que no se admita que adopte, porque la adopción significa contraer una serie de responsabilidades y acaecería que el adoptante ejercería la patria potestad por interpósita persona. Pero es muy distinta la situación del adoptado, por lo que entiende que él puede proporcionar al adoptante todas esas satisfacciones de orden moral que busca quien adopta. Expresa que es, por esas razones, partidario de que en materia de interdicción se permita la adopción del interdicto, por lo menos distinguiendo los que están en condiciones de administrar sus bienes, porque se está dando a la adopción casi carácter de contrato al oírlo y pedirle su conformidad. Los autores franceses discuten sobre si la adopción hecha en un momento de intervalo lúcido, es válida o no.

Adopción de interdictos.

Adopción por interdictos.

Pero en este caso, y siempre dentro de la lógica del Proyecto que consagra esa norma de establecer grados de incapacidad y permitir al interdicto administrar sus bienes, no se aquilata el inconveniente que importaría admitir la adopción.

El doctor Rayces manifiesta que, entre los fines o razones que justifican la adopción y en el complejo de sentimientos en juego cuando se adopta, no desempeña ningún papel la conmiseración, que sería el único sentimiento que podría inducir a alguien a adoptar a un tarado. Pero no es esto ciertamente lo que quiere fomentar el legislador con la institución de la adopción, sino la formación de hogares sanos física y moralmente. Tal es el motivo de su resistencia a la posibilidad legal de adoptar insanos, por leve que fuere la perturbación mental del adoptado.

El doctor Rey no cree necesario permitir la adopción en este caso ni aún en la forma que sugiere el doctor Saravia, porque, a su juicio, la protección al incapaz podrá realizarse igualmente con la curatela.

El doctor Spota entiende que no hay inconveniente, en el sentido legal, como lo hace notar el doctor Saravia, para admitir la adopción del interdicto. El problema que debe discutirse, en cambio, es el de si hay o no ventajas. La adopción no debe reducirse al supuesto del adoptante capaz que adopta a un interdicto, sino también el caso inverso, es decir, del adoptante interdicto que adopta a una persona capaz. Es la solución que se admitía en el primitivo proyecto italiano, porque, en ese caso, el adoptado asistiría, curaría, a su padre adoptivo y le daría todas las satisfacciones morales consiguientes. Ha pensado —agrega— sobre las ventajas de esta adopción y francamente no las observa con respecto al interdicto; quizá con relación al adoptado capaz podría surgir algún beneficio, por ejemplo, en materia de derechos sucesorios. Pero, en realidad, no es ese el fin que se persigue con la adopción. No halla una gran ventaja ni un gran inconveniente y el mismo Azara, secretario de la Comisión Redactora del proyecto italiano, se vió precisado a reconocer que, con la curatela, se llega a los mismos resultados. Ciertamente es que, como lo recordó el doctor Saravia, la adopción del interdicto rige en el Código suizo y en el alemán, pero las razones expuestas lo impulsan a no innovar en esta materia o, por lo menos, a no

establecer una norma que, al aceptar la adopción del interdicto, podría importar peligros que el legislador debe evitar.

El doctor Lafaille expresa que no deben ser adoptadas las personas sujetas a interdicción ni aún en la forma restringida propuesta. Si bien la adopción tiene una base de altruismo, aparte de este factor deben tenerse en cuenta consideraciones jurídicas y sociales. Sin duda la adopción del insano podría prestarse a que personas caritativas protegieran a un enfermo mental con el ánimo de curarlo o satisfacer ese espíritu de abnegación; pero principalmente lo que persigue en este caso es, en lo posible, reemplazar a la familia normal. Esas almas generosas pueden satisfacer sus anhelos dentro de la beneficencia pública o privada y aun mediante la institución civil de la curatela, ya que esta última tiende precisamente a colocar bajo la guarda de una persona al enfermo mental para cuidarlo y curarlo. Por otra parte, la adopción introduce un extraño en la familia legítima, excluyendo a los parientes, lo que puede provocar serias desavenencias y hasta graves injusticias. Hay que pesar todas estas razones y también que es una institución nueva, sometida a ensayo entre nosotros y cuyo fin primordial es proteger a los menores indigentes o abandonados; una reforma como la propuesta llevaría a extender desmesuradamente la adopción.

Se resuelve establecer que no está permitida la adopción de los sujetos a interdicción y, de hecho, queda suprimida la palabra “curador” del art. 477, segunda parte, del Proyecto.

PUNTO 4°— El doctor Lafaille dice que el doctor Galli propone que, cuando los padres estuviesen divorciados, bastare para la adopción, con la venia prestada por el que desempeñe la guarda. No parece que la separación judicial de los padres, confiera al que ejerce la tenencia, facultades tales para consentir la adopción. Esto no ocurre, ni aún en el divorcio absoluto, porque tampoco él afecta a la patria potestad. Cree que esa adopción debe requerir la conformidad de ambos, salvo que mediara imposibilidad por parte de uno de ellos para prestar su consentimiento, y siempre que no hubiese un cónyuge inocente, porque entonces habría que escucharlo. ¿Qué razones puede tener el juez, fuera del interés, para autorizar la adopción? La guarda del hijo no es bastante motivo para prescindir del consentimiento de quien no la ejerce, cuando

Adopción de hijos
de padres divorcia-
dos. (Art. 477).

se trata de un acto tan trascendental como es el de hacer pasar una persona a otra familia y cambiar su estado civil.

El doctor Saravia plantea el siguiente caso: se ha producido un divorcio; uno de los cónyuges es culpable; ha hecho abandono absoluto de los hijos. La madre tiene un hijo; se presenta la oportunidad de que una persona vinculada por amistad quiere adoptar ese niño a los efectos de darle una educación. En ese caso cree que se debería permitir la adopción, porque si se exige la conformidad de ambos será imposible que se produzca.

El doctor Lafaille observa que, en el supuesto planteado por el doctor Saravia, siempre existe el recurso de hacer perder al culpable la patria potestad, y entonces puede prescindirse de su beneplácito. Pero si uno se encuentra en ejercicio de ella y el otro progenitor en la imposibilidad de substituirlo, llegado el caso ¿cómo puede pretenderse que el primero, con su simple voto y el acuerdo judicial, determine la adopción? Se ratifica, pues, en su parecer en cuanto a la solución adecuada. Únicamente, si hubiera imposibilidad para prestar el consentimiento, el juez podría prescindir de este requisito, pero debería proceder con suma cautela antes de permitir una adopción en tal supuesto.

El doctor Rey dice que, en la reunión anterior, sentíase inclinado a considerar mejor la solución contraria a la auspiciada por el doctor Lafaille aunque sin tener una opinión firme. Expresa que después de haber reflexionado, opina que el doctor Lafaille está en lo cierto y que la solución que sustenta es la que concuerda con las disposiciones del Proyecto. Este establece, en efecto, en el art. 492 que: "... si mediare separación judicial o nulidad de matrimonio, el cuidado de los hijos se regirá por el art. 383. El derecho de educarlos, la representación y el manejo de los bienes quedarán a cargo del padre". En presencia de estos términos, es muy difícil admitir que, por el solo hecho de tener un cónyuge la guarda, baste su conformidad a los efectos de la adopción, con prescindencia de la del otro cónyuge. Además, la guarda no se hace depender de que el cónyuge sea inocente o no (art. 383 del Proyecto).

El doctor Lafaille añade que, una tesis contraria, convertiría la guarda en un medio subrepticio de privación de la

patria potestad. La tenencia no es incompatible con ella, ni con la tutela. Un padre puede dejar a su hijo al cuidado de una nodriza, y no por eso se le priva de la patria potestad. Mientras esto último no se produzca, no cabe prescindir de su consentimiento; se dirá que, entonces, para conseguir la adopción habría que tramitar todo un juicio y obtener un fallo que declarase tal pérdida; pero bien vale la adopción la pena que así ocurra. Si exigimos el consentimiento de los padres para contraer matrimonio, ¿por qué no exigirlo para la adopción que es un acto tanto más grave? La adopción se convierte quizá en el acto jurídico más trascendental que existe.

El doctor Spota pregunta si, en el caso de divorcio por abandono en el que se desconociera la residencia del cónyuge que abandona, no se podría aceptar un principio como el establecido en los arts. 1746 y 1747 del Código Civil alemán, según los cuales no se exigirá el consentimiento del cónyuge “que se halle definitivamente imposibilitado de hacer una declaración o sea desconocido el lugar de su residencia”.

El doctor Lafaille contesta que declarado el divorcio por abandono, y si es de tal naturaleza que se ignora el paradero del culpable, es evidente que éste, aparte de la pérdida de la patria potestad, se encontraría en condiciones de no poder prestar conformidad. Por ello sostuvo que se exigiera el consentimiento del padre y de la madre, salvo que uno de ellos estuviera imposibilitado para prestarlo. El artículo no cambiaría, en lo fundamental; pero se le podría agregar: “... aplicándose en los casos de divorcio, las disposiciones del art. 476”. De acuerdo con la modificación aprobada, cuando se tratare de cónyuge inocente, deberá ser oído.

Se resuelve aprobar el temperamento propuesto por el doctor Lafaille.

Por tener que retirarse de la reunión, el doctor Rayces pide que se tenga en cuenta, cuando se discuta el punto correspondiente, la conveniencia de consagrar una norma por la cual se eviten manejes tendientes a eludir el impuesto a la herencia. Por ejemplo: podría establecerse que solamente después de pasado un plazo de cinco meses de la adopción, se considerará al adoptado a los efectos de la aplicación del mencionado impuesto. Sería sensible que las legislaciones provinciales se encontraran imposibilitadas de reglar el impuesto sucesorio en ese sentido,

Impuesto a la herencia. Evasión.

nada más que por una falta de previsión en el Código Civil. Otro punto, agrega, que conviene meditar es este: no acordar el usufructo al adoptante. Si la institución ha sido creada en beneficio del adoptado principalmente, ¿por qué el adoptante ha de gozar de los beneficios del usufructo?

Se resuelve tener en cuenta estas mociones para cuando se discutan los puntos correspondientes del Orden del Día.

Menores bajo guarda. Intervención de las personas que los alojan. (Art. 477).

PUNTO 5° — El doctor Lafaille estima que el supuesto planteado en la indicación del doctor Galli está previsto en el art. 477. Si el menor carece de representante, se puede gestionar la designación de un tutor.

El doctor Spota manifiesta que el doctor Galli quería facilitar la adopción en este supuesto a semejanza de lo establecido por el Código Civil mejicano, pero, con lo dicho sobre la pequeña adopción, se tiene el camino a seguir.

Se resuelve no modificar el art. 477.

Conformidad del menor. (Art. 477).

PUNTO 6° — El doctor Rey manifiesta que adhiere a la proposición formulada por el doctor Spota en anteriores reuniones, a fin de que se oiga a los que van a ser adoptados cuando sean menores de diez y ocho años y se requiera su conformidad cuando fueren mayores de diez y ocho años. En realidad, el juez, cuando se trate de un menor de diez y ocho años nunca dejará de oirlo en caso de considerarlo útil. Pero debe establecerse la obligación del juez en el supuesto de un mayor de catorce años.

El doctor Lafaille adhiere a estos puntos de vistas, ya que al menor de diez y ocho años se lo autoriza a hacer testamento. Oirlo, pues, cuando tiene catorce años y, pasados los diez y ocho, requerir su conformidad. Se toma los catorce años y no los doce, porque en aquella edad comienza el discernimiento para los actos civiles.

Se resuelve que, desde los catorce a los diez y ocho años, se oiga al menor y, pasados los diez y ocho, se debe requerir su conformidad.

Efecto de la adopción. Descendientes legítimos del adoptado. (Art. 478).

PUNTO 7° — El doctor Saravia considera que no habría inconveniente en que los efectos de la adopción trascendieran a los descendientes legítimos del adoptado. Podría incorporarse una norma como la del art. 1762 del Código alemán que diga que los beneficios se extenderán a los descendientes del adoptado, pero no a los que existan ya al tiempo del contrato de

la adopción, sino a los que nazcan ulteriormente. Al adoptarse a una persona no se adopta a su familia y, precisamente, si hay generosidad en la adopción, no es posible excluir a los hijos futuros de ese adoptado; el que no esté dispuesto a hacer llegar los beneficios a los hijos de él no debe adoptarlo. Cree sabía esa norma del Código Civil alemán que distingue los hijos existentes de los futuros. Concurriría, además, otro motivo: esa persona adoptada, mayor de edad, puede tener hijos mayores de diez y ocho años y, entonces, ¿cómo se les va a imponer un padre adoptivo? Se ha establecido que los hijos mayores de diez y ocho años deben prestar su conformidad; entonces resulta que o se les impone la adopción y sus efectos, o la falta de conformidad de él hace imposible la adopción.

El doctor Lafaille manifiesta estar de acuerdo con la proposición del doctor Saravia; ya admitida la adopción de los mayores, ellos pueden tener descendientes y cabe entonces distinguir entre los que existan en ese momento y los futuros. Respecto de los primeros, hay que prever el caso de que el adoptante no tenga interés en esos descendientes. Por ello es conveniente la fórmula del art. 1762 del Código Civil alemán, debiendo limitarse a la descendencia legítima.

El doctor Rey observa que debe reflexionarse sobre las circunstancias apuntadas precedentemente, si bien anticipa que no le parecen convincentes los argumentos invocados para aceptar la norma del Código Civil alemán.

El doctor Spota señala que la adopción no establece parentesco con la familia del adoptado; ese debe ser el principio, salvo las excepciones que admite la ley. Así lo establece el Código Civil italiano (libro I, art. 298, segunda parte). Estima que, por ello, sólo debe admitirse que la adopción extienda sus efectos a los descendientes futuros, si así lo acuerdan adoptante y adoptado, debiendo establecerse que el juez formulará a éstos la pregunta pertinente. Todo ello sin perjuicio, que en el mismo acto pueda adoptarse, no a una sola persona, sino también a los hijos ya existentes si en ello concuerdan los interesados, es decir: adoptante, adoptado e hijos de este último mayores de diez y ocho años. En pocas palabras: el art. 1762 del Código Civil alemán, si bien debe acogerse, ello sólo será en cuanto concuerden las voluntades de todas las partes, obli-

gándose al juez a formular, en su caso, el requerimiento pertinente.

Se resuelve postergar el punto y considerar las proposiciones del doctor Saravia y del doctor Spota.

Disolución del vínculo por causas imputables al adoptante. (Art. 480, inc. 3°).

PUNTO 8° — El doctor Spota manifiesta que su indicación tiende a que se prevea la situación inversa a la considerada por el inc. 3° del art. 480, ya que el supuesto planteado en la indicación se refiere al adoptante que se hace pasible de indignidad. En ese caso, debe ceder el beneficio de la irrevocabilidad de la adopción; el vínculo podrá disolverse una vez que el adoptado demuestre la existencia de esos actos por parte del adoptante.

El doctor Lafaille dice que la ingratitud se explica en cuanto al adoptado que es el beneficiario y que debe reconocimiento al adoptante que es su benefactor. Si está bien que el juez intervenga en la adopción, en cambio no considera conveniente ponerle fin por el mero criterio judicial. La indignidad tendrá siempre el efecto práctico de privar de la sucesión al adoptado. Piensa que debería admitirse la siguiente fórmula: "Respecto de la pérdida de los derechos del adoptante rigen las mismas normas que para la pérdida de la patria potestad, con el efecto de que el vínculo se disuelve".

El doctor Spota observa que la indignidad puede no sólo lesionar al adoptado, sino también a los miembros de su familia. Un atentado contra la esposa y descendientes del adoptado debe ser causal suficiente para la disolución del vínculo adoptivo.

Disolución del vínculo. (Art. 480, inc. 1°).

El doctor Rey propone que se examine el siguiente punto: desde el momento que se exige la homologación judicial para que la adopción surta efecto y tratándose de un nuevo estado civil que se crea, parece que el principio debe ser la irrevocabilidad y que debe suprimirse el inc. 1° del art. 480.

El doctor Lafaille indica que el razonamiento no conduce tanto a la supresión del inciso como a que el juez tendrá un contralor para evitar que un estado civil pudiera alterarse arbitrariamente. Al decir: "Por la conformidad de ambas partes, de acuerdo con lo expresado en el art. 475" quedarían salvados todos los inconvenientes.

Se resuelve considerar en la sesión próxima las siguientes indicaciones:

1° — Del doctor Rey, para que se examine la posibilidad de suprimir el inc. 1° del art. 480, en atención a que se trata de un cambio de estado civil que no puede quedar librado a la voluntad de las partes.

2° — De varios miembros de la Sección, para que se mantenga el inciso 1°, en atención a que se salvan los inconvenientes con la homologación judicial que estaría incluida a raíz de la reforma del art. 475.

3° — Se posterga para la próxima reunión el punto 8° del Orden del Día.

PUNTO 9° — Se posterga.

PUNTOS 10° Y 11° — Quedan aprobados sin discusión.

PUNTO 12° — Se resuelve aprobar la primera y segunda parte de la proposición del doctor Spota.

PUNTO 13° — El doctor Lafaille indica que, en la sesión anterior, sobre ese punto se habían uniformado las opiniones: cuando tuviera el adoptado un apellido por derecho de familia, se acordó que se agregaría el nombre del adoptante, y cuando no tuviera tal nombre de familia, podría ser substituído por el nuevo.

El doctor Spota pregunta si se podría promover una acción de cambio de nombre aún siendo menor el adoptado. Una razón para este cambio es la de que si el apellido es único, si es el mismo el del adoptante y adoptado, la unión entre ambos es más íntima. El adoptante y, en su caso, el adoptado, deberían, además, alegar los motivos que revelen la conveniencia de la unificación del apellido. Además, los padres del adoptado, siendo éste sucesor, deberían prestar conformidad.

El doctor Lafaille dice que es ésta una cuestión muy seria, porque se colocaría a una persona en la necesidad de soportar un nuevo apellido, habiéndose cambiado el primero sin su intervención.

Se resuelve que el adoptado asume el apellido del adoptante agregándolo al que le corresponde por derecho de familia. Sólo podrá autorizarse la substitución del apellido del adop-

Disolución del vínculo. Intervención judicial. (Art. 480).

Adopción y su caducidad. Inscripción en registro. Disolución del vínculo. Motivos derivados de buenas costumbres.

Inventario a cargo del adoptante.

Apellido del adoptado.

Situación del adoptante en orden a sucesiones y alimentos.

tado por el del adoptante, cuando el primero no corresponda por derecho de familia.

PUNTO 14° — El doctor Spota manifiesta que el adoptante no debe tener derechos sucesorios; el único que podría heredar es el adoptado al adoptante. Es una institución de beneficencia en cierto sentido y, por lo tanto, el adoptante no debe tener esos derechos, lo cual conviene establecer expresamente en el Código. En cuanto a los alimentos, deben regir respecto del adoptante y adoptado y para los descendientes futuros y legítimos del adoptado, sólo cuando la adopción se hubiere convenido con ese alcance. De lo contrario, la obligación alimenticia debe regir sólo entre adoptante y adoptado, como lo señala el legislador italiano (arts. 299 y 430, lib. 1°, Código citado).

El doctor Lafaille dice que la cuestión sobre el derecho de alimentos debe aplazarse hasta tanto se resuelva el punto de si el beneficio de la adopción debe ser extendido o no a los descendientes legítimos del adoptado. Se halla de acuerdo con el doctor Spota en que la herencia debe ser exclusivamente para este último. Así se le quita todo incentivo pecuniario para quienes desean adoptar. En esta materia, la situación del adoptante no puede ser inferior a la del que realiza una donación, y si a éste se le deben alimentos, con mayor razón han de acordarse al otro que ha prestado un beneficio, moral, a la vez que material.

Hay asentimiento en lo relativo a los derechos sucesorios, de acuerdo con lo propuesto por los doctores Lafaille y Spota. En cuanto a los alimentos, se posterga el punto.

Disposiciones sobre la legítima. Libertades del adoptado respecto del adoptante.

El doctor Saravia expresa que, si bien está de acuerdo en que el adoptante no tenga derechos sucesorios, considera que sería interesante meditar, por lo menos, sobre una norma de la ley francesa (arts. 358 y 359, Código Civil), que permite una restitución al patrimonio del adoptante de los bienes que en especie podrían encontrarse en el patrimonio del adoptado, cuando éste hubiera fallecido sin dejar descendencia legítima directa.

El doctor Lafaille indica que esto se vincula mucho con la institución de la herencia troncal, que admite el derecho francés, pero que no armoniza con nuestro régimen sucesorio.

El doctor Saravia añade que también sería interesante

examinar si conviene modificar las disposiciones del Proyecto en materia de legítima, porque si bien el adoptante no debe tener derechos sucesorios, ello no impediría acordar al adoptado el derecho de dar parte de sus bienes por testamento a su padre adoptivo.

Se resuelve tratar en la reunión próxima la indicación del doctor Saravia para que se considere: 1º, si conforme a los arts. 358 y 359 del Código Civil francés, podría admitirse que el adoptante recibiera los bienes que se encontraran en especie en el patrimonio del adoptado cuando éste falleciera sin tener descendencia; 2º, si conviene modificar las disposiciones de la legítima en el sentido de facilitar las liberalidades que el adoptado pudiera tener respecto del adoptante.

El doctor Spota propone la supresión del inc. 2º del art. 480, ya que la adopción, aún en el caso del menor de diez y ocho años, debe tener estabilidad, puesto que así lo requiere el estado de las personas en el derecho de familia. La revocación de la adopción sólo debe admitirse por causa suficientemente grave: atentado del adoptado contra el adoptante, cónyuge, descendientes o ascendientes de éste y recíprocamente. También debe revocarse a pedido del Ministerio Público, cuando razones de moral o buenas costumbres lo exijan. Pero salvo esos casos —así como el supuesto del matrimonio entre adoptante y adoptado— el vínculo de la adopción no debe disolverse. Sólo así esta última será una institución seria.

Queda planteada la cuestión.

En seguida se pasa a preparar el Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 7º del anterior). — El doctor Galli sugiere, respecto del art. 478, la conveniencia de estudiar si debe ser extendido el beneficio a los descendientes legítimos del adoptado.

Indicación del doctor Saravia para que se acoja lo dispuesto en el art. 1762 del Código Civil alemán, limitándolo a los descendientes legítimos del adoptado.

Indicación del doctor Spota para que la adopción tenga ese efecto, si así lo acuerdan adoptante y adoptado, debiendo el juez formular la pregunta consiguiente en caso de omitir éstos manifestación alguna.

PUNTO 2º — Proposición del doctor Rey de que se considere la posibilidad de suprimir el inc. 1º del art. 480, en

Disolución del vínculo. Limitaciones. (Art. 480, inc. 2º).

Efecto de la adopción. Descendientes legítimos del adoptado. (Art. 478).

Disolución del vínculo. (Art. 480, inc. 1º).

atención a que se trata de un cambio de estado civil que no puede quedar librado a la voluntad de las partes.

PUNTO 3º — Proposición de varios miembros de la Sección para que se mantenga el art. 480, inc. 1º, en atención a que se salvan los inconvenientes con la homologación judicial que estaría incluida después de la reforma del art. 475.

PUNTO 4º — (El 9º del anterior. Ver pág. 416).

PUNTO 5º — Indicación del doctor Saravia para que se considere: 1º, si, conforme a los arts. 358 y 359 del Código Civil francés, podría admitirse que el adoptante recibiera los bienes que se encontraran en especie en el patrimonio del adoptado, cuando éste falleciere sin tener descendencia, y 2º, si conviene modificar las disposiciones de la legítima en el sentido de facilitar las liberalidades que el adoptado pudiera tener respecto del adoptante.

PUNTO 6º — (El 14º del anterior. Ver pág. 417).

PUNTO 7º — (El 15º del anterior. Ver pág. 417).

PUNTO 8º — (El 16º del anterior. Ver pág. 417).

PUNTO 9º — (El 17º del anterior. Ver pág. 417).

PUNTO 10º — (El 18º del anterior. Ver pág. 417).

PUNTO 11º — (El 19º del anterior. Ver pág. 417).

PUNTO 12º — (El 20º del anterior. Ver pág. 417).

PUNTO 13º — (El 21º del anterior). A indicación del doctor Spota, examinar si convendría no conceder el usufructo de los bienes del adoptado al adoptante, sin perjuicio de autorizarlo para que disponga de la renta del incapaz con fines de

Disolución del vínculo. (Art. 480, inc. 1º).

Disolución del vínculo por causa imputable al adoptante. (Art. 480, inc. 3º).

Disposiciones sobre la legítima. Liberalidades del adoptado respecto del adoptante.

Situación del adoptante en orden a sucesiones y alimentos.

Disolución del vínculo. Ingratitud respecto de parientes del adoptante. (Art. 480, inc. 3º).

Adopción. Requisitos de justos motivos y de ventajas para el adoptado.

Vínculo de adopción. Impedimento para el matrimonio. (Art. 480, inc. 4º).

Límite de edad. Ampliación de la excepción. (Art. 476, parte final).

Requisitos. Carencia de descendencia legítima. (Art. 475).

Adopción por un cónyuge del hijo del otro. Patria potestad.

Bienes del adoptado. Usufructo por el adoptante.

aplicarlo al beneficio de éste. Indicación del doctor Rayces sobre la misma materia, a fin de que se niegue el derecho de usufructo al padre adoptivo.

PUNTO 14° — (El 22° del anterior. Ver pág. 417).

PUNTO 15° — (El 23° del anterior. Ver pág. 418).

PUNTO 16° — Indicación del doctor Rayces a fin de que el adoptado, a los efectos fiscales, sea considerado como hijo del padre adoptivo, una vez pasado cierto lapso del fallecimiento de este último.

PUNTO 17° — Moción del doctor Lafaille para que se considere si existen ventajas en prohibir las adopciones sucesivas.

Intervención judicial. (art. 475).

Herederos del adoptante. Derecho de oposición.

Régimen sucesorio. Aspecto fiscal.

Adopciones sucesivas.

REUNION N° 78

—Buenos Aires, veintidós de junio de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y Carlos M. Vico.

ORDEN DEL DIA

PUNTO 1° — El doctor Lafaille expresa que en la sesión anterior se había propuesto por el doctor Saravia la conveniencia de seguir la norma del artículo 1762 del Código Civil alemán, limitando los beneficios a los descendientes legítimos del adoptado que nacieren en el futuro; el doctor Galli, en cambio, pensaba que debían extenderse a todos los hijos, sin distinción. Los reparos que se presentaban contra este último criterio, se fundaban en el carácter personalísimo del vínculo, sobre todo en el momento de formarse; en que el adoptante podría tener fundados motivos para dar esa situación de familia a determinada persona, pero no sentir la misma predisposición hacia los descendientes de ella. Ahora, esa prole puede surgir con posterioridad y entonces se presentaba el problema, dividiéndose los pareceres en la forma antes expresada.

Efecto de la adopción. Descendientes legítimos del adoptado. (Art. 478).

El doctor Rey dice que en la última reunión había conformidad en extender los vínculos de la adopción a los descendientes legítimos del adoptado que nacieren después de la homologación de la institución. Parecía que, salvo alguna pequeña modificación propuesta por el doctor Spota, los miembros de la Sección presentes en dicha reunión estaban conformes con el artículo 1762 del Código Civil alemán que establece que los efectos de la adopción se extenderán a los hijos futuros del adoptado y no a los que existiesen ya. Dos razones se daban en pro de la norma del Código Civil alemán. Habiéndolas meditado detenidamente, manifiesta que no le convencen. La primera de ellas partía del punto de vista de que el adoptante podía tener muy buenas razones para adoptar a cierta persona y al mismo tiempo para que los efectos de la adopción no alcanzaran a los descendientes que en ese momento existían. Esa razón le parece carecer de valor; en principio, es de la esencia de la adopción que una persona entre a formar parte de la familia de otra como hijo y que los descendientes del adoptado sean nietos del adoptante, por eso se estaba de acuerdo en que se extendiesen los beneficios a los hijos futuros. Entonces, con más razón se deben extender a los ya existentes por ser a ellos a quienes conoce el adoptante y respecto a quienes sabe que sentimientos siente. De ahí que parezca que ese argumento no tiene eficacia. El segundo argumento era mucho más importante y partía del punto de vista no del adoptante ni del adoptado, sino de los descendientes del adoptado; se decía que es muy posible que una persona mayor de edad, con hijos mayores de diez y ocho años, sea adoptada; entonces, ¿se le puede imponer a esos hijos mayores el vínculo de la adopción o la extensión de los efectos de la adopción sin pedirles el consentimiento? Evidentemente, no. A primera vista parece razonable, pero la fuerza del argumento es más aparente que real, puesto que existen otras situaciones en que a nadie se le ha ocurrido hacer ese argumento para sostener que debe consultarse la voluntad de los hijos. Por ejemplo, una situación que se presenta todos los días, las segundas nupcias: a nadie se le ha ocurrido decir que se debe consultar a los hijos del primer matrimonio y sin embargo, según el Código, están el entonado y padrasto en la situación del yerno y suegro. Si no se les pide conformidad en este caso para hacerles tener relaciones de pa-

rentesco que ellos quizá no tendrían interés en que existiesen, ¿por qué razón se les requerirá conformidad a los hijos del adoptado? Siempre tendrán el derecho de renunciar a la sucesión que es lo más que puede traducirse en beneficio de ellos. Por otra parte, no pierden su situación en la familia natural, porque los derechos y obligaciones existen siempre a pesar de la adopción. Eso parece una razón más a favor de la tesis de la ley francesa, sostenida por autores calificados, en el sentido de que los efectos de la adopción se extienden a los descendientes del adoptado sin distinguir si existen o no en el momento de la adopción.

El doctor Spota considera aceptable el sistema del Código Civil alemán, pero siguiendo la orientación del Proyecto y más aún, de las soluciones acogidas en el seno de esta Sección. De tal modo que, cuando los descendientes del adoptado son mayores de diez y ocho años, deben prestar conformidad, a los fines que los efectos de la adopción se extiendan a ellos. Si fueran menores, deben ser oídos. De lo contrario, se llegaría a admitir que el padre puede comprometer el estado de familia de los hijos mayores de diez y ocho años sin la conformidad de éstos. En sustancia: no se debe apartar del sistema aceptado y extenderlo al supuesto que se discute. Con esta modificación, el art. 1762 del Código Civil alemán resulta conveniente.

El doctor Rayces manifiesta que no encuentra una razón realmente concluyente, para exigir, en el supuesto discutido, la conformidad de los descendientes del adoptado, cuando en otras situaciones similares no se exige. Comparte el modo de pensar del doctor Rey, en el sentido de que los efectos de la adopción deben ser extensivos a los descendientes del adoptado, con una salvedad. El doctor Spota es partidario de que se oiga al adoptante y adoptado y solamente en el caso de que ellos convinieran hacerlo, los efectos de la adopción se extenderán a los descendientes. Cree que debe ser el método inverso el que debe seguirse; los efectos de la adopción se extienden a los descendientes legítimos del adoptado, salvo que el adoptante estableciera una restricción en el acto de la adopción.

El doctor Vico no halla convincentes las razones que se dan para propiciar la modificación del artículo 478 del Proyecto. La adopción es un parentesco figurado, completamente distinto, por lo tanto, del parentesco que nace de la afinidad,

porque éste último nace de las uniones que son la forma normal de la vida familiar, mientras que la adopción es una forma excepcional y, además de ser figurada, sólo cabe como teniendo rol de suplencia de las otras instituciones de familia. Por otra parte, el inc. 4º, del artículo 480 establece que el vínculo de la adopción queda disuelto, cuando las personas unidas por el contrajeran matrimonio. No habrá descendencia legítima del adoptado sino cuando él contrajere matrimonio y si ese matrimonio hace cesar los efectos de la adopción, ¿cómo se va a extender el parentesco a su descendencia legítima?

El doctor Lafaille observa que lo dicho por el doctor Vico justifica el pensamiento de la Comisión Reformadora, que al introducir en la ley esta institución que se practicaba en forma irregular, quiso hacerlo de una manera limitada, considerando en primer término a los menores con fines de protección y, excepcionalmente, a los mayores de edad, pero siempre teniendo presente el vínculo estricto entre adoptante y adoptado, sin ampliarlo a la descendencia de éste, tanto presente como futura. Ese es el verdadero criterio de la reforma: a menos de producirse otra adopción, no incluir a la prole. Si no se quiere llegar al sistema del Código alemán, está conforme en mantener por completo el Proyecto.

El doctor Rey manifiesta que desea aclarar que su proposición consistía en que si se aceptaba extender los beneficios a los hijos del adoptado, no debía hacerse distinción de ninguna especie.

El doctor Spota dice que lo que debe prohibirse, más que la adopción de varias personas de una vez, son las adopciones sucesivas, porque se perturba una situación ya creada. A su juicio, no hay inconveniente en adoptar a dos o más personas de una sola vez.

El doctor Lafaille expresa que no ve dificultad en que se verifique una adopción que comprenda a padres e hijos, si tal es el deseo del adoptante; se opone, en cambio, a que una adopción signifique de por sí extender los beneficios del vínculo a los descendientes. Si se admite para los hijos, sería justo hacerlo para los nietos. Podría observarse también que los hermanos del adoptado debían beneficiarse con ella y, entonces, la adopción traería como consecuencia incorporar al adoptado con toda su familia.

El doctor Rey indica que, a su juicio, no hay inconveniente en aceptar el criterio francés que es el más amplio. No ve por que esos inconvenientes van a surgir entre nosotros, cuando no han surgido en Francia. Parece indudable que, si se acepta el vínculo, hay que aceptarlo sin restricciones.

El doctor Rayces observa que el Proyecto otorga al adoptado derechos hereditarios; entonces, se ve el inconveniente que tiene. Supone el caso posible de un señor que adopta a un joven que acaba de enviudar, haciendo extender los efectos de la adopción a un hijito del adoptado, pero no en el sentido de que el niño sea considerado como otro hijo suyo, sino como nieto adoptivo. En esta hipótesis, producido el fallecimiento del adoptante, quien lo hereda es el hijo adoptivo y no el nieto; mientras que si hubiera adoptado a ambos, lo heredarían los dos.

Se mantiene la disposición del Proyecto por las consideraciones de orden práctico señaladas en el curso de la discusión.

PUNTO 2º — El doctor Rey expresa que la necesidad de establecer como principio la estabilidad de la adopción ha sido percibida por los demás miembros de la Sección, que han sugerido proposiciones en ese sentido; y aceptar que pueda disolverse el vínculo por conformidad de las partes, pero con intervención del Juez, es trasladar la dificultad de las partes al Juez. Lo que debe establecerse es que, no mediando causas graves, la adopción no podrá ser disuelta. ¿Qué motivos podría invocar un juez para negar la disolución de la adopción, estando de acuerdo las partes? No es lo mismo este caso que el primero, cuando se formó la adopción. Francamente no se ve cuáles son las razones, y, si hubiera que darlas, deberían ser establecidas taxativamente.

El doctor Spota estima, como el doctor Rey, que debería darse estabilidad a esta figura que se crea y señala que ha formulado una indicación al respecto, en el sentido de que no pueda disolverse la adopción por el sólo hecho de llegar el menor adoptado a su mayor edad. El inc. 2º, del artículo 480, en efecto, atenta contra la estabilidad de la institución misma, porque, en primer lugar, se han aminorado mucho los efectos de la falta de consentimiento, dado que ahora el menor de catorce años debe ser oído y él de diez y ocho prestar su conformidad. Entonces no es posible que el menor

Disolución del
vínculo. (Art. 480,
inc. 1º).

que llega a los veintiún años, pueda hacer cesar de la noche a la mañana toda una situación. Parece que hay justo interés en que se mantenga la institución y que sólo cesen sus efectos por causa grave. Por estas razones, que invoca en favor de su moción, es que adhiere a la del doctor Rey.

El doctor Lafaille dice que las condiciones del Proyecto han cambiado después que se aceptó la venia del juez, es decir, que ya no se trata de un mero vínculo convencional, sino que hay fiscalización por la autoridad como que es un cambio en el estado civil. De esta suerte, el inc. 1º, del artículo 480 ha perdido su razón de ser principal. Siempre quedaría la posibilidad de que ambas partes o una de ellas solicitaran la ruptura del vínculo por motivos fundados, que deberían ampliarse, a cuyo efecto se han formulado varias mociones. El criterio a seguir podría ser el de mantener en lo posible la estabilidad del instituto para no crear una serie de inconvenientes y perturbaciones en la familia, con el agregado que se ha indicado en cuanto a las causales, que daría motivos para un contralor más eficaz de la justicia. En esta forma, se podría suprimir el inc. 1º, del artículo 480.

Se resuelve la supresión del inc. 1º, del artículo 480.

PUNTO 3º — Con lo aceptado al considerar el punto precedente, queda resuelto el presente.

El doctor Lafaille hace notar que en el inc. 2º, del art. 480, sólo queda en pie el supuesto del menor de edad que, llegado a la mayoría, se niega a mantener el vínculo, por cuanto la situación del insano ha sido ya solucionada.

El doctor Spota observa que el hecho de haber sido adoptado durante la minoridad está atenuado con la intervención que se le da al menor, sobre todo al de diez y ocho años. Los menores de esa edad se encuentran con un vínculo creado sin su consentimiento, pero es de opinar que eso se resolvería admitiéndose causales suficientemente graves. Es por ello que el planteamiento exacto sería el siguiente: si, por el solo hecho de tratarse de un incapaz cuya adopción se hubiera producido en la época de su incapacidad, puede ese menor, llegado a la mayoría de edad, apartarse del vínculo. Se ha hablado de las buenas costumbres, de la indignidad, del atentado. Agrega que él mismo sugirió el estudio de la norma del Código Civil italiano que habla de que el Ministerio Público,

fundado en circunstancias de buenas costumbres, podría oponerse o crear una causal de disolución de la adopción, proposición ésta que fué aceptada.

El doctor Rayces considera que, para este caso, sería justa una norma que dijera: "El vínculo de la adopción quedará disuelto si el adoptado durante su minoridad así lo solicitare al año de haber adquirido la capacidad, fundado en justas causas a criterio del juez".

El doctor Spota estima que la indicación del doctor Rayces se halla formulada en forma un tanto vaga. Es peligroso, por lo demás, someter a la autoridad judicial el estado de la familia, a menos de que el juez se vea precisado a verificar la existencia de causales graves para dejar sin efecto el vínculo de la adopción.

El doctor Rayces dice que también es delicado incorporar al adoptado definitivamente a una familia, no obstante haber llegado a la mayor edad y haber comprendido que es indecoroso formar parte de ella. Es peligroso, pero relativamente, porque se debe suponer que nuestra magistratura será discreta y usará de su poder en forma conveniente.

El doctor Lafaille considera que el punto debe ser planteado de otro modo: no se necesitaría llegar a la falta de decoro, ya que podrían mediar incompatibilidades, o la imposibilidad de la vida en común, entonces si el menor fué adoptado en una época en que no podía prestar su consentimiento, se verá unido a esa familia. La materia es delicada. A favor de la indicación del doctor Spota estaría la mayor estabilidad del vínculo. Además, lo propuesto por el doctor Rayces no podría ser aplicado a los menores que prestaron su conformidad para la adopción; quedarían los de catorce a diez y ocho años, a quienes se oyó, y los menores de catorce años, que ni siquiera fueron consultados. Podría, además, ser justa una ampliación de las causales. Se inclina a seguir ese temperamento, porque si en teoría puede decirse que los derechos del incapaz están tutelados por los representantes legales y la intervención judicial, en la práctica ello no siempre es rigurosamente exacto.

El doctor Spota indica que se debe reflexionar detenidamente sobre este punto. La adopción, en efecto, si bien no se limita exclusivamente a los menores de edad, ofrece

su campo más propicio en los niños que no llegan a los catorce años. Quiere decir que quizá en el 90 % de los casos se aplicará a esos menores. La proposición que se presenta, tiene el grave inconveniente de que ese gran porcentaje de los adoptados va a tener el derecho de alegar las incompatibilidades de caracteres. La expresión “justos motivos” parece, además, vaga y peligrosa. Si bien está convencido de que los jueces ejercerán su ministerio con prudencia, debe tenerse en cuenta que no conviene que el estado de familia esté sometido, con demasía, a las interpretaciones judiciales a fin de alcanzar el desideratum en la materia, o sea, la estabilidad en las relaciones familiares. La solución, pues, es mantener el vínculo de la adopción con carácter de irrevocable, salvo cuando existan causales suficientemente graves para deshacerlo.

El doctor Vico considera que la adopción es una institución que nace de la autonomía de la voluntad; es un parentesco figurado. No existe entre el adoptante y adoptado, cuando éste llega a la edad de la determinación, a la mayoría de edad, el vínculo de la naturaleza que lleva anexos los sentimientos de la paternidad y de la filiación. Parece que esa inexistencia por parte del adoptado de tal vínculo natural es una causa suficiente, cuando la adopción se verificó durante su minoría de edad, para que él pueda disolverla.

Se resuelve poner a votación, primero, si se mantiene el Proyecto, y votar luego la proposición del doctor Spota modificada por la del doctor Rayees.

Se vota el art. 480, inc. 2º. Resulta rechazado. En seguida se aprueba la proposición del doctor Spota modificada por el doctor Rayees.

PUNTO 4º— El doctor Spota observa que su indicación hace referencia a “justos motivos”. Cree que debiera aceptarse una norma, como la establecida por el legislador italiano, calificando cuáles son esos justos motivos, a fin de evitar la vaguedad de los términos generales. Podría hacerse referencia, en tal sentido, a causales consistentes, v. gr., en un atentado contra la esposa o descendientes del adoptado, o contra este último.

El doctor Lafaille manifiesta que si equiparamos este caso al de indignidad, se juzgarían suficiente todos los motivos

Disolución del
vínculo por causa
imputable al adop-
tante. (Art. 480,
inc. 3º).

que la producen. Se podría decir, entonces, que la adopción puede quedar sin efecto por cualquiera de las causales establecidas en el art. 1897 del Proyecto, y suprimir lo de “justos motivos”. ¿Cabría, también, aquéllo de las buenas costumbres? Si lo dejáramos como fundamento para oponerse a la adopción, podría producirse el hecho con ulterioridad, como si alguien prostituyese a la menor que adoptó. Debemos entender, así, que la decisión aprobada sobre las facultades del Ministerio Público, cuando las buenas costumbres estuviesen en juego, se refiere tanto al momento inicial como a la conducta de las partes durante la vida del instituto. Existe otro aspecto interesante y es el de la pérdida de la patria potestad: cuando se incurre en ella, debe existir una causal para dejar sin efecto la adopción.

El doctor Spota estima que podría concebirse, si se diera a la pérdida de la patria potestad el efecto de disolver la adopción, una maniobra del adoptante a fin de que el adoptado perdiera los derechos hereditarios. Es por ello que la patria potestad, cuando se pierde, no debe tener por consecuencia la resolución del vínculo adoptivo.

El doctor Lafaille observa que planteó el punto para aclararlo y llega a la conclusión del doctor Rayces, de que la pérdida de la patria potestad por parte del adoptante no debe liberarlo de sus obligaciones. La ley 10.903 lo dice expresamente. De ahí que no debe tampoco el menor quedar excluido de la herencia.

Se resuelve seguir el temperamento al que se ha referido el doctor Lafaille, y se deja aclarado que, en el caso de incurrir el adoptante en una sanción, como la pérdida de la patria potestad, se aplicarán las mismas reglas, es decir, que se le privará de las facultades, pero manteniéndose las obligaciones.

PUNTO 5° — El doctor Lafaille señala que la indicación del doctor Saravia reconoce su punto de partida en la circunstancia de que, dentro del régimen aceptado por la Sección, el adoptante carece de derechos hereditarios. Podría ser éste un fundamento para que él recuperase aquellos bienes de su propiedad que se encontrasen en especie dentro del patrimonio del adoptado, cuando éste falleciere sin descendencia.

El doctor Spota expresa que el punto esencial sería el

Disposiciones sobre la legítima. Libertades del adoptado respecto del adoptante.

de establecer si este sistema de la ley francesa concuerda con el espíritu de nuestras leyes y con el Proyecto en materia de sucesiones. Se inclina a no aceptarlo, por no romper la tradición de nuestro derecho.

El doctor Lafaille dice que hiere un poco el sentimiento de la justicia que, habiendo una persona adoptada a otra y falleciendo ésta, los bienes pasen a colaterales lejanos o al Fisco, sin derecho alguno para el adoptante. Si bien interpretamos que el vínculo de la adopción no se instituye en beneficio de este último, parece excesivo que, además de quitarle los derechos hereditarios, no se le deje siquiera este otro menor. La segunda moción del doctor Saravia tiende a considerar si conviene modificar las normas de la legítima en el sentido de facilitar las liberalidades que el adoptado pudiera realizar en beneficio del adoptante. Cree que si se admite que éste no tenga derechos hereditarios, las indicaciones que se formulan, modificarían el sistema en su parte más substancial, o sea en la materia de la legítima.

Se resuelve que se traten las mociones del doctor Saravia al considerar el régimen hereditario.

PUNTO 6°— Se resuelve que habiéndosele dado carácter personal a la adopción, la obligación alimentaria sólo existe respecto del adoptante y adoptado.

PUNTO 7°— Se acuerda que, con lo resuelto al tratarse el Punto 4° del Orden del Día, queda solucionado este punto.

PUNTO 8°— Se resuelve tratarlo juntamente con el Punto 14°, con el cual está ligado.

PUNTO 9°— El doctor Spota expresa que el problema a decidir radica en lo siguiente: si debe haber impedimento entre el adoptante y adoptado o entre los descendientes de uno y otro, o aún entre el adoptado y el cónyuge del adoptante y recíprocamente. Esos impedimentos se han establecido en el Código Civil alemán, en el italiano y en el brasileño. El alemán permite el matrimonio. El italiano, también, lo permite, pero diciendo que queda roto el vínculo por matrimonio entre adoptante y adoptado; para este matrimonio, así como para aquellos enlaces entre las demás personas a las

Situación del adoptante en orden a sucesiones y alimentos.

Disolución del vínculo. Ingratitud respecto de parientes del adoptante. (Art. 480, inc. 3°).

Adopción. Requisitos de justos motivos y de ventajas para el adoptado.

Vínculo de adopción. Impedimento para el matrimonio. (Art. 480, inc. 4°).

cuales les afecta en este caso la adopción, se requiere la dispensa. El Código Civil brasileño no lo permite. Podría, pues, aceptarse el sistema del Código Civil italiano, haciendo funcionar el recurso de la dispensa judicial.

El doctor Lafaille manifiesta que el impedimento se extiende a los parientes del adoptante y adoptado. Es partidario de que, por las razones que movieron a caracterizar la adopción como un vínculo estrictamente personal, el impedimento quede circunscripto a las partes. Ese sistema alemán que en un texto crea el impedimento y en el otro suministra la manera de evitarlo, es una especie de asiento y contrasiento. Parece que se llegaría a una manifiesta inconsecuencia si, después de limitar el vínculo al adoptante y adoptado, creáramos para los no afectados un impedimento matrimonial, que se corrije entre las partes por el casamiento, pero que es insanable con respecto a las otras personas, a pesar de reputarlas jurídicamente extrañas.

El doctor Rey dice que, en presencia del inc. 4º, del art. 480 y de las legislaciones que permiten el matrimonio, cabe formular estas preguntas: ¿qué interés puede tener la sociedad argentina en que se permita el casamiento entre el adoptante y adoptado, entre quienes median diez y ocho años de diferencia? ¿Es conciliable con la moral permitir este matrimonio? ¿No sería preferible prohibirlo e imponer penas en el caso de que se violase la prohibición?

El doctor Lafaille expresa, con respecto a lo manifestado por el doctor Rey, que podrían, en efecto, crearse otras sanciones distintas de la nulidad. Así ocurre en el matrimonio entre tutores y los pupilos. Más allá de esto, no parece conveniente llegar: sería muy curiosa esta adopción, que se preconiza como un sucedáneo de la familia, cuando ella falta, y que vendría a impedir la formación de otra familia. Puede haber motivos honestos para que una persona se case con la menor que ha adoptado, y también cabe la adopción de personas mayores. Aparte de ello, está la circunstancia de que fuera del matrimonio podrían nacer hijos reputados incestuosos, a quienes se prohibiría regularizar esa situación. Mucho más práctico y acertado es el otro sistema de que el

vínculo artificial surgido del instituto queda roto por el hecho del matrimonio. El principio queda a salvo, porque los que se casan dejan de ser adoptante o adoptado. Desde luego, hay razones de pudor, de decencia, de buenas costumbres, para no fomentar esos matrimonios, pero es aún peor crear una categoría de hijos espúreos, precisamente cuando se procura colocar a los que ya existen dentro de la ley, en la situación más humana posible. El criterio menos malo está en extinguir la adopción por el matrimonio.

El doctor Rayces estima que, en ese caso, queda extinguido el vínculo; pero puede suceder que el individuo adoptado haya contraído matrimonio con la esposa del padre o de la madre adoptivos. Es realmente desagradable que eso pueda suceder. Considera, como el legislador brasileño, que eso no debe permitirse.

El doctor Vico expresa que debería aclararse el texto proyectado haciendo referencia al hecho de que: “contrajeran matrimonio entre sí”.

El doctor Spota considera que debe contemplarse el supuesto de si es posible que el adoptado contraiga matrimonio con un hijo sobreviviente del adoptante y si, en caso afirmativo, el vínculo de la adopción subsiste. ¿Cuál sería el efecto del matrimonio? ¿Es posible el casamiento entre ambos? ¿Esas dos personas vienen a ser hermanos en virtud de la adopción y, sin embargo, pueden contraer matrimonio?

El doctor Rayces dice que el caso que plantea el doctor Spota lo imagina en la vida así: un niño es adoptado por una persona que al poco tiempo es padre de una niña; esos dos niños se desarrollan juntos y es menester que se vayan acostumbrando a sentirse hermanos. Por ello debe existir el impedimento para el matrimonio de los mismos.

El doctor Lafaille considera que debe resolverse, primero, si el matrimonio ulterior entre adoptante y adoptado rompería el vínculo de la adopción y, por lo tanto, el impedimento que existiera quedaría eliminado. La dificultad estriba en si, de conformidad a la disposición del Código Civil brasileño, puede mantenerse ese mismo impedimento con referencia a

los parientes consanguíneos de las partes y en caso afirmativo, cuál sería la sanción aplicable. Tal vez podría ser la pérdida de derechos hereditarios. Parece que hubiera conformidad respecto del matrimonio entre el adoptante y adoptado. Quedaría por resolver lo relativo a los consanguíneos de las partes en grado prohibido.

El doctor Spota pregunta si ese impedimento sería dispensable.

El doctor Lafaille contesta que al tratar de los impedimentos no se aceptó la dispensa. Ello envuelve uno de los problemas más difíciles, por la dificultad de ajustar la indisolubilidad canónica a la indisolubilidad laica de nuestra ley. En el nuevo Código Civil italiano se admite que para todas las causas sobre nulidad de matrimonio y disolución del mismo, actúe el juez eclesiástico, limitándose la civil a registrar el fallo, como registra el matrimonio celebrado por la Iglesia.

Se resuelve suspender la consideración de este punto y se pasa a preparar el Orden del Día para la sesión siguiente.

PUNTO 1º — (El 9º del anterior. Ver pág. 436).

Vínculo de adopción. Impedimento para el matrimonio. (Art. 480, inc. 4º).

PUNTO 2º — (El 10º del anterior. Ver pág. 436).

Límite de edad. Ampliación de la excepción. (Art. 476, parte final).

PUNTO 3º — (El 11º del anterior. Ver pág. 436).

Requisitos. Carencia de descendencia legítima. (Art. 475).

PUNTO 4º — (El 12º del anterior. Ver pág. 436).

Adopción por un cónyuge del hijo del otro. Patria potestad.

PUNTO 5º — (El 13º del anterior. Ver pág. 436).

Bienes del adoptado. Usufructo por el adoptante.

Adopción. Requisitos de justos motivos y de ventajas para el adoptado. Intervención judicial.

Herederos del adoptante. Derecho de oposición.

Régimen sucesorio. Aspecto fiscal.

Adopciones sucesivas.

PUNTO 6º — (Puntos 8º y 14º del anterior. Ver págs. 436 y 437).

PUNTO 7º — (El 15º del anterior. Ver pág. 437).

PUNTO 8º — (El 16º del anterior. Ver pág. 437).

PUNTO 9º — (El 17º del anterior. Ver pág. 437).

REUNION N° 79

—Buenos Aires, veintisiete de junio de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Daniel Ovejero, Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

Vínculo de adopción. Impedimento para el matrimonio. (Art. 480, inc. 4º).

PUNTO 1º — El doctor Lafaille indica que, al discutirse este punto en la reunión anterior, había una opinión más o menos formada en el sentido de que fuera posible el matrimonio entre adoptante y adoptado, pero provocando la ruptura del vínculo de la adopción. La dificultad que se presentaba, consistía en si debía mantenerse el impedimento con referencia al cónyuge y a los consanguíneos en grado prohibido. Produce, en principio, cierta repulsión moral, la posibilidad de que un individuo después de haber adoptado a una criatura, se case luego con ella. No figura entre las finalidades de esta institución que se adopten hijos o hijas para contraer luego matrimonio. Si la adopción debe ser un reflejo de la familia legítima, podría sostenerse que por las mismas razones cabe impedir el matrimonio entre los hermanos adoptivos, como entre los de sangre —y con mayor fundamento respecto de padres e hijos. Podría decirse, no obstante, que esta asimilación es artificial; que la naturaleza reclama sus fueros, y que pueden crearse sin necesidad absoluta, filiaciones incestuosas o imposibilitarse las uniones regulares.

El doctor Rey estima que existe una consideración de hecho que priva sobre las consideraciones de orden teórico que se formulan. En principio, repugna que pueda haber un matrimonio entre adoptante y adoptada; pero nada se ganaría con mantener una prohibición teórica que sería violada en la práctica. Siendo, en principio, partidario de la prohibición, cree que el sistema de la ley francesa podría conciliar ambas situaciones opuestas estableciendo la prohibición, sin que signifique un impedimento dirimente sino simplemente impediante. Se veda el matrimonio entre adoptante y adoptado, pero dejando al criterio judicial el conceder una dispensa, porque, si se permite lisa y llanamente, con sólo el casamiento terminará la adopción, mientras que si se deja al criterio judicial el autorizarlo cuando haya motivos graves, se dará mayor firmeza a la institución. El Código francés prevé la situación y son los artículos 354 y 370 los que deben tenerse en cuenta. Así la situación de hecho que podría producirse —v. gr., un concubinato— tendría su solución desde el momento que el tribunal podría acordar la venia para contraer matrimonio.

El doctor Lafaille observa que ya al discutirse la materia de los impedimentos matrimoniales, se ha opuesto a la dispensa, porque encuentra que ese instituto que tenía su explicación en el derecho canónico, era difícilmente aplicable al matrimonio laico. Es mejor el sistema alemán en que el casamiento entre adoptante y adoptado hace desaparecer el vínculo de la adopción. Los peligros que origina este régimen, son mucho menores que si se mantiene esa prohibición teórica a que se refirió el doctor Rey, porque se crearía una categoría de hijos incestuosos. Si un individuo de cincuenta años, después de haber adoptado a una mujer a quien lleva diez y ocho de edad, encuentra conveniente casarse con ella, es mejor permitirlo, que colocarlos en la situación de que se unan irregularmente. Además, manteniendo el límite mínimo de cincuenta años para el adoptante, que establece el Proyecto, la disparidad de edades tornaría limitado el número de estos casamientos. Si estuviéramos de acuerdo en mantener el sistema del Proyecto, es decir, crear el impedimento pero dejarlo sin efecto por medio del matrimonio, podría pasarse al estudio del problema que se plantea respecto de los parientes.

El doctor Spota dice que concuerda con el temperamento

propuesto por el doctor Lafaille, pero no en la inteligencia de que haya contradicción en aceptar que se permita el matrimonio entre adoptante y adoptado y, en cambio, establecer impedimento para los demás parientes en grado prohibido, de uno y otro. Cree que se puede admitir que el impedimento sea meramente prohibitivo o impediante entre adoptante y adoptado y, por otra parte, establecer impedimento, aún cuando dispensable, para los descendientes y ascendientes y cónyuges del adoptante o adoptado.

Se resuelve aceptar que se mantenga el sistema del Proyecto, en cuanto al impedimento entre adoptante y adoptado, es decir, que con el matrimonio cesa el vínculo de la adopción. Además, se resuelve establecer el impedimento contra uno y otro, pero con carácter meramente prohibitivo, siguiéndose el sistema acogido en el Código Civil alemán.

Se pasa a examinar, luego, la posición en que se colocan los hijos adoptivos entre sí o el hijo adoptivo con el legítimo sobreviviente al adoptante, o el cónyuge del adoptante o del adoptado con relación a uno u otro, para contraer matrimonio.

El doctor Spota entiende que el matrimonio entre adoptante y adoptado lesiona gravemente la vitalidad de la institución. Sin embargo, como la naturaleza es más fuerte que los vínculos que quiera crear el legislador, débese inclinar ante los hechos y optar por el mal menor. Pero, cuando se trate del matrimonio entre el adoptado y la esposa del adoptante o del adoptante con el cónyuge del adoptado, o de éste último con un hijo que le sobrevenga al adoptante, en esos casos, habiendo el adoptado vivido con la familia del adoptante y considerado a la esposa de éste como una madre o al hijo sobreviviente como un hermano, entra en juego la moral que aconseja aceptar el impedimento. El legislador debe tratar de que la adopción sea el fiel reflejo de la familia que deriva de la sangre; parece que, en este caso, sin que se hable de una incongruencia, debería aceptarse que haya impedimento y admitir dispensa sólo en casos justificados. Claro que, como programa mínimo, aceptaría el sistema de la ley francesa en la materia. Hace notar que el derecho comparado tiende a ese sistema; el Código Civil brasileño que es el más rígido, establece impedimento y no admite dispensa; en cambio, el Código Civil italiano admite la dispensa en todos los supuestos y la ley

francesa establece que es necesario la existencia de causas graves. Quizá el mejor de todos esos sistemas sea el brasileño, porque entiende que para la seriedad de la institución conviene establecer impedimentos no dispensables. Pero —lo repite— aceptaría un sistema semejante al de las leyes civiles de Francia e Italia.

El doctor Lafaille observa que al negar la incongruencia entre una solución y la otra, se olvida que si en el caso más grave admitimos la validez del matrimonio, no podríamos negarla en los demás. Serían legítimos los hijos nacidos del casamiento entre adoptante y adoptada, e incestuosos los de ésta con los descendientes de aquél.

Realizamos grandes esfuerzos para mejorar la condición jurídica de los hijos ilegítimos; pero, por otra parte, creamos nuevas categorías de ellos.

El doctor Ovejero manifiesta que, cuando se discutió el problema del matrimonio entre adoptante y adoptado, se dijo como argumento para que se permitiese dicho matrimonio, que la diferencia de edades entre uno y otro haría que esas situaciones no fuesen muy comunes. En este caso, entre el adoptado y el hijo legítimo sobreviviente al adoptante, la diferencia de edades será mucho menor y, entonces, dada esa similitud de edades, los casos se presentarán más a menudo.

El doctor Spota expresa que la consecuencia de que casado el adoptante con el adoptado, los demás podrán contraer matrimonio después, porque ya ha desaparecido el vínculo, es de lógica jurídica; pero, el legislador puede apartarse de esa inferencia lógica, cuando los intereses superiores de la sociedad y de la familia lo exigen. Así, resulta en extremo chocante el matrimonio del hijo adoptivo con el cónyuge del adoptante. Además, si será poco frecuente —atento la diferencia de edades exigidas por la ley para crear el vínculo de la adopción— en cambio, como lo ha dicho con razón el doctor Ovejero, acaecerán con más frecuencia los matrimonios de los descendientes del adoptante con el adoptado o con el cónyuge supérstite del primero. El vínculo de la adopción subsiste y, a pesar de ello, ¿deben permitirse esos matrimonios? Finalmente, también, se puede recurrir a argumentos de pura lógica jurídica, a los cuales, —es de señalar nuevamente—, se debe reco-

nocer menor fuerza de convicción que a los derivados de los verdaderos intereses de la moral pública, de la familia, de la colectividad y de la misma estabilidad de la institución que se ha aceptado, o sea, de la adopción. Esos argumentos lógicos permiten discriminar el supuesto del matrimonio del adoptante y adoptado —que se somete a un impedimento meramente prohibitivo— con las demás hipótesis. En el primer caso, parece que adoptante y adoptado se pusieran de acuerdo para rescindir esa especie de vínculo contractual que creó la adopción. A tal efecto, el matrimonio importa el distracto. Agrega que es cierto que ha propuesto que la adopción no fuese revocable; pero en ese sólo supuesto, la disolución del vínculo acaecería —porque el legislador lo estima conveniente— con el matrimonio entre adoptante y adoptado.

Se resuelve suspender el punto en lo referente a los parientes que estuvieran en grado de ascendientes o descendientes o al cónyuge.

Límite de edad.
Ampliación de la
excepción. (Art.
476, parte final).

PUNTO 2° — El doctor Spota expresa que su moción se refiere a la diferencia de edades entre el adoptante y adoptado, necesaria para que la adopción se lleve a cabo, y tiende a que se disminuya el límite a cuarenta años para el adoptante, cuando circunstancias excepcionales así lo aconsejen, a criterio del Juez. La ventaja del sistema radica en que a los cuarenta años quizá se esté en condiciones de dirigir y vigilar la vida del menor con mayor eficacia, que a los cincuenta, no porque haya mayor capacidad, sino porque ese menor obtendrá durante más tiempo la asistencia del adoptante. Así, tratándose de un menor adoptado, la época durante el cual se debe asistirlo y educarlo se extiende por muchos años. Conviene, pues, que el adoptante se halle en condiciones de poder desempeñar con más eficacia su papel.

El doctor Lafaille indica que si eliminamos los impedimentos, una de las razones que nos mueven es la diferencia de edad, que reduce tales uniones. Al debilitar ese argumento, se debilita, igualmente, nuestra posición. Debe, pues, tenerse en cuenta la posibilidad del matrimonio entre adoptante y adoptado y también la de que lleguen a nacer hijos. Vota, pues, en contra de la moción.

El doctor Rey expresa que en una reunión anterior se aceptó una indicación del doctor Spota de establecer una dis-

posición referente a la tutela y guarda de los menores, en el sentido de dar prioridad al que tenga la tenencia en el discernimiento de la tutela y también en el caso de que se tratara de la adopción. De manera que el que no pueda adoptar, tendrá la guarda o tutela de ese menor.

El doctor Ovejero expresa la posibilidad de que se difunda mucho la adopción. Con ello se complica la adopción con la filiación legítima, circunstancia que hay que evitar en lo posible ya que la filiación adoptiva viene solamente a falta de la legítima.

No prospera la indicación del doctor Spota.

PUNTO 3° — El doctor Spota expresa que el artículo 475 establece, como requisito para la adopción, la carencia de hijos legítimos por parte del adoptante; pero puede suceder que, existiendo hijos legítimos, haya una persona que sea tratada como hijo durante un lapso suficientemente lato v. gr., diez años—; que sea adoptada como tal por ambos cónyuges; que sea acogida como hermano por los descendientes legítimos de éstos. Puede, además de esas condiciones, darse el caso de que medie entre la indicada persona y los esposos un vínculo de filiación adulterina o de filiación natural con uno sólo de ellos. Por último, cabe suponer que, además, ambos esposos están de acuerdo en conferir a esa persona un *status* de hijo adoptado, legalizando lo que, en el hecho, viene ocurriendo. Entonces, considera que debe darse la oportunidad a esos cónyuges y a dicha persona para que, mediando esas circunstancias, pudiera tener, esta última, la calidad de hijo adoptivo. Lo único que se podría objetar es que se perjudica la familia legítima y se introduce en ella, por una vía indirecta, un hijo adulterino; pero es de preguntarse si no existen ventajas en que ese adulterino tenga una condición de hijo adoptivo, estando los dos esposos de acuerdo y habiéndolo adoptado de hecho. En substancia, los requisitos a cumplirse para que la adopción fuere posible serían los siguientes: 1° ambos cónyuges deben estar de acuerdo, así, como, en su caso, el adoptado; 2° debe haber transcurrido por lo menos, diez años desde que ambos esposos han tratado como hijo al que se pretende adoptar, reuniendo ese trato los mismos requisitos que la posesión de estado; 3° el juez debe autorizar la adopción teniendo en cuenta los intereses de los descendientes legítimos

Requisitos. Carencia de descendencia legítima. (Art. 475).

y del adoptivo. De este modo, la institución que se reglamenta desempeñaría un gran papel: permitiría que se salvare la dura condición de los hijos ilegítimos. El legislador no puede oponerse a que el padre, con el beneplácito de su consorte, cumpla con un deber piadoso; por el contrario, el legislador debe propender a que, sin menoscabo esencial de la familia legítima, queden obviadas esas tristes situaciones.

El doctor Lafaille hace referencia al conflicto entre la filiación legítima y la adoptiva. Concibe esta última como sucedánea de la primera y a falta de ella; pero no se explica que, existiendo hijos de un matrimonio válido, vengan a sumarse estos otros. No es partidario de la norma propuesta, a pesar de que los casos que se plantean son los más admisibles: el de ambos cónyuges que corren un velo sobre una filiación adulterina, o bien, que se tratara de un hijo natural concebido antes del matrimonio. Con todo, las ventajas son inferiores a los inconvenientes, porque se introducen dentro de la familia legítima elementos halógenos en contra de los propios componentes que, cuando llegan a la edad de la reflexión, se encuentran con esos intrusos, lo que determina un choque de sentimientos e intereses. La práctica, realmente triste, nos suministra infinitos ejemplos de conflictos originados entre los miembros de las familias más unidas, cuando se despierta la codicia y es de imaginarse, entonces, lo que sucedería si entran a luchar los de sangre con los adoptivos. Aunque los legítimos fuesen mayores y prestaran asentimiento, no es conveniente crear filiación o determinar el estado civil por acuerdo de partes. Peor todavía, si los primeros son incapaces y se quiere prescindir de su voluntad o suplirla por otros medios. Ciertamente existe la posibilidad de un reconocimiento como hijo natural o de inscribirlo como legítimo; pero quedaría siempre el remedio de probar la falsedad.

El doctor Rey opina en el mismo sentido que el doctor Lafaille. La disposición que se propone, tuerce el fin de la institución. La adopción, en efecto, no debe existir sino a falta de familia legítima, pero existiendo ésta, se debe impedir que pueda incluirse, por ese procedimiento, al adulterino en ella.

No prospera la indicación del doctor Spota.

PUNTO 4º — A pedido del doctor Spota se corrige la redacción del punto 4º ya que, tal como está, la recíproca no

Adopción por un
cónyuge del hijo del
otro. Patria potes-
tad.

sería cierta. En consecuencia, dicho punto queda redactado así: “A sugestión de varios miembros, considerar la conveniencia de establecer de una manera precisa que la patria potestad se pierde cuando, ejerciéndola la esposa, el marido adoptase al hijo de la misma”.

PUNTO 5°— El doctor Spota observa que su indicación está inspirada en el libro I del nuevo Código Civil italiano, que niega al padre adoptivo el derecho de usufructuar los bienes del adoptado y sólo le acuerda derecho de administración y de inversión de esos fondos, pero no en su beneficio. Es decir, que los frutos deben destinarse a solventar los gastos que, en la patria potestad, se consideran “cargas del usufructo”; lo que resta, pertenece al adoptado y no al padre adoptivo. Este sistema concuerda con la finalidad principal de la adopción: la de ser una institución de protección al adoptado y no de beneficio para el adoptante, y con él se evita la creación de vínculos de adopción con otras intenciones que no serían, justamente, las de protegerlo. Expresa que si bien cabe negarle el derecho de usufructo, en cambio, debe concedérsele los derechos de administración e inversión.

El doctor Rey dice que, teóricamente, la moción del doctor Spota parece la más justa; pero no puede desconocerse la manera de ser de las personas en nuestro país; prácticamente sería conceder el usufructo, porque será raro el caso de un padre adoptivo que, llevando la administración, no llegue al verdadero usufructo. Como en la realidad de los hechos se convertirá ese sistema en un usufructo liso y llano, le parece preferible aceptar una moción aún más radical y privar al padre adoptivo de la administración de los bienes del hijo adoptivo.

El doctor Lafaille indica que privar al padre adoptivo del usufructo sería negar las aptitudes del adoptante o poner en duda la rectitud de sus propósitos. Téngase en cuenta que ya se le excluye de la herencia y el juez está facultado para negar la adopción, cuando a su criterio resulte desventajosa para el adoptado. Durante su menor edad, el niño habría conseguido un padre legal para dirigirlo, educarlo y formar su carácter. Lo único que podría perder sería el excedente de las rentas, una vez cubiertos los gastos de alimentación, cuidado y demás personales. ¿Qué razón habría, en-

Bienes del adoptado. Usufructo por el adoptante.

tonces, para privar al adoptante de ese justo derecho que se reconoce a los padres legítimos y aún a los naturales? Sabemos por otra parte que la adopción se practica más bien con hijos de personas pobres o con menores abandonados. Cuando se tratase por excepción de un niño rico, el juez, apreciará las circunstancias para decidir si conviene admitirla.

El doctor Spota señala que el peligro estaría en el arbitrio judicial; en que el juez considere ventajosa la adopción a pesar de que el menor posea fortuna. Entonces, mejor sería privarlo al adoptante del usufructo, pero acordarle toda la confianza debida en cuanto a la administración de los bienes. No ve el peligro de que la administración se convierta en usufructo, como afirma el doctor Rey, cuando existen medidas de prevención como sería el inventario previo y la rendición de cuentas, medidas éstas que se han aceptado en reuniones anteriores. Reconoce que por lo general son niños menesterosos o abandonados los que se adoptan, pero puede suceder que a ese niño sobrevenga una herencia.

El doctor Lafaille dice que si recibiera el adoptado una herencia, no habría inconveniente en que el padre adoptivo maneje tales bienes, con todas las limitaciones creadas por la ley de Patronato de Menores y tampoco para que gozara del usufructo, sobre todo cuando no lo hubiera adoptado con fines de lucro. En el supuesto del niño rico, huérfano de padre y madre, que está bajo tutela, si el juez encuentra que su representante legal es una persona honesta, que administra bien sus intereses y estima que podrá ser un buen padre adoptivo, ¿por qué no se le beneficiaría con los frutos, conforme al derecho común? El juez no puede proceder arbitrariamente; debe dar razones y, además, ha de oír al Ministerio Pupilar. Antes de aceptar una adopción en que podría perjudicarse al incapaz, debería dejar al niño bajo tutela. Con el otro sistema, existe el grave peligro de los juicios por rendición de cuentas, que se promoverían contra el adoptante con relación a esos frutos, cuando moral y jurídicamente le corresponden.

El doctor Spota expresa que, ante las razones dadas por el doctor Lafaille y en atención a que el conceder el usufructo al adoptante importa acordar mayor vigor, mayor estabilidad

al vínculo de la adopción, no tiene inconveniente en desistir de su moción.

PUNTO 6° — El doctor Rey dice que la moción del doctor Spota se relaciona con una de las cuestiones que ha planteado respecto de la intervención judicial. El juez deberá comprobar si se hallan reunidos los requisitos legales, si existen justos motivos para la adopción y si élla es ventajosa para el incapaz; en caso afirmativo, hará lugar a la adopción y la rechazará en caso negativo, sin expresar los motivos en ninguno de los dos. Este es el artículo que ha propuesto al referirse a las facultades del juez y cree que está comprendida la situación planteada por el doctor Spota.

El doctor Lafaille indica que en la misma ley de matrimonio actual, la disconformidad de los padres puede producirse sin expresar los motivos. En este caso, con más razón aún, cabría el mismo criterio, porque es, a veces, violento mencionar los motivos para descartar un candidato, o simplemente, para desconfiar de sus propósitos.

El doctor Spota observa que en otras leyes —como la italiana— se exige que el adoptante reúna el requisito de la buena fama. Pero, al preverse que la adopción sea ventajosa para el adoptado, viene de suyo que si un adoptante no reúne ese requisito, no sería conveniente la adopción.

Se resuelve aceptar la moción del doctor Spota, en la inteligencia de que debería acogerse el texto del artículo 343 del Código Civil francés, o en la forma propuesta por el doctor Rey, agregándose en el Proyecto al artículo 475, o a continuación.

PUNTO 6° (BIS). — *Primera cuestión:* Se acepta la moción del doctor Rey en el sentido de que el juez competente para intervenir en el procedimiento de la adopción sea el del domicilio del adoptante.

Segunda cuestión: Está comprendida en la disposición que se aprobó al tratarse el punto 6° del Orden del Día.

Tercera cuestión: El doctor Rey expresa que no le parece conveniente exigir que todos los requisitos existan en el momento de la adopción y de la homologación judicial, conjuntamente, sino que estima preferible exigir que el consentimiento de ambos y la capacidad para prestarlo existan en el momento de la respectiva declaración y los demás requisitos concurran

Adopción. Requisitos de justos motivos y de ventajas para el adoptado.

Intervención judicial. Juez competente.

Objeto de la intervención judicial. Facultades del juez.

Requisitos. Momentos en que deben hallarse reunidos. Efectos de la homologación judicial.

al decretarse la homologación judicial. Las razones que fundan esta opinión, están expuestas en actas anteriores.

El doctor Lafaille expresa que entiende aquí por capacidad, la actitud para poder adoptar, para celebrar ese acto jurídico o prestar el consentimiento; pero no la edad del adoptante, porque podría no tener cincuenta años en el momento del convenio, y haberlos cumplido al producirse la homologación judicial. Después de enumerar los requisitos, se podría decir que el consentimiento y la capacidad deben existir en el momento de la declaración de voluntad y los demás, al aprobarse la adopción.

Inscripción.

El doctor Rey indica que también ha propuesto dos disposiciones más; la primera de ellas relacionada con el tercer momento de la adopción: la inscripción. “La adopción —propone en este sentido— produce sus efectos entre las partes desde el momento de la homologación judicial y puede ser opuesta a los terceros después de la inscripción en el registro”. La otra disposición sería: “La muerte del adoptante con anterioridad a la homologación no impedirá que ésta sea decretada en favor del adoptado y se considere como ocurrida en vida de aquél. En tal caso, los herederos del adoptante podrán presentar ante el juez observaciones tendientes a demostrar la inadmisibilidad de la adopción”.

Homologación judicial. Fallecimiento del adoptante.

Se aceptan todas las proposiciones del doctor Rey incluidas en la tercera cuestión.

Revocabilidad anterior a la homologación judicial.

Cuarta cuestión: El doctor Rey dice que, mientras la homologación no haya sido pronunciada por el juez, tanto el adoptante como el adoptado, pueden revocar su consentimiento, porque parece lógico que, como el acto se perfecciona con la intervención judicial, mientras no esté perfecto cabe la revocación.

Se acepta lo propuesto en la cuarta cuestión.

Herederos del adoptante. Derecho de oposición.

PUNTO 7º — Se acepta la moción del doctor Ovejero en el sentido de que, en caso de muerte del adoptante, y antes de la aprobación judicial de la adopción, se permita a los herederos del adoptante presentar ante la Corte, memorias u observaciones para oponerse a aquélla.

Régimen sucesorio. Aspecto fiscal.

PUNTO 8º — El doctor Lafaille considera que esta materia de la moción pertenece, al régimen fiscal o de los impuestos hereditarios, y no al derecho civil. Según tiene entendido, el doctor Rayces quería evitar el fraude al gravamen escolar,

por medio de adopciones sucesivas. Sería cuestión de dictar leyes adecuadas en el orden nacional como en el provincial, estableciéndose por ejemplo, que la adopción deberá preceder uno o dos años al fallecimiento del adoptante, para que corresponda la tasa entre padres e hijos.

El doctor Rey señala que ahí radica una de las razones por las que, en la ley francesa, se establece que debe haber justos motivos para la adopción. Si cuando se trata de aprobarla, se ve que el único objeto de ella es evitar los impuestos a la herencia, no se otorgará.

El doctor Spota observa que la moción del doctor Rayces implica una solución nítida: la de que los Estados provinciales tendrán la seguridad de que si la adopción no perdura durante varios años, no produce efectos respecto de los impuestos hereditarios. El doctor Rayces tenía dudas acerca de si es facultad de las provincias o no dictar una norma semejante y si ello no importa “interferir” con la legislación nacional.

El doctor Lafaille expresa que la duda a que se refirió el doctor Rayces, consistía en si, so pretexto de los efectos fiscales, las provincias pueden legislar sobre adopción.

No se acepta la moción del doctor Rayces por considerarse que la misma encierra una cuestión de régimen fiscal y que el juez estaría facultado para negar una adopción cuando no existieran justos motivos.

PUNTO 9º — El doctor Rey no considera ventajosas las adopciones sucesivas, porque es dar demasiada amplitud a la adopción e introducir motivos de discordia.

El doctor Spota expresa que, si bien con estricta lógica deberían prohibirse las adopciones sucesivas, tal como lo ha establecido el moderno legislador italiano, el sistema del Proyecto —tan amplio y generoso en la materia— tendría una ventaja indudable: la de permitir que una persona adoptara a un hijo natural o adulterino que sobrevenga a la adopción o, a uno, cuyo nacimiento fuera anterior. En vez de reconocer al hijo natural, como tal, o en vez de incurrir en una falsedad inscribiendo al hijo como legítimo a pesar de provenir de un matrimonio disuelto con anterioridad a la adopción, el padre tendría la oportunidad de cumplir con sus deberes de tal, adoptando a ese hijo. Este último, en el caso que fuera natural, vendría a quedar con una situación social

Adopciones sucesivas.

y jurídica más conveniente: no tendría que soportar esa especie de “capitis diminutio” que implica toda filiación natural y poseería derechos hereditarios iguales a los del hijo adoptivo. Al fin y al cabo, el vínculo de la sangre autorizaría esa discriminación, con efecto no en cuanto al *status* de hijo que tendría el adoptivo, sino a los derechos sucesorios futuros que podrían corresponderle. De ahí, que si se aceptara un sistema amplio como el propiciado en el proyecto —el cual no prohíbe las adopciones sucesivas—, tal sistema, sin embargo, debería restringirse en el sentido de que sólo podría adoptarse con posterioridad a otra persona, cuando mediaran justas causas para que tal adopción se verifique.

El doctor Lafaille considera peligrosas las adopciones sucesivas, desde luego, por los conflictos entre los primeramente adoptados y los adoptados más tarde.

Se posterga el punto en discusión.

Vínculo de adopción. Impedimento para el matrimonio. (Art. 480, inc. 4º).

Adopciones sucesivas.

Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 1º del anterior. Ver pág. 449).

PUNTO 2º — (El 9º del anterior. Ver pág. 450).

PUNTO 3º — Examen del Capítulo “Del parentesco y de la prestación de alimentos” a los efectos de formular un nuevo Orden del Día.

REUNION N° 80

—Buenos Aires, seis de julio de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y José Manuel Saravia.

ORDEN DEL DÍA

Vínculo de adopción. Impedimento para el matrimonio. (Art. 480, inc. 4º).

PUNTO 1º — El doctor Lafaille recuerda que en la sesión pasada se resolvió seguir el sistema del Código Civil alemán, es decir, que el impedimento entre adoptante y adoptado

fuera simplemente prohibitivo y cesara el mismo con el matrimonio entre ambos. Quedó suspendido el debate en lo que concierne a los demás parientes de las partes, y se pregunta ahora cuál será la situación de los hijos adoptivos entre sí, del hijo adoptivo y del legítimo sobreviviente al adoptante, del adoptado y de la esposa del adoptante o viceversa, en el caso de que intentara contraer matrimonio. En pro y en contra se hicieron valer distintas razones: por un lado, se decía que al suprimirse la nulidad del matrimonio entre adoptante y adoptado, vendría implícitamente a resolverse lo mismo para los demás parientes; y, por otra parte, se respondía que no está de acuerdo con la moral interna de la familia el permitir que el hijo adoptivo pudiera contraer matrimonio con la hija sobreviviente al adoptante o con la esposa de este último. Ese es el problema a considerar. Es difícil, sin duda, porque se trata, para nosotros, de una institución nueva, y no debe olvidarse que de esta manera se crearían situaciones de hijos incestuosos y que es realmente contradictorio que, por una parte tratemos de mejorar la situación de esas personas y, por la otra, aumentemos los casos de incesto. Si no se establece el impedimento dirimente entre el propio adoptante y el adoptado, tampoco debemos admitirlo para las demás hipótesis.

El doctor Rayces observa que ya en una de las sesiones en que se trató el punto, manifestó su opinión al respecto; ahora insiste en que se trata de una evidente cuestión de sensibilidad. Su posición está basada en lo que siente, porque los argumentos que se hacen en pro y en contra no son concluyentes. Por eso continúa creyendo que el legislador no debe apañar una inmoralidad tan grande, un ataque al pudor tan visible, como sería el matrimonio entre hijos adoptivos y esposos de los padres o entre hermanos adoptivos entre sí.

El doctor Spota dice que, en general, concuerda con la manera de pensar del doctor Rayces, pues también siente la necesidad de una prohibición en la materia. Agrega que, sin embargo, no auspiciaría un sistema tan rígido, sino que debe contemplarse la situación presentada por el doctor Lafaille, respecto de que se crean categorías de incestuosos. Para evitar este inconveniente, opina que hay que entreabrir

una puerta a estos matrimonios, admitiéndose cuando sean autorizados por los jueces en razón de motivos justificados. Es lo que propuso el doctor Rey en la sesión anterior, cuando se discutía el supuesto del matrimonio entre adoptante y adoptado. Parece que no se debe llegar a ninguno de los dos extremos, sino seguir un camino intermedio que, conforme a la máxima tradicional, sea el más conveniente para que esta institución se afiance.

El doctor Rey dice que cuando se discutía el supuesto del matrimonio entre adoptante y adoptado, hizo la proposición a la cual se ha referido el doctor Spota, sobre la base de que se estableciera una prohibición con un régimen de dispensa por el juez, contemplando los casos de uniones de hecho. Pero no se puede desconocer que esa solución ofrece el grave inconveniente de ser un premio para el individuo que obra al margen de la ley; se llegaría a la teoría actual de los hechos consumados. Como ese criterio no fué aceptado, cree que, por razones de lógica y por existir en este caso las mismas razones que en aquél, debe seguirse la misma conducta y no aceptar dicha proposición.

La votación sobre el punto discutido arroja un empate, votando los doctores Lafaille y Saravia en el sentido de no admitir otro impedimento que el meramente prohibitivo entre adoptante y adoptado. Los doctores Rayces y Spota votan en sentido contrario, a fin de que se establezcan impedimentos, aparte del ya aprobado entre adoptante y adoptado.

En consecuencia se posterga el Punto 1º del Orden del Día.

PUNTO 2º — El doctor Lafaille indica que la moción, originada en el curso del debate en el sentido de considerar la pluralidad de las adopciones se refiere a las sucesivas, y no a las simultáneas, admisibles éstas, dado que existirá contralor por parte de los jueces. Las que realizan aquellas personas que ya tienen un hijo adoptivo, no parecen muy convenientes. Si el adoptado en segundo término es de distinto sexo, podría provocar la misma situación difícil que se trataba de resolver al discutir el punto anterior. Las adopciones sucesivas, no sólo crean vínculos fraternales entre los adoptados, sino que en cualquiera de los dos sexos da lugar a casos de discordia, porque, si bien el vínculo de la sangre impide que los hermanos sientan antipatía entre ellos, en la

Adopciones sucesivas.

adopción no existe tal vínculo. Por eso, en principio, habría que prohibirlas o, por lo menos, dificultarlas estableciendo una cortapisa seria. El proyecto, por el solo hecho de guardar silencio al respecto, no prohíbe esta clase de adopciones. Ahora se han corregido en parte los inconvenientes de ellas, con la ingerencia que se da a los jueces y que en el Proyecto no aparece consagrada de una manera expresa. Si ello bastara, se podría dejar constancia de esto, porque realmente pudiera ser un motivo que el juez tendría en cuenta para oponerse a una segunda adopción.

El doctor Saravia dice que no percibe una razón fundamental para que se prohíba la adopción sucesiva. Así como un padre puede tener sucesivamente varios hijos, así también, en esta "*imitatio naturae*", debiera permitirse la adopción de dos o más personas. Con ello se favorece y consulta los sentimientos generosos que están en la raíz de la institución. En el supuesto de que una persona quisiese adoptar sucesivamente una cantidad tal de personas que excediera sus posibilidades de carácter económico y las que aseguren las condiciones del mejor ambiente moral, interveniría el juez para impedirlo. Ya se sabe que uno de los requisitos para la adopción es que concurren "*justos motivos*".

El doctor Spota señala la inconveniencia de establecer un principio rígido. Considera que una prohibición absoluta impediría que un padre cumpliera con un deber de conciencia o piadoso, dándole a su hijo natural o adulterino la calidad siempre muy superior —ya que equivale a hijo legítimo— de adoptivo. Cree, entonces, que es el juez quien debe decidir si existen o no justos motivos para que las posteriores adopciones puedan verificarse. Por eso, entiende que no debe seguirse, en la materia, el sistema del nuevo Código Civil italiano, el cual, lisa y llanamente, prohíbe las adopciones sucesivas.

El doctor Lafaille dice que si en el orden normal de la generación se producen los hijos sucesivamente, en el orden de la familia adoptiva la simultaneidad es lo admisible y la sucesión lo peligroso. Supongamos que el hijo adoptivo cayera en demencia o que por cualquier otra circunstancia no satisficiera el anhelo o la ambición de los padres, entonces el

juez podría considerar el caso para permitir una segunda adopción. Aquí habían de constar dichas razones, y no como se hace en la primera vez, en que el juez se las reserva.

El doctor Rey expresa que quizá no haya inconveniente en permitir la adopción sucesiva con una restricción a los jueces en este sentido. Como la primera adopción ha sido aceptada teniendo en cuenta que era beneficiosa para el adoptado, como ya se ha establecido que los jueces la permitirán siempre que existan razones fundadas, se puede exigir que se aceptara la segunda adopción, si es beneficiosa para el que se va a adoptar y no perjudica al ya adoptado. En el supuesto de que el adoptante no dispusiese de los medios necesarios para darle una buena educación, carrera y demás comodidades al nuevo hijo adoptivo, como esta segunda adopción vendría a privar al otro de los beneficios que se tuvieron en cuenta para aprobar la primera, no debería ser permitida la adopción sucesiva.

El doctor Lafaille, refiriéndose a lo dicho por el doctor Rey, considera que el juez tendrá siempre en cuenta el interés del nuevo adoptado y el de los adoptados anteriores; y que en todo supuesto —como ya se dijo— deben concurrir motivos fundados que se expresen positivamente.

Se resuelve que deben exigirse motivos fundados para autorizar la adopción sucesiva, motivos que se harán constar en la resolución judicial que la autorice.

Régimen sucesorio.
Aspecto fiscal.

El doctor Rayces insiste en su moción, tratada en la reunión anterior estando él ausente, tendiente a evitar los fraudes contra el Fisco en las transmisiones, *mortis causa*.

Sus puntos de vista, dice, son los siguientes: la facultad impositiva con motivo de las transmisiones gratuitas de los bienes, corresponde a las provincias en que éstos están situados; pero toda imposición tiene un principio que la funda y legítima: las provincias no pueden crear impuestos arbitrarios; éstos serían inconstitucionales. Ahora bien: si el Código Civil estableciera que los hijos adoptivos gozan de los mismos derechos hereditarios que los hijos legítimos, sería discutible el poder de las provincias para consagrar alguna desigualdad entre unos y otros en materia de imposición fiscal por transmisión *mortis causa*. No faltaría quien sostuviera que esa desigualdad es arbitraria e irrazonable, y por consiguientemente

te inconstitucional. Sin embargo, fácilmente se alcanza que la consagración de una desigualdad es indispensable para evitar la evasión del impuesto, en casos como el siguiente: una persona, sintiéndose próxima a la muerte, se propone otorgar testamento instituyendo por heredero a un extraño o pariente lejano; mas apercibido del fuerte impuesto con que está gravada esa transmisión, adopta como hijo al inminente beneficiario. Para hipótesis como esa, es bien justo que la ley impositiva considere como extraño al hijo adoptivo, cuando la muerte del adoptante ha ocurrido en una fecha próxima (uno o dos años, por ejemplo), de aquella en que tuvo lugar la adopción. Naturalmente que esa sería una norma o medida de naturaleza esencialmente fiscal, en la que nada tiene que ver el Código Civil; pero el problema que le preocupa, es del resorte de la ley común, a saber: que la asimilación del hijo adoptivo al hijo natural en cuanto a los derechos hereditarios, no puede esgrimirse como un argumento demostrativo de la irrazonabilidad de un gravamen desigual. Este peligro se evitaría si el Código hiciera la salvedad expresa de que aquella asimilación es sin perjuicio de las facultades impositivas de las provincias.

El doctor Lafaille entiende que la cuestión es extraña al Código Civil, porque está fuera de su órbita tratar de impuestos; no le corresponde, pues, privar a las provincias de ese derecho. Piensa, sin embargo, que si una ley local estableciera gravámenes diferentes para el hijo adoptivo y para el legítimo, podría sostenerse la inconstitucionalidad de la misma.

El doctor Rey indica que se ha aceptado ya un texto que permite evitar las evasiones de impuesto, aprovechando en esta materia, en que no tenemos experiencia nacional, la extranjera. Francia ha sido uno de los países donde más casos de evasión fiscal se han producido valiéndose de la adopción, inconvenientes que lo experimentaron desde el Código Napoleón hasta que en 1924 se dictó la nueva ley. En más de un siglo de experiencia han considerado que la mejor manera de evitar esas evasiones era, exigiendo que los jueces, antes de aprobar la adopción, comprobasen la existencia de justos motivos, norma que ha sido establecida en el Proyecto por esta Sección. "Justos motivos" son palabras que le permitirán al juez, con buen sentido y perspicacia, no homo-

logar ciertas adopciones que, a su juicio, respondan a propósitos de evasión fiscal. En Francia no se ha creído conveniente, pudiendo hacerlo con más facilidad que nosotros, establecer en el Código Civil esa disposición que podría ser de orden fiscal, porque con esas dos palabras se solucionaba el problema.

El doctor Rayces hace notar que el Código Civil está lleno de disposiciones pertenecientes al derecho administrativo, fiscal, etc. Sin embargo, ante la resolución ya adoptada, no insiste en su moción.

Parentesco. Distinción entre el legítimo e ilegítimo. (Art. 481).

Orden del Día para la sesión siguiente. — ARTÍCULO 481. — El doctor Spota expresa que formulará una moción relacionada con el conjunto de disposiciones que reglan el parentesco. Parece que es más conforme en la lógica jurídica hablar, como lo hacen algunos códigos (v. gr., artículos 72-75, libro I, Código Civil italiano vigente), de los parientes, sin hacer distinción entre legítimos e ilegítimos, distinción que sólo se establecerá en cada caso que se crea indispensable, para los alimentos, derechos sucesorios, etc. No se debe precisar tanto que se llegue a separar completamente la familia legítima de la ilegítima, porque ha dado lugar a muchas cuestiones en materia de derecho sucesorio y porque, en lo que respecta a alimentos y a muchas de las disposiciones de este Código, el parentesco es un concepto que tanto se puede aplicar a la familia legítima como a la natural. De ahí que proponga que se regle el parentesco con un alcance general, sin distinguir entre ambas familias.

En consecuencia, se resuelve plantear como Punto 1º la observación general del doctor Spota al título en conjunto, en el sentido de no establecer distinción entre parientes legítimos e ilegítimos, sino referirse genéricamente al parentesco, sin perjuicio de establecer esa diferencia en cada caso concreto.

Cómputo. Autor común. (Art. 481).

El doctor Spota formula una segunda observación de carácter aclaratorio. No parece que resulte, agrega, sin que dé lugar a hesitaciones, que al contar los grados de parentesco no se deba computar al autor común. El Proyecto hace referencia a las generaciones. En este sentido, Bibiloni dice que cada nacimiento es una generación, pero el padre a su

vez ha nacido de otra persona. Algún Código tiene el cuidado de estatuir que no se cuenta al autor común.

El doctor Lafaille indica que el artículo habla de generaciones y parece que las generaciones excluyen al autor común. El parentesco siempre se remonta al autor común.

El doctor Spota no insiste en su observación aclaratoria.

ARTÍCULO 482. — El doctor Spota considera que en este artículo no se establece que el vínculo de la afinidad subsiste si el matrimonio es declarado nulo. A su juicio, no debe subsistir el vínculo existiendo nulidad del matrimonio, y ello debe preverse expresamente, evitándose que surjan las cuestiones planteadas en la doctrina, por ejemplo, en la francesa.

El doctor Lafaille expresa que el matrimonio nulo no produce más efecto que el acordado al matrimonio putativo, según el art. 395; que la sección ha extendido a todos los supuestos, aunque no haya buena fe, pero son de carácter excepcional, como que derogan los principios generales.

Se resuelve plantear como punto del Orden del Día la sugestión del doctor Spota, respecto al art. 482, para que se estudie la conveniencia de establecer una disposición en cuya virtud el vínculo cesa con la nulidad del matrimonio.

ARTÍCULO 483. — El doctor Spota dice que, de acuerdo con su moción respecto del concepto de parentesco, considera que debe suprimirse el art. 483.

El doctor Lafaille manifiesta que la trascendencia de la moción del doctor Spota es que asimila demasiado la familia legítima con la ilegítima. En el Proyecto, los parientes ilegítimos disfrutan a veces de este beneficio, pero en forma excepcional. Sin dejar de reconocer determinados derechos a la familia ilegítima, es forzoso limitarlos.

El doctor Spota observa que su ponencia no tiene otro objeto que suprimir una norma demasiado general, muchas veces derogada por el propio Proyecto. Además, podría tal norma dar pábulo a interpretaciones restrictivas y en detrimento de los parientes naturales. Conviene suprimir el enunciado general, sin perjuicio de que se indique, en cada caso, cuáles son los derechos de la familia natural y, también, de los adulterinos e incestuosos, cosa que, por lo demás, hace el mismo Proyecto.

Vínculo de afinidad. Caso de matrimonio nulo. (Art. 482).

Parentesco ilegítimo. Supresión del enunciado general. (Art. 483).

Queda planteada para ser examinada dicha indicación del doctor Spota.

Alimentos. Recursos del alimentante. (Art. 484, inc. 1°).

ARTÍCULO 484, INCISO 1°— El doctor Spota observa que se ha omitido tener en cuenta los medios del que presta alimentos. Los alimentos, en efecto, no sólo se deben en la medida adecuada de quien los recibe, sino también de conformidad a las posibilidades de quien los presta. Es el sistema de todos los códigos: francés (art. 208); mejicano (art. 484); italiano (art. 432); brasileño (art. 400), etc.; de lo contrario, parece que el juez sólo debe tener en cuenta el estado de quien los recibe y no también de quien los debe dar.

Se resuelve plantear como punto del Orden del Día la observación del doctor Spota.

Obligación. Alimentos entre hermanos. (Art. 484, inc. 3°).

INCISO 3°— El doctor Spota indica que será conveniente estudiar la prestación de alimentos entre hermanos. El Código de Vélez Sársfield la establece siguiendo un criterio amplio y generoso; *prima facie*, debe tenderse a mantener ese sistema. Pero, a veces, puede pensarse si esa obligación de prestar alimentos no importaría una carga para el hermano que tiene su familia que mantener. Si bien el proyecto prevé el caso, se debería ser más riguroso en esta situación. Además, debe tenerse en cuenta que el sistema general que predomina es negar alimentos entre hermanos; otros, como el implantado en el nuevo Código Civil italiano (art. 433), lo restringen a lo estrictamente indispensable, salvo si el hermano fuere menor, en cuyo caso debe solventar todos los gastos de alimento, asistencia, educación, etc. Conviene, pues, examinar esta situación con el fin de que nunca la prestación de alimentos al hermano pueda ser causa de no atender debidamente la misma obligación con respecto a los hijos y cónyuge. Bien entendido que la indicación no importa ir en contra del generoso principio de la ley civil vigente y, por ende, del Proyecto.

Se resuelve incluir en el Orden del Día la indicación de referencia.

Hijos naturales. Derechos de la madre durante la gestación. (Art. 484, inc. 5°).

INCISO 5°— El doctor Spota propone que se adopte el sistema del Código Civil alemán, contenido en los párrafos 1710 y 1716, que prevén toda una sistematización distinta para los hijos naturales que para los legítimos y tienen en cuenta los derechos de la madre en el período de la gesta-

ción. Estas normas, adaptándolas, podrían agregarse al inc. 5° del art. 484.

Se resuelve incluir en el Orden del Día la indicación del doctor Spota.

Respecto del mismo inc. 5° del art. 484, el doctor Spota plantea la extensión de la obligación de prestar alimentos a los hijos ilegítimos de los naturales. El sistema del Proyecto parece demasiado duro; hay códigos (v. gr., el Código Civil italiano, art. 429) que están inspirados en un concepto de familia muy rígido y que, sin embargo, para esos descendientes, sino les otorgan alimentos congrues, por lo menos les acuerdan los más necesarios.

Se decide incluir en el Orden del Día la sugestión del doctor Spota.

INCISO 6° — El doctor Spota dice que, leyendo lo que manifiesta el doctor Bibiloni al respecto, ha pensado si con la muerte del hijo sin descendencia debe desaparecer la vinculación por afinidad y, por ende, la prestación alimentaria, salvo en la medida estrictamente necesaria. El sistema de casi todas las leyes es radical al negar todo alimento y vinculación de parentesco. Por ello, hace indicación en el sentido de que se estudie si conviene mantener este sistema o si es más ventajoso el propiciado por Bibiloni en el Anteproyecto. Pueden plantearse otros casos también un poco repugnantes, como el de la nuera que, muerto el hijo, lleva vida disipada, desarreglada y a pesar de todo eso los alimentos se deben, porque aquí la ley no autoriza a alegar la causa que hizo caer a la nuera en el estado de necesidad. Además, en el caso de que contraiga nuevo matrimonio, suponiendo que el esposo y otros parientes no estén en condiciones de subvenir a las necesidades, no parece conveniente mantener esa obligación alimentaria y hasta el mismo vínculo debería desaparecer.

INCISO 7° — El doctor Spota dice que un problema fundamental es el de asegurar la prestación alimentaria ya que en nuestra ley penal no existe configurado como delito el abandono de los deberes familiares. Los códigos, en general, se preocupan de proteger a los alimentistas y elevan a la categoría de delito esta omisión. Si tal figura criminosa exis-

Hijos ilegítimos de los naturales. (Art. 484, inc. 5°).

Fallecimiento del hijo sin descendencia. (Art. 484, inc. 6°).

Prestación alimentaria. Medidas para asegurarla. (Art. 484, inc. 7°).

tiera, la posible sanción penal sería el medio más eficaz para asegurar los alimentos.

El doctor Lafaille, señala que la omisión de pasar alimentos entre esposos es causal de divorcio y entre padres e hijos determina la pérdida de la patria potestad. Dicha prestación, en muchos países, sobre todo en el nuestro, está asegurada de una manera tan eficaz para quien la solicita, que más bien está indefenso el que la debe cumplir. Se ha hablado, entre nosotros, hasta de la inconstitucionalidad del Código de Procedimientos de la Capital.

El doctor Spota indica que la pérdida de la patria potestad y el divorcio son sanciones justas, pero otro es el problema planteado, o sea, si se debe asegurar o no la prestación de alimentos. Así, algunos códigos establecen (art. 317, Código Civil mejicano), que el juez exija la constitución de un gravamen hipotecario, prenda, fianza, etc., a fin de que no sea lírica la sentencia que se obtenga en contra del que debe los alimentos.

Queda planteada como punto del Orden del Día la indicación del doctor Spota.

El doctor Spota observa que el otro problema es el de aclarar cuándo surge la obligación y cómo debe ésta cumplirse: si por trimestres adelantados, etc.

El doctor Lafaille, indica que ello es más bien de derecho procesal. Los códigos respectivos dicen que surge desde el día de la demanda y los jueces fijan las pensiones por adelantado con referencia a esa fecha. El problema radica en si conviene establecer esos principios en la ley de fondo, o sea, desde cuando correrá la prestación alimentaria.

Se resuelve considerar si la forma de correr la prestación alimentaria y el carácter anticipado de las cuotas, deben o no surgir de la ley civil.

ARTÍCULO 486. — El doctor Spota dice que puede acaecer que un individuo abandonado sea asistido por un extraño o por los poderes públicos. Si después se localiza a los parientes, ¿hay derecho de repetición?, ¿cabría una solución como la del art. 330 del Código Civil suizo?

El doctor Lafaille contesta que la situación de los menores

Prestación alimentaria. Comienzo. Forma de cumplimiento.

Derechos del extraño que presta alimentos. Derecho de repetición. (Art. 486).

abandonados, que está determinada en la Ley 10.903, se contempla más adelante cuando se los somete a la protección del Estado, al Patronato Nacional.

Se resuelve considerar en la reunión próxima la indicación formulada.

ARTÍCULO 488. — El doctor Spota dice que, en el supuesto de que lleve quien recibe los alimentos vida desarreglada, vida poco moral, tales alimentos deben reducirse a lo estrictamente necesario, y hasta, en casos graves, suprimirse. Aún más: la causal probada sumariamente es motivo bastante para que no prospere, en casos graves, la acción por alimentos.

El doctor Lafaille señala que el inc. 2° del art. 484 prevé el caso. Es evidente que si una mujer se da a la prostitución, y llega un momento en que ésta no le rinde lo que al principio le era suficiente, no podrá obtener alimentos.

El doctor Spota observa que en la jurisprudencia francesa algunos fallos parten de la base de que no se les debe preguntar, a quien solicita los alimentos, nada sobre la causa que los hizo caer en el estado de necesidad.

Se resuelve analizar en la reunión próxima la indicación de referencia.

ARTÍCULO 489. — El doctor Spota pregunta si entre alimentante y alimentario, demostrada la falta de derecho para pedir alimentos, podría haber o no derecho a repetición. Si no hay derecho a ello, en ese caso, sería inútil la parte final del artículo. Basado en ello, pide su supresión.

ARTÍCULO 490, INCISO 1° — El doctor Spota formula, respecto al inciso 1° del art. 490, indicación para que se considere la conveniencia de establecer que renace la obligación de los alimentos respecto a los hijos menores, cuando ellos se reintegran al hogar.

El mismo, propone que, en dicho inciso, se limite la prestación alimentaria a lo estrictamente necesario, en cualquiera de los dos supuestos contemplados por el inciso, cuando hubieren cesado los motivos que determinaron lo dispuesto.

INCISO 2° — El doctor Spota pregunta si el problema de la prestación de alimentos está aquí contemplado. Existe, agrega, una jurisprudencia reciente que exige a la esposa haber ini-

Prestación alimentaria. Reducción y supresión (Art. 488).

Falta de derechos a alimentos. Repetición. (Art. 489).

Hijos reintegrados al hogar. (Art. 490, inc. 1°).

Prestación alimentaria. Limitación. (Art. 490, inc. 1°).

Esposa separada de hecho. (Art. 490, inc. 2°).

ciado acción de divorcio para pedir alimentos. Convendría establecer que la esposa que vive separada de hecho puede deducir la acción de alimentos, sin cumplir con ese pretendido requisito legal.

Queda planteada la cuestión.

Parentesco. Distinción entre el legítimo e ilegítimo.

Orden del Día para la sesión siguiente.— PUNTO 1º— Indicación del doctor Spota sobre el título en conjunto, en el sentido de no hacer distinción entre los parientes legítimos e ilegítimos, sino referirse, genéricamente, al parentesco, sin perjuicio de establecer esa diferencia en cada caso concreto.

Vínculo de afinidad. Caso de matrimonio nulo. (Art. 482).

PUNTO 2º— Respecto al art. 482, el doctor Spota sugiere la conveniencia de establecer que el vínculo de afinidad cesaría con la nulidad del matrimonio.

Parentesco ilegítimo. Supresión del enunciado general. (Art. 483).

PUNTO 3º— Indicación del doctor Spota para que se suprima el art. 483, de acuerdo con lo sustentado respecto al concepto de parentesco.

Alimentos. Recursos del alimentante. (Art. 484, inc. 1º).

PUNTO 4º— Observación del doctor Spota, respecto al inciso 1º del art. 484, para que se consigne en su texto que deben tenerse en cuenta también los recursos del que presta los alimentos.

Obligación alimentaria entre hermanos. (Art. 484, inc. 3º).

PUNTO 5º— Indicación del doctor Spota, respecto al inc. 3º del art. 484, para que se considere la prestación de alimentos entre hermanos, sea para suprimirla como obligación, sea para limitarla al caso de tratarse de hermanos menores de edad o en la medida de lo estrictamente necesario en los demás supuestos.

Hijos naturales. Derechos de la madre durante la gestación. (Art. 484, inc. 5º).

PUNTO 6º— Indicación del doctor Spota para que las disposiciones contenidas en el inc. 5º del art. 484 sean reglamentadas conforme a las normas contenidas en los arts. 1710-16 del Código Civil alemán.

Hijos ilegítimos de los naturales. (Art. 484, inc. 5º).

PUNTO 7º— Sugestión del doctor Spota para que se modifique el inc. 5º del art. 484, extendiendo la obligación alimentaria a los hijos ilegítimos de los hijos ilegítimos, aunque se la limite a lo estrictamente necesario. Agrega que su moción sólo se refiere a los naturales.

Fallecimiento del hijo sin descendencia. (Art. 484, inc. 6º).

PUNTO 8º— Indicación del doctor Spota, con referencia al inc. 6º del art. 484, para que se considere si conviene adoptar, en reemplazo de su texto, el del anteproyecto de Bibiloni.

PUNTO 9° — Indicación del doctor Spota, con respecto a la manera de garantizar la efectividad del cumplimiento de la prestación alimentaria, para que se examine si convendría autorizar en determinados casos a los jueces para exigir una garantía o la constitución de una renta.

Prestación alimentaria. Medidas para asegurarla. (Art. 484, inc. 7°).

PUNTO 10° — Indicación del doctor Spota para que se aclare en el art. 486 la situación del extraño que hubiere prestado alimentos, a los efectos de la repetición de los mismos y también el supuesto en que hubieren sido anticipados por el erario público, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 330 del Código Civil suizo.

Derechos del extraño que presta alimentos. Derecho de repetición. (Art. 486).

PUNTO 11° — Indicación del doctor Spota, respecto al artículo 488, para que se considere si el caso de inconducta o vida desarreglada por parte del que recibe los alimentos, puede ser motivo para reducirlos o suprimirlos.

Prestación alimentaria. Reducción y supresión. (Art. 488).

PUNTO 12° — Indicación del doctor Spota sobre la conveniencia de suprimir la parte final del art. 489, en razón de que no habría derecho a la repetición.

Falta de derechos a alimentos. Repetición. (Art. 489).

PUNTO 13° — Sugestión del doctor Spota, respecto al inc. 1° del art. 490, para que se estudie la conveniencia de establecer que renace la obligación para los hijos menores, cuando ellos se reintegran al hogar.

Hijos reintegrados al hogar. (Art. 490, inc. 1°).

PUNTO 14° — Respecto al inc. 1° del art. 490, el doctor Spota hace indicación en el sentido de limitar la prestación alimentaria a lo estrictamente necesario en cualquiera de los dos supuestos contemplados por el inc. 1°, cuando hubieren cesado los motivos que determinaron la disposición.

Prestación alimentaria. Limitación. (Art. 490, inc. 1°).

PUNTO 15° — Moción del doctor Spota para considerar, con respecto al art. 484, inc. 3° *in fine*, la situación que se presenta cuando la esposa solicita alimentos sin mediar juicio de divorcio.

Alimentos. Pedido de esposa sin mediar juicio de divorcio. (Art. 484, inc. 3°, *in fine*).

REUNION N° 81

—Buenos Aires, trece de julio de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Ricardo E. Rey y José Manuel Saravia.

ORDEN DEL DIA

Parentesco. Distinción entre el legítimo e ilegítimo.

PUNTO 1° — El doctor Spota señala que se va a referir, previamente, a la razón de su ponencia. Insiste, en esta sesión, en que, con la proposición que formula, no pretende que se modifique el sistema de la ley vigente ni del proyecto, sino que más bien hace una observación de método, de arquitectura jurídica. Quizá ella tenga alguna consecuencia en la parte de interpretación; no lo niega, pero si esa amplitud de interpretación ofrece inconvenientes, también las ventajas serán dignas de tenerse en consideración, evitándose, así, esas decisiones jurisprudenciales, como en materia de sucesión del nieto natural, que hoy por hoy marcan una verdadera anarquía en los fallos de todos los Tribunales. Repite que, al proponer que el modo de contar los grados de parentesco rija tanto para la familia legítima como para la natural, no es que pretenda con ello atentar contra el principio básico de que existe una separación, más o menos nítida, entre la familia legítima, o por lo menos la que deriva de un matrimonio válido o putativo, y la que surge de la unión fuera de matrimonio. A su juicio, la base de la ley es esa sin necesidad de decirlo, porque se desprende de muchos de sus preceptos. Si fuera aceptada la moción, importaría la ventaja de concordar el proyecto con las más modernas orientaciones, razón que es en realidad de poco peso, pero tiene además esta otra gran ventaja: la del orden lógico, porque los grados de parentesco tanto valen para la familia legítima como para la ilegítima, tanto el hijo natural debe estar con relación a su padre en primer grado, como el hijo legítimo con respecto a su progenitor. Entonces, esa distinción sufre un tanto con respecto a la noción lógica de parentesco sin distingo. Una norma tan cerrada llegaría, además, a soluciones injustas si fuera mal interpretada. Cierta

es que, en cada caso particular, es decir, al examinar las sucesivas disposiciones del proyecto, se verá cuál es la solución más conveniente, sea en materia de derecho sucesorio, sea en lo que atañe a alimentos. Pero, ¿por qué no dejar de lado ese principio tan general, evitándose, así, una declaración doctrinaria? ¿Por qué no seguir al Código Civil suizo y al italiano, evitándose esa especie de compartimento estanco que nos viene del Código de Vélez Sársfield y que, en la forma absoluta en que se ha enunciado en nuestra ley, ni siquiera comparte un Código antiguo como el francés o más moderno como el alemán? ¿Por qué persistir en las ya anticuadas ideas del autor del “Esbozo”, fuente de la ley que nos rige, sin razón fundamental para ello? En resumen, insiste en que no trae con esta moción una cuestión de fondo; está de acuerdo con el principio del Proyecto y del Código; pero sí señala que, desde el punto de vista lógico, la noción de los grados para contar el parentesco tanto se aplica a la familia legítima como a la natural. Si hay un principio verdaderamente preceptivo, sería el que separa netamente la familia ilegítima de la legítima; eso, sin embargo, es demasiado general, porque el legislador a menudo deroga tal principio, no en el sentido de que asimila en una a ambas familias, sino que acuerda determinados beneficios de los parientes legítimos a los ilegítimos. Por fin, si bien es cierto que, en cada caso podría preverse por el legislador qué es lo que se le concede a los parientes naturales dentro de la familia legítima, no debe olvidarse que mantener un principio rígido, una norma de contextura cerrada, importaría, quizá, alguna injusticia en aquellos supuestos no previsibles ni imaginables que la gama de los hechos puede ofrecer. Buena política legislativa y mejor técnica jurídica es la de eliminar los preceptos doctrinarios; y ello es imprescindible cuando tales declaraciones, propias del libro de enseñanza, pueden ser mañana fuente de soluciones reñidas con el mismo fin de la ley, desde que el Juez debería seguir una estrictísima interpretación.

El doctor Lafaille observa que todos están de acuerdo en establecer una separación entre esas dos familias; es una cuestión fundamental. Encuentra una parte de razón en lo que manifiesta el doctor Spota, y en ella lo apoya, pero en la otra no está de acuerdo. Los argumentos que se fundan en el peli-

gro de que no se reconozcan derechos hereditarios a los parientes ilegítimos, no subsistirían, si se aprobara el Proyecto, porque éste contiene preceptos bien claros, como el art. 2008. No ve inconveniente para que se establezca, en el título general que gobierna el parentesco, la separación entre la familia legítima y la ilegítima desde que no solamente se admite el principio sino la consecuencia más grave: que entre esos dos grupos no hay parentesco ni sucesión, salvo el caso del hijo natural que viene a entrar en concurrencia con el legítimo y el cónyuge. Si es así, no ve más que un punto en que procede una modificación: no obstante regir los grados de parentesco, mencionados en el primer artículo, también para el ilegítimo, ello no se dice expresamente. Se puede salvar eso, no en la forma que propone el doctor Spota, sino de una manera más sencilla, con agregar al art. 483 una frase en que conste que el art. 481, en lo que se refiere a los grados y clases de parentesco, es aplicable a los ilegítimos. No se opone a que se hable de parientes ilegítimos con los mismos grados y situación que los legítimos en cuanto a la forma de computar los grados y también a la consanguinidad, excluyendo en absoluto la afinidad.

El doctor Spota observa que más bien debería emplearse otro término que no fuese el de “ilegítimos”. Que se hable de “naturales”, como lo dice el Código Civil italiano, porque los adulterinos o incestuosos, una vez reconocidos, tienen los derechos de los legítimos o, a lo menos, de los naturales (artículos 472 y 473 del Proyecto). Sólo, pues, debe hablarse de familia legítima y natural.

El doctor Lafaille observa que, con el fin de evitar esa palabra —“ilegítimos”—, se emplearía un término más específico que el otro, que es más genérico. No se ha encontrado otro vocablo que comprenda a los naturales, adulterinos e incestuosos, fuera del de “ilegítimos” y si se habla de naturales se deja de lado a los demás. Con el sistema del doctor Spota se crearía, pues, un inconveniente técnico y la posibilidad de las herencias entre legítimos e ilegítimos. Con el Proyecto se sabe perfectamente que hay dos familias diferenciadas, salvo cuando la ley establece lo contrario.

El doctor Spota expresa que siempre perduraría, con su moción, el distingo entre parientes legítimos y naturales. Los

adulterinos o incestuosos se asimilan a unos u otros, como el mismo Proyecto lo entiende.

El doctor Rey expresa que para resolver la proposición del doctor Spota, es interesante saber qué finalidad persiguen las disposiciones de los artículos 365 y 366 del Código actual. En el anteproyecto de Freitas, de donde los tomó Vélez Sársfield, hay una nota que explica cuál es la idea del autor. Además, comparando la disposición del Código Civil y reuniéndola con el art. 369, que establece entre qué parientes ilegítimos existe la obligación de los alimentos, encuentra que la disposición del art. 365 es la que caracteriza netamente la distinción de las dos familias en el Código Civil y suprimirla equivaldría a dar pie a que se entendiera que se suprime el distingo entre ellas. Así, Bibiloni se abstuvo de suprimir dicho artículo, y, al contrario, lo reprodujo. Dentro de nuestro derecho, no se puede negar la existencia de la familia legítima, pero sus derechos deben ser enumerados taxativamente.

El doctor Lafaille indica que, por su parte, llega hasta considerar que los parientes ilegítimos tienen algo más que “ciertos” derechos. Estas familias, dentro de su ilegitimidad, tiene los derechos inherentes al concepto de “familia”. Esas disposiciones restrictivas son las que movieron recientemente a la Corte de la provincia de Buenos Aires a declarar que, como no estaba taxativamente indicado entre esos derechos, el de sucesión, no se heredaban los hermanos naturales; y no ve, por su parte, el motivo para que se les excluya. Añade que el doctor Rey va en la oposición mucho más lejos que él. A su criterio, basta con agregar al art. 483, como ya manifestó anteriormente, un párrafo en cuya virtud se aplicará a los parientes ilegítimos lo dispuesto en la parte final del art. 481, en lo que concierne al parentesco por consanguinidad.

El doctor Saravia considera también que hay que mantener la disposición del art. 481, porque, además de existir en ella una enumeración de grados, contiene una definición que no es meramente doctrinaria sino preceptiva. Debe perdurar, de manera clara, la distinción substancial entre el parentesco legítimo y el ilegítimo, con todas las caracterizaciones que sean necesarias. Adhiere a la indicación del doctor Lafaille, porque parece que, dentro del art. 483, no están enumerados los grados. Además, considera necesario complementar la disposición

del art. 481, porque a la definición que formula, falta algo: la indicación del matrimonio legítimo, como fuente del parentesco legítimo. Habría que agregar al inciso 1°, después de “autor común”, “... y de legítimo matrimonio”.

Se acepta la indicación del doctor Saravia para que en el inciso 1° del art. 481 se agregue al final: “... y de legítimo matrimonio”.

Se acepta la indicación del doctor Lafaille, formulada durante el debate, para que en el art. 483 se agregue una referencia al art. 481, parte final, en cuya virtud se aplicará lo dispuesto en el art. 483 a los parientes por consanguinidad.

El doctor Spota dice que, de la votación, surge que sólo la primera parte de su moción tuvo acogida favorable pero, con respecto al punto más grave, acerca del cual no ha prosperado su ponencia, quiere formular una pregunta. ¿El principio de la absoluta separación de las dos familias implicará que, taxativamente, hay que acordar, en cada caso, a los parientes naturales o ilegítimos los derechos correspondientes? Dentro de la familia ilegítima, ¿el derecho sucesorio y el de parentesco se aplican?

El doctor Lafaille se refiere a lo dicho por el doctor Rey, indicando que no comparte el criterio rígido por él expresado, pues tanto valdría aceptar el texto actual y el de Freitas, que Bibiloni no mantenía. Por el contrario, considera que, una vez establecido el parentesco ilegítimo, caben los mismos grados en la consanguinidad, y no habría motivo para no extender los derechos y deberes del parentesco a estas personas dentro de esa esfera ilegítima.

El doctor Spota pregunta: ¿y cuando se le acuerdan ciertos derechos que repercuten sobre la familia legítima?

El doctor Lafaille contesta que entre la familia legítima e ilegítima no hay más vinculación que la taxativamente fijada por la ley. Sobre esto, hay una cuestión de orden social, fundada en nuestras costumbres: se trata de dos familias que no se admiten la una a la otra; existe entre ellas una verdadera incompatibilidad, una cierta oposición, y en casos limitados se introduce un grupo en el otro, como sucede con el hijo natural, cuando concurre con los legítimos y con el viudo o viuda en la sucesión del padre o de la madre.

El doctor Spota observa que nota un peligro en esa interpretación, ya que no es posible tener una imaginación tan fecunda como para prever todas las hipótesis, y, entonces, podría resultar que mañana surgiese una injusticia dentro del Proyecto.

El doctor Lafaille expresa que no puede llamarse injusticia el negar a un hermano natural, no la herencia de su hermano natural —que el Proyecto admite— sino la del hermano legítimo, o viceversa. En el Código actual, el art. 3582, consagra el principio de la separación de ambas familias.

El doctor Rey dice que, con respecto a la pregunta del doctor Spota, se preguntó, a su vez, qué razones puede haber para que se conceda a la familia ilegítima efectos mayores que los que actualmente tiene y si eso no es fomentar la familia ilegítima en contra de la extensión de la legítima.

El doctor Lafaille expresa que existen situaciones de hecho, que no se pueden desconocer y que, desgraciadamente para el país, son muy frecuentes en muchas de sus provincias y también en las ciudades, dentro de las clases obreras. En casi todas ellas el legislador y el intérprete se hallan en presencia de intereses encontrados cada uno de los cuales merece protección. No hay que fomentar las uniones irregulares; pero, una vez producidas, surge una serie de consecuencias que es imposible desconocer y que deben concretarse en vocación hereditaria y prestación de alimentos. Existe en el Orden del Día una iniciativa en el sentido de establecer que hermanos naturales pueden exigirse alimentos entre sí; no ve ningún óbice para admitirlo, sobre todo teniendo presente que esos parientes tan próximos pueden encontrarse en la imposibilidad de regularizar el vínculo, porque los padres han desaparecido. Parece injusto negar a esos hermanos que han vivido juntos, a menudo en la situación de una familia organizada, los derechos sucesorios y que el Estado se incaute de todo el acervo. Como no pueden negarse ciertos efectos del parentesco, si cerramos los ojos ante la familia natural o adulterina, tendríamos que negar muchos impedimentos matrimoniales. El legislador debe tener en cuenta la realidad.

El doctor Rey dice que las normas generales en esta materia son peligrosas. Es preferible prever la solución correspondiente a cada uno de los casos con cierta amplitud, pero

no establecer una norma general que puede prestarse a las más amplias interpretaciones.

El doctor Spota manifiesta que ha escuchado complacido las palabras y conceptos vertidos por el doctor Lafaille, pues ve que aprecia con espíritu amplio el problema que se considera. Estima, así, que debe interpretarse el texto en la forma explicada por el mismo. Por fin, entiende que las observaciones del doctor Rey chocan con este gran principio: ha sido una ilusión la de creer que la moralidad puede ser impuesta por el legislador; a lo sumo podrá poner dique a lo que crea pernicioso; pero, tratar de hacer una familia excelsa no sólo es difícil, sino que se da de bruces con la noción de la formación del derecho como fenómeno social, puesto de relieve, a pesar de sus exageraciones, desde hace tanto tiempo por la escuela histórica del derecho.

El doctor Rey declara que nunca ha pretendido que el legislador pueda modificar las costumbres por ley, pero entiende que, a fuerza de hacer concesiones a la familia ilegítima y a los que viven en el concubinato, se llegará a debilitar a la familia legítima aun más de lo que actualmente está. Este peligro es real y fácil de comprobar en la Capital y provincias, y no sólo entre las familias pobres, sino entre personas de nivel cultural elevado.

Se resuelve dejar constancia de las opiniones vertidas durante el curso de la discusión.

PUNTO 2º— El doctor Spota señala que algún código, v. gr., el Código Civil italiano (art. 76, *in fine*), tiene el cuidado de prever que, tratándose del matrimonio nulo, no hay parentesco por afinidad; es decir, que después de acreditarse la causal que viciaba ese matrimonio, el parentesco por afinidad se declara inexistente. Quizá fuese conveniente aclarar esa situación o, por lo menos, dejar constancia en acta, aunque en realidad prefiere que se aclare en el texto, para evitar posibles interpretaciones discordantes. Este parentesco por afinidad tiene una razón de ser en el matrimonio válido, pero no ve por qué mantener esa especie de parentesco que no surge de la naturaleza, cuando el matrimonio se declaró nulo. A lo sumo, debería preverse, como lo hace el legislador italiano, que el impedimento por afinidad en línea recta subsiste a pesar de la nulidad del matrimonio que creó la afinidad.

Vínculo de afinidad. Caso de matrimonio nulo. (Art. 482).

El doctor Rey considera conveniente prever la situación, porque en Francia se ha discutido mucho, hasta el punto de que hubo soluciones intermedias, y parece que todavía no concuerdan en la interpretación. De manera que la misma discusión que existe entre ellos podría presentarse entre nosotros.

El doctor Lafaille señala que el apartado a), del inc. 1º, del art. 395, establece en cuanto a los cónyuges —con motivo de la nulidad del matrimonio—, la cesación de todos los derechos y deberes emergentes de la unión realizada, salvo el de prestarse alimentos en caso necesario. Parece que, en todo caso, no habrá inconveniente en agregarlo en dicho apartado y no en el art. 483 como se propuso. Sugiere añadir un inciso d) al final del primer apartado del art. 395, que se refiera al parentesco por afinidad.

Se resuelve aceptar la moción del doctor Spota en la forma indicada por el doctor Lafaille.

PUNTO 3º — Queda resuelto ante lo aceptado al discutirse el punto 1º del Orden del Día.

PUNTO 4º — Sin discusión se resuelve aceptar la moción del doctor Spota, quedando el inciso 1º del art. 484 redactado así: “Comprenderá, en la medida adecuada de quien lo preste y quien lo reciba, lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido...”.

PUNTO 5º — El doctor Spota expresa que en la sesión anterior tuvo oportunidad de señalar como muchos códigos niegan la prestación de alimentos entre hermanos (v. gr., art. 328 Código Civil suizo). La doctrina y la jurisprudencia francesa y belga prevén una obligación natural tal, como lo indican diversos autores (Henri De Page, “*Traité élémentaire de droit civil belge*”, Bruselas-París, 1933, t. 1, p. 494, nº 548; Planiol y Ripert, “*Traité pratique de droit civil français*”, t. 2, nº 23; Josserand, “*Cours de droit civil positif français*”, t. 1, nº 1140). Otros como el Código italiano (art. 433), formulan una distinción: los hermanos menores merecen que se les preste educación, asistencia, hasta llegar a la mayor edad; en cambio, con respecto a los hermanos mayores se admite ello, en la medida de lo estrictamente necesario. Códigos existen, como el mejicano (art. 305), que extienden la obligación hasta el 4º grado. Por fin, el código vigente impone la obligación alimenticia entre hermanos. Pero, es de señalar que esa obli-

Parentesco ilegítimo. Supresión del enunciado general. (Art. 483).

Alimentos. Recursos del alimentante. (Art. 484, inc. 1º).

Obligación alimentaria entre hermanos. (Art. 484, inc. 3º).

gación puede, aún sin llegar a los extremos marcados en el segundo apartado del inciso 7º del art. 484 del Proyecto, comprometer el cumplimiento de las obligaciones para con la esposa e hijos. De ahí que, sin proponer que se modifique el texto legal ni el muy generoso sistema aceptado, considera conveniente dejar bien establecido que el Juez debería tener un criterio muy amplio para apreciar si la prestación de alimentos a que se ve obligado un hermano, pone en peligro su sostenimiento y el de su familia.

El doctor Lafaille estima que las críticas hacen más que al fondo de la institución, a nuestras normas procesales, que se prestan a toda clase de abusos. En la Capital, al no permitir la defensa, ni la reforma de la pensión en el juicio sumario, se perjudica gravemente al deudor y hasta se ha llegado a sostener la inconstitucionalidad de las respectivas disposiciones legales. Por ello, el Proyecto estableció en el art. 488 que el trámite para la cesación o modificación de la cuota por alimentos será el mismo que para solicitarlos, es decir, sumario. Este es el remedio y la jurisprudencia lo aplica en parte al autorizar la defensa en forma un tanto extra legal. No participa, en cambio, de la opinión que exime de este deber a los hermanos, porque si bien los vínculos de la familia se han relajado un tanto desde 1871, no se puede negar que todavía está en nuestras costumbres que tales parientes se ayuden entre sí y produce extrañeza la simple imposibilidad de que un hermano estuviese en la indigencia y no fuera socorrido por el otro. Si caben siempre los casos de parasitismos, es preferible correr este riesgo que destruir los sentimientos de familia.

El doctor Saravia dice que es una cuestión de interpretación que debe quedar librada al criterio de los jueces.

Se resuelve mantener el inciso 3º, c), del art. 484, dejándose constancia de lo discutido.

PUNTO 6º — El doctor Spota considera que el código debe prever la situación, no sólo de los hijos naturales, sino también de la madre natural, es decir, proteger a ésta durante el embarazo y obligar al padre a que le preste congrua asistencia. El legislador alemán establecía normas que pueden servir de antecedente para agregarse en este precepto o en uno aparte. Los párrafos 1710 a 1716 del Código Civil de Alemania son

Hijos naturales.
Procedimiento para
obtener alimentos.
Derechos de la madre
durante la gestación.
(Art. 484, inc. 3º, y art. 488).

dignos de tenerse muy en cuenta, sea con respecto a la forma de pago, por trimestres adelantados, de las pensiones, sea en cuanto al procedimiento mismo para fijar los alimentos y tener por acreditado el derecho a pedirlos, entre otras tantas interesantes cuestiones que el legislador alemán prevé.

El doctor Rey dice que el pago por trimestres adelantados será difícil, sobre todo en los casos de obreros cuya situación generalmente no es tan desahogada como para desprenderse de esa cantidad. Si se aceptara una propuesta del mismo doctor Spota que figura también en el Orden del Día, en el sentido de asegurar el pago de los alimentos, no habría necesidad de establecer el pago por trimestres adelantados.

El doctor Lafaille estima que se vendría a crear aquí una situación de favor, ya que si ningún alimentario puede exigir más que un mes adelantado, aquí se reconocería el derecho a un trimestre, con lo cual la familia irregular estaría más protegida que la legítima. Siempre habría necesidad de acreditar el título o sea el derecho de la embarazada, porque si admitiéramos el procedimiento sumarísimo del juicio de alimentos, en el caso de filiación no reconocida, es decir con dos testigos, sería fácil que la mujer en cinta girase contra cualquiera persona de posición, una verdadera "letra de cambio". Bajo muchos aspectos, sería substituir todo el juicio ordinario de filiación natural con todas sus garantías por un procedimiento sumarísimo, donde no se obtendría el reconocimiento pero se sacarían sumas de dinero, sin esperanza de recuperarlas. Agrega que no conoce jurisprudencia que conceda tales alimentos a menos de existir el título previo. Admitiría a lo sumo que en un juicio de filiación, en cierto estado del pleito, aún con todos los peligros del arbitrio judicial, pudiera concederse la prestación alimentaria.

El doctor Spota señala que, en el Uruguay existe todo un Código del Niño recientemente sancionado que protege la filiación natural. Otras leyes, como la de Bélgica de 1908 (De Page, op. cit., t. 1, p. 1014 y ss., n: 1197 y ss.), prevén todo un sistema protector del hijo natural y de su madre, a los efectos de la prestación de alimentos y asistencia, aunque el procedimiento para fijarlos es el común (op. cit., p. 1032, n° 1216, *in fine*). Podría admitirse, si no un procedimiento sumarísimo como es el de alimentos (art. 387, inc. 1° proyecto

de código de procedimientos en materia civil y comercial para la justicia federal, ordinaria de la Capital, etc., año 1938, pág. 83), otro sumario. En él no se perseguiría el reconocimiento de la filiación natural sino la fijación de alimentos. Bastaría probar la existencia del concubinato notorio, o la de relaciones habituales durante el período de la concepción, acordando excepciones perentorias al demandado: la *exceptio plurium* y la inconducta notoria, siguiendo la citada ley belga.

El doctor Lafaille dice que la regla del código francés trasladado al uruguayo —el concubinato notorio— protegería una serie de situaciones que ofrecen peligro. Pero, en realidad, el problema se presenta para quien tiene relación con una mujer sin mediar vida marital. Los que vienen de los Estados Unidos critican la excesiva protección dispensada a la mujer y la evidente inferioridad del hombre con motivo de la ruptura de promesa matrimonial lo que ha producido abusos manifiestos. Peores aún se verían si adoptáramos la regla que se propone.

El doctor Spota expresa que deben contemplarse ambas caras del problema: no permitir, por un lado, el abuso; no exigir, por otra parte, todo un juicio de filiación natural, a fin de que no sufra el hijo natural durante la larga tramitación del juicio. Además, el concubinato notorio no sería la única causal alegable: puede bastar la prueba de las relaciones habituales, o de la seducción y otros casos análogos. Aún más; la noción del concubinato notorio tiende a transformarse en la de relaciones habituales, aún cuando no tengan un carácter de unión estable. Bastaría la existencia de una unión libre y la prueba de la concepción —humanamente apreciada— durante esa unión basada en la existencia de promesas de mutua fidelidad, a pesar de no existir el *faux menage*, cuya interpretación en la doctrina y jurisprudencia francesa y uruguaya ha sido discutida, al considerarse las leyes del 16 de noviembre de 1912 y 5 de setiembre de 1914, dictadas en Francia y Uruguay, respectivamente (sentencia de la Sup. Corte de Justicia del Uruguay, publicada en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Montevideo, 1939, mayo-julio 1939 y nota del profesor José Irureta Goyena [h.] intitulada: “Sobre la noción del concubinato notorio”). En pocas palabras: podría aceptarse el sistema de los arts. 1717, Código

Civil alemán y 314, Código Civil suizo, los cuales sólo hacen referencia a las relaciones sexuales. En consecuencia: si bien para obtener el reconocimiento de la filiación natural, el hijo —o, en su caso, la madre natural— pueden recurrir, en vida del padre, a todo medio de prueba (art. 468 del Proyecto), para conseguir alimentos —en vía, no sumarísima, sino sumaria— correspondería exigir una prueba calificada: la cohabitación y, a su vez, admitir dos excepciones perentorias en favor del demandado: la *exceptio plurium* y la inconducta notoria. La decisión, en esta materia, no haría cosa juzgada, en lo que atañe al problema básico de la filiación natural misma.

Se resuelve postergar el punto en discusión.

Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — (El 6º del anterior. Ver pág. 474).

PUNTO 2º — (El 7º del anterior. Ver pág. 474).

PUNTO 3º — (El 8º del anterior. Ver pág. 474).

PUNTO 4º — (El 9º del anterior. Ver pág. 475).

PUNTO 5º — (El 10º del anterior. Ver pág. 475).

PUNTO 6º — (El 11º del anterior. Ver pág. 475).

PUNTO 7º — (El 12º del anterior. Ver pág. 475).

PUNTO 8º — (El 13º del anterior. Ver pág. 475).

PUNTO 9º — (El 14º del anterior. Ver pág. 475).

PUNTO 10º — (El 15º del anterior. Ver pág. 475).

Hijos naturales. Procedimiento para obtener alimentos. Derechos de la madre durante la gestación. (Art. 484, inc. 5º y art. 488).

Hijos ilegítimos de los naturales. (Art. 484, inc. 5º).

Fallecimiento del hijo sin descendencia. (Art. 484, inc. 6º).

Prestación alimentaria. Medidas para asegurarla. (Art. 484, inc. 7º).

Derechos del extraño que presta alimentos. Derecho de repetición. (Art. 486).

Prestación alimentaria. Reducción y supresión. (Art. 488).

Falta de derechos a alimentos. Repetición. (Art. 489).

Hijos reintegrados al hogar. (Art. 490, inc. 1º).

Prestación alimentaria. Limitación. (Art. 490, inc. 1º).

Alimentos. Pedido de la esposa sin mediar juicio de divorcio. (Art. 484, inc. 3º, in fine).

REUNION N° 82

—Buenos Aires, veinte de julio de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

Hijos naturales.
Procedimiento para
obtener alimentos.
(Art. 484, inc. 5º
y art. 488).

PUNTO 1º — El doctor Spota indica que, durante la discusión de este mismo punto en la sesión anterior, se había llegado a plantear una cuestión capital, como punto previo: ¿cuál sería el procedimiento a seguir para que el hijo natural pudiera obtener los alimentos? Se discutía si debía ser una consecuencia de que prosperase la acción de reconocimiento de la filiación o si se podía aceptar un procedimiento sumario o, por lo menos, sometido a ciertos requisitos, para que esa acción fuese viable; después debía estudiarse la protección a acordar a la madre natural durante el período de la gestación.

El doctor Lafaille expresa que la ponencia del doctor Spota tiende, como éste lo indica, a que los hijos naturales, por un procedimiento rápido que no sea el del juicio ordinario, pudieran obtener alimentos antes de ser reconocidos. Admitiría el mismo que la calidad de hijo natural se pudiera establecer, *prima facie*, por una información o algún otro procedimiento, sin causar estado. Cuando el estado civil se encuentra definido, el problema no se plantea, porque el hijo está suficientemente amparado. Pero insiste en que, si el procedimiento sumario de alimentos está causando estragos, cuando no hay discusión sobre el título, sería aún más perjudicial si lo aplicáramos a personas cuya filiación estuviese en tela de juicio y no se tratara solamente de oportunidad o de cuantía.

El doctor Spota se refiere a algunos antecedentes de legislación comparada. Expresa que la ley belga del 6 de abril de 1908, atenúa la prohibición de investigar la paternidad natural establecida por el Código Napoleón (art. 340),

al sólo efecto de los alimentos. Es decir, que mantiene el principio prohibitivo, con atenuaciones (v. H. De Page, “Traité élémentaire de droit civil belge”, t. 1, pág. 990, núms. 1158 y ss.). Pero, con relación a los alimentos, organiza un sistema probatorio tal que puede conducir a una decisión que no importa prejuzgar con relación al fondo del asunto mismo. Si ha habido críticas sobre esa ley, las mismas guardan atinencia con una supuesta *inelegantia juris* que dicho sistema importa, porque, se ha dicho, es difícil que el juez acuerde alimentos y se siga sosteniendo que ello no tiene importancia o influencia sobre la filiación misma (v. Wille, en su prefacio a la obra de L. Hielrix, “L'action alimentaire de l'enfant naturel”, París-Bruselas, 1930, pág. IX, y De Page, op. cit., t. 1, pág. 1013, núm. 1197). Esas críticas tienden a que no se establezca distinción entre el hijo natural y el legítimo y a borrar la desigualdad “que —dice Wille— no se justifica por ninguna razón plausible”. De Page se hace cargo de estas críticas y trata de demostrar la razón del distingo que el legislador formula entre la filiación legítima y la natural. En lo que atañe a la citada ley de 1908, entonces, si hay críticas, son debidas a la circunstancia de mantenerse el principio de la prohibición de la investigación de la paternidad natural, aunque el mismo se ha atenuado, permitiéndosela cuando media posesión de estado o si se produjo la concepción como consecuencia de un delito. En el hecho en sí de que el legislador propenda a que la demanda por alimentos del hijo natural halle un camino para que pueda ser juzgada, tal actitud se estima conveniente, aun cuando pueda reputarse que no constituya el desiderátum. Entre nosotros, una legislación de esa especie, concuerda mejor con el espíritu generoso de nuestras leyes y del Proyecto en cuanto no prohíbe la investigación de la paternidad natural ni se exige la posesión de estado, salvo en el caso de que se pretenda atribuir el hijo a una persona fallecida (art. 468 del Proyecto). Es por ello que debe considerarse esa ley belga como antecedente, sobre todo si en la misma se parte del principio que una cosa es pretender el reconocimiento judicial de la filiación y otra recabar alimentos. La decisión sobre esto último, no causa estado ni prejuzga sobre la filiación en sí. Además, al demandado

se le debe acordar el derecho de oponer excepciones perentorias: la inconducta notoria y la *exceptio plurium*. Por fin, el condenado puede iniciar una acción para que cesen los alimentos —de trámite sumario—, sin que ésta tampoco cause estado sobre el fondo de la cuestión, o sea, sobre la filiación misma. Con ello no se obliga, como se ve, al supuesto padre a que asuma —a raíz de una condena por alimentos— el papel de actor en una acción de filiación natural o de desconocimiento de la misma. En una palabra: la condena por alimentos guarda absoluta independencia con el problema de fondo, o sea, con la filiación. Y esa misma condena por alimentos exigiría, si no el concubinato notorio —que resultaría excesivo y en muchos supuestos injusto, porque no contemplaría los casos de seducción, etc., en los cuales no media el concubinato—, las relaciones sexuales habituales y su carácter notorio. Son cortapisas que importan coeficientes de seguridad que anularían, en forma muy probable, toda acción no seria, a lo cual hay que agregar los poderosos medios de defensa que, como excepciones perentorias y de previo pronunciamiento, corresponden al demandado. Aun más: hasta podría exigirse que, no existiendo concubinato notorio, la acción por alimentos debería iniciarse al año del nacimiento del hijo natural, so pena de caducidad de tal acción.

El doctor Lafaille, refiriéndose a lo propuesto por el doctor Spota, dice que trasladada tal idea a la práctica, siempre se tropezará con que podría tener aplicación en cierta esfera, por ejemplo, en caso de concubinato, si llegara a probarse la existencia real del mismo; pero, si promovido un juicio de filiación y paralelamente el de alimentos, la supuesta madre consiguiera una sentencia con testigos más o menos complacientes, se dedicaría luego a perturbar la secuela del juicio ordinario. Cuando al cabo de varios años —tiempo que a menudo insumen estos pleitos— se descubre que no hay tal filiación, ya el supuesto padre habría invertido una suma considerable en sufragar un crédito importante. Parece bien que el procedimiento deba ser sumario, pero con ciertas garantías para el deudor, y promovido siempre después de la demanda por filiación. Las legislaciones que facilitan estos trámites, no tienen la libera-

lidad de la nuestra para investigar la paternidad, porque el Código Civil uruguayo, entre otros, impone una serie de requisitos, como ser el concubinato notorio, mientras que nuestros textos son amplísimos y todavía más liberales los del Proyecto. Si, además, admitimos esta sugestión, creamos un resorte muy peligroso, al conceder sin discusión lo que constituye la verdadera finalidad del proceso. De esta suerte, la parte demandada quedaría en situación desigual.

El doctor Spota considera que existen, por lo menos, casos indiscutibles: el supuesto del concubinato notorio, público, continuado, que es el que menos dificultades va a traer, porque median pruebas concluyentes y, después, los casos de seducción o de delitos, supuestos donde el hecho de la concepción es algo tan probado que es necesario darle una sanción preliminar; esa sanción previa, sería la acción de alimentos con todas las defensas a favor del demandado, o sea, las excepciones. En los demás casos, la filiación no resultaría tan clara. Por ello es que no prevé un procedimiento corriente sino que propicia otro procedimiento que, sin ser tan pesado y solemne como el juicio de fondo, sea más rápido que éste. En otras palabras: en vez de un juicio sumarisísimo, un procedimiento sumario.

El doctor Rey dice que ha examinado particularmente la situación en el Código alemán, porque, en la primera reunión en que se propuso estudiar este punto, el doctor Spota había sugerido que se adoptara una reglamentación semejante a la establecida en los párrafos 1710-16 del Código Civil alemán. Encuentra que las objeciones que, a su juicio, merece la situación en el Código alemán, son aplicables a la situación en Bélgica y que otras legislaciones, como la de Suiza y Brasil, que han contemplado el problema procurando poner remedio a la situación de los hijos no reconocidos, no se han atrevido a tanto sino que, en el mejor de los casos, que es el de la legislación suiza, presuponen la iniciación de un juicio por reconocimiento de la paternidad, exigencia mucho más seria. El Código alemán, después de establecer el derecho que tienen los hijos naturales de exigir los alimentos a los padres, dice: "Se reputará padre del hijo natural al que haya cohabitado con la madre en la época de la concepción, a menos que haya cohabitado otro en la misma época".

Resulta que esta excepción no es tal excepción. Leyendo a Windscheid se ve que los autores discuten cuál es el fundamento de esta disposición y según cual sea dicho fundamento, llegan a consecuencias insospechadas, y en la misma situación nos podríamos encontrar estableciendo cualquier disposición, ya sea como la del Código alemán o la de la ley belga. Muchos sostienen que el fundamento de esta disposición es la posibilidad de que el individuo que cohabitó con la madre en aquella época sea el padre; entonces resulta que el derecho de alimentos se funda en una posibilidad y no en un hecho real como siempre se ha exigido por nuestra legislación. Tendríamos que apartarnos del principio que rige todo nuestro derecho en materia de alimentos, a saber que la base de la prestación alimentaria es el parentesco, y parentesco reconocido, en este caso la filiación natural con respecto al padre. Si se aceptara este temperamento llegaríamos a la conclusión de que puede oponerse la excepción de que han cohabitado varias personas con la madre, y si, no obstante, se creyera que esa excepción no procede, habría que aceptar que el hijo pudiese demandar alimentos a todas esas personas y que esa excepción no sería solidaria. Se ven las consecuencias que nos trae el aceptar uno de esos fundamentos; pero hay otra y es que se considera como acto ilícito, como cuasi delito, el cohabitar con mujer soltera. Entonces, se haría derivar el derecho de alimentos de un acto ilícito, cuando en realidad bien se sabe que ello no es posible; a lo sumo podría dar lugar a una indemnización.

El doctor Spota observa que el Código alemán es claro. Uno de sus preceptos (párrafo 1718) autoriza a oponer la *exceptio plurium*, que es siempre alegable, salvo cuando el padre hubiere reconocido, en "un documento público", la paternidad. Quiere decir que, si existe confesión, no podrá alegarse dicha *exceptio*.

El doctor Rey prosigue expresando que el Código de Brasil, por el art. 363, establece que los hijos ilegítimos tienen acción contra los padres si la madre vivió en concubinato con el pretendido padre. Dicho Código que acepta esta disposición, dándole acción al hijo a fin de que se reconozca su relación con el padre, cuando se trata de alimentos da

•

un paso atrás y determina que, a los efectos de la prestación alimentaria, no basta la cohabitación sino que se requiere la confesión, declaración escrita del padre, o que haya sentencia irrecurrible. El Código suizo, que es más liberal que el brasileño, sin embargo, dice que se acordarán alimentos siempre que la demanda sea fundada; pero “demanda fundada” ya supone la iniciación de un juicio de filiación.

El doctor Spota manifiesta que, ante lo discutido, no tendría inconveniente en modificar su moción a los efectos de que la acción fuera seria, que no importara una aventura. Para ello, se podrían establecer requisitos un tanto rigurosos. Por ejemplo, la acción —no existiendo concubinato notorio— debería intentarse al año del nacimiento; en segundo lugar, deberían probarse las relaciones sexuales habituales a partir de la época que nuestro Código establece como fecha de la concepción; deberían existir las dos excepciones perentorias a favor del demandado a que ya se refirió; la acción de alimentos tendrá que ser, no sumarísima, sino sumaria; por último, se exigiría la deducción de la acción de filiación natural. Con todas esas reservas, es indudable que los peligros desaparecerían o, en todo caso, hallaríanse muy atenuados.

El doctor Rey expresa que sólo admitiría que se fijara la prestación alimentaria en los casos del Código brasileño, siempre que se exigiera la iniciación de la demanda de filiación y además algunos de los requisitos que establece el Código mencionado, v. gr., mediante prueba documental o por confesión. De otro modo se prestaría a una cantidad enorme de extorsiones.

El doctor Lafaille se inclina a que, promovido un juicio de filiación o existiendo cualquiera de los extremos que establece el Código Civil brasileño —a los que podría añadirse el concubinato notorio o el caso de delito—, pudiera el juez fijar sumariamente una pensión alimentaria. La posibilidad de iniciar la demanda dentro del año de la concepción es un plazo razonable para la gente del campo respecto de la cual todas familias son comunes. Más allá del límite señalado las uniones fuera del matrimonio se facilitarían hasta tal punto, ya que no habría casi diferencia entre ellas y las legítimas. Todo, sin contar las objeciones que antes se formularon y que reproduce. Contestando a una observación del doctor Rayces,

dice que se está hablando de “concubinato notorio” en la época de la concepción. Añade que llegaría hasta no exigir el término de un año, para proteger a todos los que tienen derecho a los alimentos, pero insistiendo sobre la existencia de una familia estable, aunque irregular, porque en tal supuesto el abandonado debe recibir una sanción. Lo mismo cabe decir en el caso de delito y en los dos supuestos del Código brasileño: reconocimiento escrito o confesión, obligándose además a iniciar el juicio de filiación. Con todos estos elementos y exigiendo una prueba aunque sea en un procedimiento sumario, donde se admitan también las defensas que mencionó el doctor Spota (la *exceptio plurium* y la inconducta notoria de la mujer), se podría formular sobre este punto un estatuto aceptable.

El doctor Spota pregunta si podría aceptarse que, no dándose ninguno de esos extremos, pero exigiéndose la iniciación de la acción dentro del término de un año del nacimiento, cabría la acción alimentaria. Aún más: hasta podría exigirse la posesión de estado de hijo natural, acreditada en forma sumaria, ya que esa posesión no implica, necesariamente, el concubinato.

El doctor Lafaille contesta que, por su parte, no llegaría hasta tanto, porque la prueba de la posesión se convierte casi siempre en una serie de testigos que si son examinados sumariamente y sin contralor adverso, se prestarían sobremanera a las extorsiones, que son tan frecuentes en estos juicios, al facilitar el medio de consumarlas de inmediato. No puede negarse, en efecto, que si algo contiene tales abusos es la necesidad de seguir todo un proceso ordinario para llegar a la sentencia que reconozca el vínculo, y si el demandante, al día siguiente de iniciar la acción, pudiera obtener alimentos, los casos de esta índole serían muy frecuentes, con el inevitable perjuicio.

El doctor Spota plantea el supuesto de que medie una promesa de matrimonio que no se cumple y relaciones sexuales habituales y notorias. Es una hipótesis que se presenta a menudo con el consiguiente desamparo de la mujer seducida mediante promesa del matrimonio.

El doctor Lafaille, refiriéndose al supuesto planteado, dice que esa mujer tiene la acción que se le reconoce por los daños

y perjuicios. Podría resultar también que la ruptura de los esponsales se justificara por razones fundadas, como inconducta de la prometida. Cree entonces que no debe avanzarse sobre lo que han propuesto, que ya representa un paso adelante en relación a la situación actual.

Se resuelve aceptar la moción del doctor Lafaille formulada en el curso de la discusión encomendándose al doctor Spota redacte la proposición aceptada.

PUNTO 2° — El doctor Spota explica que su proposición se inspira en la finalidad de que el hijo natural de otro hijo natural pueda exigir alimentos, no congruos sino los estrictamente necesarios. Sería esto una derogación al principio establecido en el Proyecto y en el Código Civil, pero una derogación admitida por el Código Civil italiano que es tan celoso respecto de la organización de la familia.

El doctor Lafaille dice que, en el régimen vigente, el hijo natural de otro hijo natural no tiene acción alimentaria contra el padre de éste. Podría darse el supuesto de que el padre desaparezca o que le falten recursos, pero, a fin de prevenir estas dificultades, no es lícito derogar un principio fundamental en nuestra ley como es el que separa las dos familias: la derivada del matrimonio y la ilegítima. Expresa que el nieto natural no hereda al abuelo natural; es decir que su único vínculo se traba con el padre y no con la familia del padre. Agrega que aceptada la moción —aunque comprende las razones humanitarias que han guiado al doctor Spota— se crearía una nueva cuña de la familia ilegítima dentro de la legítima. No se ha opuesto a que la primera exista dentro del Código y que se le reconozcan sus derechos; pero ello no debe conducir a que ambos grupos se mezclen. Todo ésto no surge simplemente de una preocupación teórica; pero de su práctica profesional que con frecuencia le ha revelado la incompatibilidad y hasta el antagonismo, entre las dos progenies. Es un hecho natural que puede, sin embargo, ser atenuado por la comprensión de las personas; pero salvo ese factor voluntario, a su juicio, todo lo que tienda a la mayor intromisión de una familia en la otra, no debe ser aceptado.

El doctor Spota observa que en el inc. 5° del art. 484, segunda parte, se introduce en la familia legítima la cuña a que se ha hecho referencia. La Comisión aceptó la sugestión

Hijos ilegítimos de los naturales. (Art. 484, inc. 5°).

de Bibiloni en esta materia, es decir, que los hijos ilegítimos concurren con los legítimos de su mismo padre a los efectos de suministrar alimentos al padre común, o sea, al autor de la familia legítima. Entonces, los hijos naturales tienen cierta participación en la familia legítima. El principio de que la familia legítima hállese separada de la ilegítima no es, pues, absoluto. Además, aún colocándose el legislador en el caso de que la familia ilegítima debe hallarse separada netamente de la ilegítima, la proposición que ha hecho no va en contra de ello. Sólo, se autoriza una acción, que podría llamarse de caridad jurídica o social, para emplear alguna expresión semejante a la de Romagnosi, en favor de un nieto natural, a fin de acordarle lo estrictamente necesario para que el hijo de un hijo legítimo pueda subvenir a sus más elementales necesidades.

El doctor Lafaille, refiriéndose al inc. 5º del art. 484, segunda parte, dice que esta intromisión no es más que aparente. Admitido por la ley el principio de que los hijos naturales concurren con los legítimos en la herencia paterna, el doctor Bibiloni destacó la injusticia manifestando de que los primeros no contribuyeran proporcionalmente a la carga de alimentos.

El doctor Spota considera que si fuera tan absoluta la separación, si hubiera ese pretendido compartimento estanco, el legislador debería darle la herencia sin exigirle las cargas de alimentos; no admitir, en otras palabras, esa carga del hijo natural en favor de la familia legítima. De lo contrario, se corre el riesgo de arruinar todo el sistema de la separación absoluta entre esa familia y la familia natural. Es que los principios rara vez poseen un carácter absoluto: el legislador no puede apartarse de la realidad ni mucho menos considerar una situación como la planteada a fin de que el abuelo natural preste alimentos —no congruos, sino los indispensabilísimos— a su nieto natural.

El doctor Lafaille entiende que no se debe acelerar tal evolución. Se ha admitido —a pesar de las dificultades que ofrece— la concurrencia del hijo natural con el legítimo en los alimentos al padre. Se ha dado otro gran paso adelante al aumentar la cuota del hijo natural, y más aún, al equiparar los adulterinos reconocidos. Fuera de estos límites no conviene

exagerar. A su parecer, cuando se trata del movimiento jurídico, se hace jugar demasiado el factor lógico, que suele conducir a consecuencias que la realidad repudia. El hecho de que en tales casos, algunos encuentran que el Proyecto se ha quedado a mitad del camino y otros que es demasiado avanzado está demostrando tal vez que se ha llegado al justo medio, que es la posición propia del legislador.

No prospera la moción.

PUNTO 3º — El doctor Spota señala que Bibiloni, de acuerdo con la máxima tradicional del derecho francés, en su Anteproyecto, estableció un distinguo en materia de prestación de alimentos a los afines. Consideró que sólo la sociedad conyugal está obligada a prestar alimentos con sus gananciales a los ascendientes de uno de los esposos. En cambio, la recíproca no se establece, ya que, si existen hijos comunes, a éstos les corresponde, en su caso, la acción contra los abuelos. Por el contrario, si no existen los mismos o si se disolvió el matrimonio, rige el aforismo tradicional: *morte la fille, mort le gendre*. Trae a colación estos antecedentes, más que con el fin de seguir el sistema auspiciado en el Anteproyecto, con el propósito de que quede bien sentado que la obligación alimenticia, tanto del suegro como del yerno, importen una carga que les impida cumplir a cada uno con los deberes para con sus respectivas familias. Ciertamente es que el inc. 7º del art. 484 prevé la situación; pero, en el caso planteado, debería darse al Juez la facultad de apreciar con toda amplitud la hipótesis del alimentante que, en virtud de la nueva carga, ponga “en peligro” su propio sostenimiento o el de su familia. Por fin, puede hasta acaecer que el yerno o la nuera, sin descendientes comunes, enviude y contraiga nuevo matrimonio. Este es otro supuesto a contemplar.

El doctor Lafaille considera que la obligación entre afines debe subsistir. Se trataría, por lo demás, de un supuesto de apreciación judicial. Colocándose en el lugar del magistrado, no resolvería de igual modo la situación de un hijo político con respecto al suegro o a la suegra, cuando se conservara viudo, que el caso de haber constituido un nuevo hogar. Esto queda incluido en la regla de que debe tenerse en cuenta la condición de la persona.

El doctor Spota plantea el supuesto del hijo que al

Fallecimiento del hijo sin descendencia. (Art. 484, inc. 6º).

morir no ha dejado descendencia común; la hija política, que no tiene con sus suegros otro vínculo que el de la afinidad, ha formado un nuevo hogar, desentendiéndose de éstos. Además, puede darse el caso de haber llevado la nuera una conducta inconveniente y como el Juez no pregunta por que cayó en este estado (art. 484, inc. 2º, *in fine*), el suegro deberá los alimentos. En ambos supuestos, ¿deben perdurar tanto los efectos del vínculo de afinidad, a pesar de los matrimonios sucesivos y, aún, de la inconducta notoria?

El doctor Lafaille expresa que desde luego, el Juez deberá tener en consideración la fortuna de esa persona para subvenir a las cargas. El haber formado nueva familia sería un elemento que el Juez tendría en cuenta para graduar las pensiones. El inc. 7º del art. 484 llega hasta resolver que no deberá alimentos el que, tenidas en cuenta sus otras cargas, no podría suministrarlos sin poner en peligro su propio sostenimiento, según su condición. Además no tendría inconveniente en que se agregara "... sin poner en peligro su propio mantenimiento y el cumplimiento de otras obligaciones impuestas por la ley en razón del parentesco". Cuando se trata de la vida deshonesta llevada por la nuera es diferente: allí podría haber la cesación de los alimentos, como lo acepta la jurisprudencia.

El doctor Spota plantea el supuesto de que la nuera viuda contraiga nuevo enlace; ¿qué grado de prelación existe, respecto de los suegros? La ley no lo dice, pero se lo debe establecer.

El doctor Lafaille considera que no hay dificultad en establecer un orden de prelación. Podría decirse, en el inc. 6º, que primeramente están obligados los nuevos suegros y sólo en subsidio los anteriores.

Se acepta la moción propuesta por el doctor Lafaille.

PUNTO 4º — El doctor Lafaille indica que la proposición del doctor Spota tiende a garantizar el cumplimiento de la prestación alimentaria para el futuro; al respecto, opina que la materia se relaciona con el procedimiento. Le parece que si los jueces hacen jugar el inc. 5º del art. 443 del Código para la Capital, respecto de los embargos preventivos cuando disminuyera la responsabilidad, se corregiría el inconveniente. Quien debe recibir los alimentos puede solicitar un embargo

Prestación alimentaria. Medidas para asegurarla. (Art. 484, inc. 7º).

preventivo que le garantice las cuotas futuras, porque se establece: "Si estuviera la obligación sujeta a plazo o pendiente de condición..." y, en este caso, es, sin duda, una obligación a término. Tal es su opinión, no obstante cierta jurisprudencia; pero de todos modos, el tema sería extraño al derecho civil.

El doctor Rayces considera que el funcionamiento práctico de la norma propuesta podría conducir a que cualquier hijo que quiera asegurarse una herencia, coarta las actividades del padre, entablado demanda por alimentos y exigiendo luego las garantías que le impidan a aquél la libre disposición de sus bienes.

El doctor Lafaille observa que respecto a la seguridad de las cuotas futuras, fuera del supuesto de una enagenación o disminución evidente de la garantía que establece ya la ley procesal, no se debe admitir otra.

El doctor Rayces estima que debe contemplarse la siguiente situación: una persona emprende un negocio y sufre, de entrada, un quebranto pecuniario. Empero, convencido de la bondad de la empresa se dispone a continuarla. En estas circunstancias un hijo, a quien debe pasarle alimentos por sentencia judicial, pide el embargo de los bienes para asegurar las pensiones futuras, aduciendo el peligro de que el padre pierda todo su caudal. Si esto fuera viable, se habría introducido en el Código el modo de asegurar las herencias futuras, vale decir, una norma ocasionada a la más chocante inmoralidad.

El doctor Lafaille expresa que ello se desprende de las leyes procesales vigentes y que el doctor Spota desea algo más, que es garantizar la prestación con una renta.

El doctor Spota entiende que el doctor Rayces contempla la cuestión con criterio unilateral; ve la necesidad de asegurar la independencia y libertad de las personas en sus actividades, pero no tiene en cuenta esto otro: que es indispensable asegurar la vida familiar. Entre la libertad de esa persona y la necesidad de asegurar la subsistencia de la familia, el legislador debe adoptar una conducta equilibrada y no plegarse enteramente a uno de los lados. No es posible que, so pretexto de asegurar la libertad individual, se deje desamparada a la familia. ¿Por qué, entonces no darle facultad al Juez para

que, en ciertos casos, pueda asegurar el cumplimiento de la prestación alimentaria?

El doctor Lafaille manifiesta que, si con el régimen actual establecido en las leyes procesales, el doctor Rayces encuentra que pueden producirse abusos, ¿cómo sería si se aplicara en esta materia lo que propicia el doctor Spota? No le parece que, además de los medios ya existentes para asegurar las prestaciones, sea posible establecer otros nuevos.

El doctor Spota dice que, por lo menos, debe dejarse claramente asentado el principio que deriva del Código de Procedimiento, al cual se refirió el doctor Lafaille.

El doctor Rayces refiriéndose a lo expresado por el doctor Spota respecto a los deberes familiares, dice que el derecho es una jerarquía de valores alternante: así, en ciertas situaciones la protección de la familia merece mayor consideración que la de la libertad personal, pero en otras situaciones sucede lo contrario. Precisamente en el caso que se está examinando, cree que no debe subestimarse el derecho individual frente a una consideración de deber familiar.

El doctor Rey expresa que halla esta doble dificultad para establecer la norma propiciada, ya sea en el Código Civil o en el de Procedimiento. Para que una norma realmente pueda impedir que se burle la obligación de dar alimentos, tiene que ser severa o darle amplias facultades al Juez. Pero si así fuera, se correría el riesgo de coartar la libertad económica del sujeto obligado y el precepto se volvería contra el propio beneficiario de los alimentos, porque el primero no tendría con que pagarlos.

El doctor Spota indica que en las legislaciones extranjeras se ha llegado a mucho más de lo que propone. Así, el nuevo Código Penal italiano eleva a la categoría de delito la omisión en el cumplimiento de los deberes familiares (art. 570, inc. 2º, cód. cit.). Hay, en verdad, una concepción tal de la familia, que se tiende a poner de relieve que su organización mucho tiene del *juris publici*, única forma de reglar estos “derechos-deberes”, desde un punto de vista ético y de asistencia familiar (Manfredini, Mario, “Delitti contro la famiglia”, in el “Tratatto di diritto penale”, coordinado por Eugenio Floriani, Milán, 1934, pág. 335 y sig., n° 287 y sig.; Manzini, Vincenzo, “Tratatto di diritto penale italiano”, Turín, 1936,

t. 7, p. 758 y sig., n° 2834). En Francia, ya una ley del 14 de febrero de 1924, modificada por la del 3 de abril de 1928, considera delito no satisfacer, durante más de tres meses, la obligación de prestar alimentos al cónyuge, a los hijos menores o a los ascendientes. Pero esta figura delictuosa no impide que la ley civil francesa acuerde a la mujer separada de bienes la hipoteca legal que garantiza el crédito por alimento contra el marido. Por lo demás, la jurisprudencia francesa ha sentado que el tribunal tiene el poder de adoptar todas las providencias que estime convenientes para asegurar, en todos los casos, la deuda por alimentos, pudiendo, además, ordenar la constitución de un capital, su empleo y depósito a fin de que las rentas se abonen directamente al acreedor de los alimentos (Beudant, Ch., “Cours de droit, civil français”, París, 1936, 2ª ed., publicada por Beudant, R., y Lerebours-Pigeonnière, P., con la colaboración de Batiffol, H., t. 2, pág. 372, n° 501, te. y n° 1). Esta orientación de la legislación comparada, la cual no ha producido inconveniente alguno, debe ser seguida entre nosotros.

Se rechaza la moción.

Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Consideración del siguiente texto, redactado por el doctor Spota, a agregar al art. 488, de acuerdo con lo resuelto al considerar el punto 1º del Orden del Día anterior.

“El trámite para solicitar alimento por parte del hijo natural no reconocido ni tenido por tal en virtud de sentencia irrecurrible se ajustará a las siguientes prescripciones:

1º) Será sumario.

2º) Deberá acreditarse la iniciación del juicio de filiación natural.

3º) Se justificará uno de estos extremos:

- a) Concubinato notorio entre el demandado y la madre natural durante el período legal de la concepción o del nacimiento del hijo natural;
- b) Relación sexual durante ese mismo período, entre la madre natural y el demandado a consecuencia de delito de violación, estupro, rapto o secuestro, o privación arbitraria de libertad. La acción criminal no será prejudicial ni tampoco lo será la sen-

Hijos naturales.
Procedimiento para
obtener alimentos
(Art. 488).

tencia que se pronuncie en esa acción. La decisión absolutoria en lo criminal hace cesar de pleno derecho los alimentos acordados y, en su caso, impedirá la prosecución de la acción por alimentos no resuelta.

- c) Confesión judicial o extrajudicial, esta última acreditada con prueba documental auténtica o tenida judicialmente por tal.
- 4º) Corresponderá al demandado el derecho de alegar, como excepciones de previo y especial pronunciamiento, las siguientes:
 - a) La relación sexual notoria de la madre, durante el período legal de la concepción con otra u otras personas.
 - b) La inconducta notoria de la madre durante ese mismo período.
- 5º) La decisión que recaiga en la acción por alimentos, no prejuzga con respecto a la acción de filiación natural''.

PUNTO 2º — (El 5º del anterior. Ver pág. 487).

PUNTO 3º — (El 6º del anterior. Ver pág. 487).

PUNTO 4º — (El 7º del anterior. Ver pág. 487).

PUNTO 5º — (El 7º del anterior. Ver pág. 487).

PUNTO 6º — (El 9º del anterior. Ver pág. 487).

PUNTO 7º — (El 10º del anterior. Ver pág. 487).

Derechos del extraño que presta alimentos. Derecho de repetición. (Art. 486).

Prestación alimentaria. Reducción y supresión. (Art. 488).

Falta de derechos a alimentos. Repetición (Art. 489).

Hijos reintegrados al hogar. (Art. 490, inc. 1º).

Prestación alimentaria. Limitación. (Art. 490, inc. 1º).

Alimentos. Pedidos de esposa sin mediar juicio de divorcio. (Art. 484, inc. 3º in fine).

REUNION N° 83

—Buenos Aires, tres de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y José Manuel Saravia.

ORDEN DEL DIA

PUNTO 1° — El doctor Lafaille dice, refiriéndose al proyecto presentado por el doctor Spota, que bajo la forma que en definitiva se apruebe, podría quedar incorporado como parte del art. 488 ó como un art. 488 bis. o como una serie de preceptos nuevos. Encuentra que el Proyecto es bueno y claro. Observa sin embargo, que la acción de alimentos podrá ser dirigida contra la madre natural lo mismo que contra el padre, pero las excepciones sólo se aplican a la primera. Le parece conveniente generalizar los términos del inc. 3°), de modo que responda a dicho criterio.

Hijos naturales.
Procedimiento para
obtener alimentos.
(Art. 488).

Se aprueba la proposición del doctor Spota con el agregado de que se ponga, al final, o, en parte adecuada, la indicación de que la acción procede también respecto de la madre natural, aplicándose en lo pertinente las disposiciones de dicho proyecto.

En consecuencia, el proyecto en cuestión queda redactado así:

“El trámite para solicitar alimentos por parte del hijo natural, no reconocido ni tenido por tal en virtud de sentencia irrecurrible, se ajustará a las siguientes prescripciones:

1°) — Será sumario.

2°) — Deberá acreditarse la iniciación del juicio de filiación natural.

3°) — Deberá justificarse cualquiera de estos extremos:

a) Concubinato notorio entre la parte demandada y la madre o padre natural durante el período legal de la concepción o del nacimiento del hijo;

b) Relación sexual durante ese mismo período, entre di-

chas personas y a consecuencia de delito de violación, estupro, rapto o secuestro, o privación arbitraria de libertad. La acción criminal no será prejudicial ni tampoco lo será la sentencia que se pronuncie en esa acción. La decisión absolutoria en lo criminal hace cesar de pleno derecho los alimentos acordados y, en su caso, impedirá la prosecución de la acción de alimentos no resuelta;

- c) Confesión judicial o extrajudicial, ésta última acreditada con prueba documental auténtica o tenida judicialmente por tal.

4º) — Corresponderá a la parte demandada el derecho de alegar, como excepciones de previo y especial pronunciamiento, las siguientes:

- a) La relación sexual notoria de la madre, durante el período legal de la concepción con otra u otras personas;
- b) La inconducta notoria de la madre durante ese mismo período.

5º) — La decisión que recaiga en la acción por alimentos no prejuzga con respecto a la acción de filiación natural''.

El articulado que antecede se agregará como parte del art. 488.

Derechos del extraño que presta alimentos. Derecho de repetición. (Art. 486).

PUNTO 2º — El doctor Spota lee el artículo 330 del Código Civil suizo que establece: "El niño abandonado es mantenido por la Comuna en la que ha sido incorporado. Cuando su origen haya sido comprobado, la Comuna podrá exigir de aquellos parientes que le deban alimentos, y subsidiariamente de la corporación pública obligada a asistirlo, el reembolso de los gastos hechos para su mantenimiento''. Es de preguntarse —expresa— si en el supuesto de que se tratase de extraños, de una entidad pública o de una corporación de utilidad pública, que prestan asistencia a un menor abandonado, ellas pueden iniciar acción de repetición contra aquellas personas a quienes correspondiera alimentar a dicho menor. Deben plantearse estas cuestiones: en primer lugar, si es necesaria la norma y, en segundo lugar, si la misma conviene.

El doctor Saravia opina que no sería menester una norma

expresa porque la situación a que se alude, está contemplada y regida por los principios del enriquecimiento sin causa, que, en el Proyecto, constituyen, de manera sistematizada, una fuente fecunda de obligaciones. Hay enriquecimiento, que autoriza la “condictio” no sólo cuando se aumenta el patrimonio de otro, con la incorporación positiva de un valor patrimonial, sino también cuando se le evita una pérdida o un desembolso. De manera que el hecho de haber atendido obligaciones que correspondían a otro, fundamenta, como regla, la pretensión de enriquecimiento sin causa; expresa, por último, que la solución que se propicia por el doctor Spota, es justa, pero por las razones que apunta, no cree que ha menester de una norma expresa.

El doctor Lafaille señala que, bastaría con aplicar los principios tan generales que ha establecido el Proyecto sobre el enriquecimiento sin causa y las normas pertinentes del pago con subrogación. Si tenemos presente, además, que se trataría de satisfacer una obligación legal y que, como bien se ha dicho, el pago de una deuda beneficia a quien lo efectúa, no es necesario decir más, siempre que se limite el término a un año, porque si no existiría el peligro de la acumulación de alimentos.

El doctor Spota manifiesta que le induce a proponer la norma en cuestión el siguiente hecho: entiende que cuando una persona, por circunstancias procesales, se obliga a pedir alimentos y luego se establece que no existían causas jurídicas para dárselos, no puede repetirse contra ella a menos que haya habido dolo manifiesto. Lo mismo sucede en el caso de un cónyuge que consigue alimentos del otro; la cesación de estos alimentos a pesar de que ese cónyuge ha mejorado de fortuna, no tiene por efecto hacer surgir una acción de repetición. Así, por lo demás, lo establece el art. 486 del Proyecto. Es de preguntarse, pues, si las normas del derecho de las obligaciones se aplican al caso planteado en la proposición. No debe olvidarse que el derecho de familia tiene su propia fisonomía que, muchas veces, rechaza la pura y simple aplicación de normas más estrictamente privadas, como son, en general, las que constituyen el derecho de las obligaciones.

El doctor Lafaille estima que el derecho de obligaciones

sería aplicable cuando se tratara de repetir lo pagado en beneficio de algún indigente, pero no en los demás casos. Una persona puede no depender de la caridad pública y exigir, sin embargo, alimentos. Cree que esta moción tendría que ser restringida en la forma que deja expresada; entonces, el tercero, que por un sentimiento de beneficencia adelantase dichos alimentos, tendría derecho a repetir contra el Estado o el pariente responsable.

El doctor Saravia entiende que sería peligrosa la restricción; más bien convendría no incorporar ninguna norma, porque cree y ha tenido la oportunidad de consultar algunas opiniones, que esa situación que lleva al doctor Spota a proponer esta solución quedaría aclarada con el principio del enriquecimiento sin causa y del pago por subrogación.

El doctor Lafaille dice que cuando un pariente, obligado a prestar alimentos, lo hace, no tiene derecho a repetir contra otro pariente que estuviese más obligado que él; pero, aquí se trata de un tercero. Por eso estima que la norma debe extenderse al caso de la Comuna o del extraño que, con fines de beneficencia, pasan alimentos; sería el caso de la ayuda pública o privada con respecto al niño encontrado. Porque, de otro modo, esa norma daría lugar a colusiones: sujetos que quisiesen defraudar a parientes ricos, con sólo simular que medió un suministro de alimentos, procedente de otro que esté de acuerdo, conseguirían su propósito. La disposición del art. 330 del Código suizo debe aceptarse en amparo de la infancia abandonada, ya que asegura el reembolso de lo invertido en esa forma. Esto sentado, habría que establecer una disposición destinada a evitar abusos, vistas las habilidades procesales que se emplean y lo restrictivo del juicio de alimentos, en que caben toda clase de pruebas para el actor, sin defensa para el demandado. Podría, entonces, acumularse a cargo del deudor un crédito de cierta importancia, ya que se ha fijado por esta Sección el plazo de un año para prescribir.

El doctor Spota expresa que, con su moción, partía de la base de que el derecho de las obligaciones no tendría estricta aplicación, porque si un pariente abona y no tiene derecho a repetir (art. 486 del Proyecto), lo mismo sucede para el

extraño que lo hace con un sentimiento de caridad. Están ambos en un terreno muy común.

El doctor Saravia dice que, si se incorporara una norma, sería menester no hacerlo con demasiadas restricciones. La vida puede plantear situaciones de diversa índole, que resulta imposible prever. Cabe dar una solución jurídica para el caso de la persona que suministre alimentos a otra, en razón de que los parientes de ésta no cumplen, y lo hace no con el ánimo de donante sino de repetir contra dichos parientes. Puede estarse en presencia de un caso de indignidad absoluta y no deberían existir óbices para que el que presta alimentos tuviese la seguridad de que se le reembolsará. Ese caso, empero, no debiera ser el único en que procediera el reembolso. Sería demasiado limitativo y estricto. Caben otras situaciones en que el que presta alimentos puede haber obrado con toda seriedad y no correspondería, entonces, negar protección jurídica a esas situaciones.

El doctor Lafaille observa que el caso serio ocurre cuando el obligado no se encuentre y aparezca después; puede ocurrir que no sea un niño abandonado, sino un mendigo al que se le suministran los alimentos para sacarlo de la miseria porque el pariente está ausente o porque no se le conoce. Hasta podría ser que el deudor ignorase la situación precaria del interesado.

El doctor Saravia considera que, en un caso así de necesidad de alimentos, al tratarse de regular, jurídicamente, las situaciones emergentes, debe tenerse en cuenta a las personas que los necesitan. Concorre un deber de solidaridad, de cooperación, que debe facilitarse y no obstaculizarse. Enunciar una norma demasiado restrictiva, es crear obstáculos para que los que necesitan alimentos, los obtengan. Opina que se está ante un problema muy serio, que exige mucha meditación y que, entonces, este punto debe postergarse.

El doctor Rey pide que se medite, también, sobre los dos graves inconvenientes que puede ofrecer una norma amplia, como serían el fraude a la persona obligada y la posibilidad de que un tercero se inmiscuya en las relaciones de familia. Podrían subsanarse en gran parte, y sería posible establecer una norma más amplia, si se admitiera un requisito que no traería inconveniente: el de que esa persona procediera

con venia judicial. Siempre sería una valla para el fraude en perjuicio de terceros y para que los terceros no se inmiscuyan sin una razón valedera.

El doctor Lafaille manifiesta que, como de acuerdo a lo pedido por el doctor Saravia, se tratará este punto nuevamente, convendría que en la próxima sesión se tuviera en cuenta lo manifestado por el doctor Rey, en el sentido de que se exigiera un requisito que podría ser la venia judicial, con la intervención del Ministerio Pupilar antes de hacer el pago. Otra cuestión a considerar sería la que se permitió sugerir en el curso de la discusión, o sea que el precepto se limitara a las personas que estuvieran en absoluto estado de necesidad y que los pagos no excedieran de lo estrictamente necesario para salvarlas de la miseria.

Se posterga el Punto 2° y se incluye en el Orden del Día de la sesión siguiente las mociones formuladas.

PUNTO 3° — El doctor Spota se refiere al art. 490, inc. 2°, el cual establece que cesará la obligación si quien recibe los alimentos cometiera algún acto que lo tornase indigno de heredar al que los presta. Señala que, sin embargo, puede suceder que no exista indignidad, pero sí una inconducta manifiesta. Entonces, no habrá interés social en obligar a una persona a prestar alimentos, cuando el alimentario no hace nada por regenerarse o por ponerse en condiciones de subvenir a sus necesidades con un trabajo honesto, que lo transforme en un ser útil para la sociedad.

El doctor Lafaille señala que cabe plantear dos hipótesis. Esa causal puede, en algunos casos, no ser tan grave como para conducir a la cesación de los alimentos, pero sí para motivar que ellos se reduzcan. La fórmula debía decir, más o menos, que en los casos de inconducta o vida desarreglada por parte del alimentario, podría el juez llegar a reducirlos o suprimirlos. Entonces, esa norma no debería incluirse en la parte correspondiente a la cesación, sino en un artículo especial y hacer una referencia en lo relativo a la primera.

Se resuelve aceptar la moción del doctor Spota, modificada de conformidad a lo expresado por el doctor Lafaille.

PUNTO 4° — Sin discusión se acepta la ponencia del doctor Spota y se resuelve suprimir la parte final del art. 489, desde la palabra “alimentos” en adelante.

Prestación alimentaria. Reducción y supresión. (Art. 488).

Falta de derechos a alimentos. Repetición. (Art. 489).

PUNTOS 5° y 6°— El doctor Spota expresa que el inc. 1° del art. 490 establece, entre las causales de cesación de la obligación alimentaria, el hecho de que el hijo menor deje la casa paterna sin autorización. Desde luego, es correcto que cesen; pero, se coloca en el supuesto de que el mismo retorne al hogar, y pregunta si no debe haber una cierta latitud en el criterio del juez.

La forma de la ley parecería un tanto rigurosa, si se mantiene la cesación de alimentos no obstante el arrepentimiento del hijo.

El doctor Lafaille considera que ningún juez se opondría cuando ese reintegro fuese serio; pero no es dado admitir la eficacia de semejantes regresos alternativos, pues interpretando estrictamente la ley, podría presentarse el alimentario el primero de cada mes a retirar el dinero, para ausentarse nuevamente.

El doctor Spota prosigue expresando que, en realidad, el problema más importante es el que se presenta con motivo del matrimonio de esos menores, realizado sin la venia correspondiente. No invoca la supuesta teoría de los hechos consumados; pero sí hace notar que interesa a la sociedad que la familia formada a pesar de la oposición del padre y sin la correspondiente venia judicial, no carezca de lo estrictamente indispensable para que pueda subvenir a sus necesidades. Lo contrario sería como admitir el absurdo de que el padre nadara en la abundancia y el hijo cayera en la indigencia. Propone, pues, que se le acuerden, no los alimentos congruos, sino los estrictamente indispensables.

El doctor Lafaille pregunta, qué sanción existe para el que se casa sin venia de los padres o de los jueces, en su defecto, y aún para quienes simulon la mayor edad. Las únicas son precisamente la que contiene la norma discutida y aquélla que los priva de la administración de los bienes.

El doctor Rayces plantea este supuesto: un joven de diez y ocho años se casa, simulando mayoría de edad, contra la voluntad del padre. Al poco tiempo sufre un accidente de tránsito en el que fallece su esposa y él queda lisiado, sin poder trabajar. Entonces, ¿quién lo va a sostener, dado que el padre no está obligado según este artículo? ¿Por qué debe cargar la sociedad con su asistencia?

Hijos reintegrados al hogar. Prestación alimentaria. Limitación. (Art. 490, inc. 1°).

El doctor Spota indica que situaciones como las que con tanto acierto plantea el doctor Rayces, lo han inducido a formular su proposición, que tiende a que el hijo necesitado no carezca de lo estrictamente indispensable. Además, debe observarse que si bien ese hijo menor, de acuerdo con el Proyecto no tiene derecho a los alimentos, en cambio, cuando llega a los veintiún años, tal derecho renace. La construcción jurídica no parece muy feliz, ni lógica, y es, a su juicio, contraria a los dictados de un concepto más solidarista de la familia.

El doctor Lafaille estima que los alimentos congruos y no congruos tienen su importancia en casos más bien limitados; la mayoría de las veces los alimentos no van más allá de lo estrictamente necesario; los supuestos de cuotas mayores o grandes son raros. Con esa norma se tendrá, prácticamente, que los interesados se casarán sin la venia del padre o del juez, si les conviene, y lo mismo devengarán alimentos.

No se debe olvidar, agrega, que casi todos los matrimonios realizados en estas condiciones son más peligrosos, porque ni tienen la intervención del padre, ni la judicial que podría reemplazarla. En realidad, serían pocos los padres que en casos así no atiendan a sus hijos; pero una cosa es que la ley los obligue y otra que el punto quede a la conciencia de los padres. En cuanto al supuesto del hijo que abandona el hogar paterno y luego se arrepiente, estima que podría salvarse la dificultad agregándose, al final del inc. 1º del art. 490: "... mientras dure el abandono".

Se resuelve acoger la moción del doctor Spota en la forma propuesta por el doctor Lafaille, en lo que atañe al supuesto de la cesación de alimentos en razón del abandono por el hijo menor del hogar paterno, o sea, que esa cesación dure en tanto subsista el abandono. En lo que respecta al supuesto de los menores que contraen matrimonio sin la venia correspondiente, se suspende la discusión.

PUNTO 7º — El doctor Spota trae a colación el problema a que se vincula su moción, con motivo de la reciente jurisprudencia, según la cual parece que, con un criterio bastante mecánico, se establece que la esposa no podrá recibir alimentos, si previamente no ha iniciado la acción de divorcio.

Alimentos. Pedidos de esposa sin mediar juicio de divorcio. (Art. 484, inc. 3º in fine).

Este requisito se hace derivar, entre otros fundamentos, de la norma que exime al esposo de prestar alimentos a su mujer, que, a pesar de ser intimada, no se reintegra al hogar conyugal. Son, sin embargo, dos situaciones distintas y, con esa jurisprudencia se puede propender a que aumente el número de divorcios, lo cual resulta desventajoso para los intereses de la misma familia.

El doctor Lafaille, en este sentido, indica que se ha dado el caso de matrimonios que no desean separarse, pero, como la esposa pedía alimentos, tenía que deducir la acción de divorcio. El art. 4° de la ley 11.357, establece que la mujer puede disponer, en casos similares, de los bienes propios del marido y de la sociedad conyugal que el marido administre; ello está demostrando, que no es necesario, en principio, el divorcio, pero el solo hecho de que exista esa jurisprudencia impone la sanción de una norma para corregirla.

El doctor Rayces observa que al hablar del matrimonio, se ha auspiciado una norma según la cual puede haber separación de hecho sin que los esposos estén obligados a entablar demanda de divorcio.

El doctor Spota indica que, oportunamente, hizo moción en el sentido de que se escogiera un sistema, vigente en el derecho italiano y brasileño entre otros, a fin de que se permita que los esposos, de común acuerdo, puedan separarse, exigiéndose la homologación judicial, moción que prosperó. Pero, el caso que ahora plantea es el de que los esposos, sin haberse separado, viviendo o no en el mismo hogar, no hacen vida marital, tienen o no hijos y, sin embargo, uno de ellos no quiere cumplir con sus deberes de asistencia. Entonces, la esposa, según esa jurisprudencia, debe iniciar la acción de divorcio para obtener alimentos. Los tribunales, pues, imponen un requisito que no deriva de la ley. Conviene, por ello, que no subsista esa tendencia.

El doctor Rey considera que el art. 375, que establece medidas provisionales, y el 363 que habla del incumplimiento del deber de asistencia, resuelven este problema.

El doctor Spota observa que el Código Civil está inspirado en la misma solución que el Proyecto y, sin embargo, da lugar a esta jurisprudencia.

El doctor Rey estima que, estando todos de acuerdo, se podría aclarar la cuestión en el sentido indicado por el doctor Spota.

El doctor Lafaille entiende que esa aclaración no debe introducirse en el título de los alimentos sino en el de la sociedad conyugal o de los deberes de los esposos. Se trataría, entonces, de puntualizar en la disposición pertinente que no se necesita la acción de divorcio, por ejemplo, en los arts. 363 y 375.

Se acepta la moción del doctor Spota, de conformidad a lo propuesto por el doctor Lafaille.

Orden del Día para la sesión siguiente. — ARTÍCULO 491. —

El doctor Spota pregunta qué razón normativa existe en este artículo. *Prima facie*, parece innecesaria la definición que contiene.

El doctor Lafaille estima que preceptos como éste son útiles, porque, aunque tengan aspecto de definición, desempeñan un papel aclaratorio. Por de pronto, marca bien que es el conjunto de derechos y deberes correspondientes a los padres; establece que la patria potestad incumbe a los dos progenitores con preferencia a favor del varón y se refiere a la persona y bienes de los hijos menores no emancipados y señala reglas generales que ayudan a la interpretación. Si se suprimiera este artículo, se presentarían siempre inconvenientes respecto al alcance de la patria potestad.

Se resuelve incluir en el Orden del Día la indicación del doctor Spota para que se estudie si conviene suprimir el art. 491 por innecesario.

ARTÍCULO 492. — El doctor Spota dice que la segunda parte de este artículo se coloca en el supuesto de que mediare separación judicial o nulidad del matrimonio. Supone el caso de que fuese culpable el padre; ¿sigue, a pesar de ello, la patria potestad en poder de él? ¿Quiere decir que sólo se limita a este esposo el derecho de educarlos?

El doctor Lafaille explica que, en el supuesto planteado, el cuidado de los hijos se regirá por el art. 383 que establece el régimen de los cónyuges, uno de los cuales ha causado el divorcio, y cuáles las reglas para la custodia. Agrega que el derecho de educarlos, la representación y el

manejo de los bienes, que son las características de la patria potestad, quedarán a cargo del padre; en otros términos, la tenencia o guarda del art. 383 no afecta la patria potestad, salvo en el límite reducido del cuidado de los menores.

El doctor Spota estima que la regla debe ser la inversa de la establecida: al padre le corresponde la patria potestad y en el art. 492, sólo se le acuerda el derecho de educarlos, la representación y el manejo de los bienes. ¿Esa enumeración es taxativa?

Alcance de las facultades del padre.
(Art. 492).

El doctor Lafaille propone que se diga: “La patria potestad quedará siempre en poder del padre, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 383”. Añade que se han producido diversas cuestiones, sobre todo, cuando se acuerda la tenencia a la madre y el padre conserva la patria potestad. La madre, como tiene la guarda, envía al hijo a un colegio; pero el padre se opone y se origina un conflicto, porque él conserva el derecho de educarlo. Entonces, se ha querido deslindar el punto en el sentido de que el cuidado de los hijos se regirá por el art. 383 y todo lo que se refiere a la representación, manejo de los intereses y derecho de educarlos queda a cargo del padre. Si alguien dijera que esta enumeración podría dar lugar a inconvenientes, bastaría observar que el art. 494, establece lo que atañe a la patria potestad y allí se evidencia que la guarda es una de las varias facultades.

El doctor Spota considera que hay un problema de técnica: al padre debe corresponderle la patria potestad, menos decidir exclusivamente sobre el cuidado del niño.

Queda incluida en el Orden del Día la indicación del doctor Spota para que en el art. 492, segunda parte, cuando se hace la enumeración de los derechos y facultades que quedan a favor del padre, se especifique claramente que abarca toda la patria potestad.

ARTÍCULO 493.— El doctor Spota plantea el supuesto del esposo que reconoce un hijo natural y pretende introducir dicho hijo en el hogar conyugal. ¿Tiene derecho la esposa a oponerse?

Hijos ilegítimos.
(Art. 493).

El doctor Lafaille considera que dentro de nuestras costumbres, no puede introducirse en el hogar dicho hijo contra la voluntad del otro cónyuge. Sería un agravio enorme.

El doctor Spota expresa que el nuevo Código italiano prevé esta situación en el sentido de prohibir que se introduzca el hijo natural en la familia legítima, cuando el reconocimiento se verificó *durante el matrimonio* (art. 257). Esta es la solución que podría acogerse, ya que si bien puede tener el inconveniente de ser un tanto rígida, posee la ventaja de fijar con claridad el derecho del padre que reconoció su hijo natural a introducir éste en el hogar conyugal, cuando posteriormente contraiga matrimonio con una persona que no es la madre natural de su hijo. Como el reconocimiento fué anterior, la esposa no puede oponerse, porque aceptó, al contraer enlace, tal situación, salvo que mediare ocultamiento doloso u error grave, en cuyo supuesto podría plantearse la cuestión de la anulabilidad del matrimonio mismo por vicio de consentimiento (arts. 389, inc. 4º, y 390, inc. 1º, del Proyecto).

El doctor Lafaille considera que sólo sería admisible, la introducción del hijo en el hogar, cuando se lo hubiera reconocido antes del matrimonio y viviera con el padre, habiendo aceptado la novia esta situación aunque podría decir que se casa con él sin aceptar el hijo. Parece que es una cuestión de circunstancias, que no debe figurar en el Código.

Agrega que existe acuerdo en que si el reconocimiento se produce durante el matrimonio, no se permitirá que el hijo natural entre en la familia sin el consentimiento del otro cónyuge. El problema se presenta con respecto al reconocimiento efectuado antes del matrimonio. En este caso lo ha reconocido sin decírselo a su novia, ella también podría oponerse. Ese asunto se resuelve por la teoría de las injurias graves en el divorcio, y no se puede establecer toda una enumeración de las ofensas posibles.

El doctor Rayces plantea el supuesto de la persona que pretende llevar a su hijo al hogar conyugal y la mujer se niega, pese a lo cual, el marido lo trae; ¿qué hace la mujer? Lo único que puede hacer es iniciar acción de divorcio. Entonces, si ha habido desconocimiento u ocultación de la filiación, hay injuria para la mujer; si no hubo tal cosa, se debía suponer una aceptación tácita de ésta. Opina, pues, como el doctor Lafaille.

El doctor Spota no insiste en su moción.

ARTÍCULO 494.—El doctor Spota se refiere a la parte del artículo que establece que los padres no están obligados a dar a sus hijos los medios de formar establecimiento ni a constituir las dotes de las hijas. Se pregunta cuál es la razón de esta norma desde que no puede existir obligación sin texto expreso, máxime no existiendo costumbre alguna, al respecto, entre nosotros.

El doctor Lafaille entiende que hay ventaja en decirlo, porque podría creerse que la dote es una obligación derivada de la patria potestad.

El doctor Spota insiste en su proposición a fin de que se suprima esa última parte. Además, pide que se considere la situación del hijo por nacer y la posibilidad de extender a él la patria potestad.

El doctor Lafaille estima que no existe patria potestad sobre las personas por nacer, sino simplemente una curatela, que ejercen los padres; la persona por nacer tiene derechos limitados y condicionados que no necesitan vincularse con el ejercicio de la patria potestad. Cuando se habló de la representación de los incapaces, se dijo que las personas por nacer están representadas por el padre, que allí actúa en función de curador.

Se resuelve considerar estas proposiciones.

Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Indicación del doctor Spota para que se aclare en el art. 486 la situación del extraño que hubiere prestado alimentos, a los efectos de la repetición de los mismos y también el supuesto de que hubieren sido anticipados por el erario público, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 330 del Código Civil suizo. Moción del doctor Rey para que se exija, como condición de la acción de reembolso del que prestó los alimentos, la venia judicial previa a la prestación de los mismos, otorgada con intervención del ministerio público. Moción del doctor Lafaille a fin de que los alimentos reembolsables sean los prestados a personas que se hallaran en la indigencia, no debiendo la asistencia reclamable exceder de lo estrictamente necesario.

PUNTO 2º — Moción del doctor Spota contenida en el punto 6º del anterior, solamente en lo que se refiere al supuesto

Medios de formar establecimientos. Constitución de la dote. (Art. 494, in fine).

Situación del hijo por nacer.

Alimentos prestados por extraño. Repetición. Los anticipados por el erario público. (Art. 486).

Acción de reembolso. Venia judicial previa a la prestación.

Alimentos reembolsables. Estado de indigencia del alimentado y limitación de la asistencia.

Prestación alimentaria. Limitación. (Art. 490, inc. 1º).

del menor que contrajera matrimonio sin la venia correspondiente.

Concepto. (Art. 491).

PUNTO 3° — Indicación del doctor Spota para que se suprima el art. 491 por considerarlo innecesario.

Alcance de las facultades del padre. (Art. 492).

PUNTO 4° — Indicación del doctor Spota para que en el art. 492, segunda parte, cuando se hace la enumeración de los derechos y facultades que quedan a favor del padre, se considere si no sería mejor especificar claramente que abarca toda la patria potestad, salvo la tenencia.

Medios de formar establecimientos. Constitución de la dote. (Art. 494, in fine).

PUNTO 5° — Indicación del doctor Spota para que se suprima la parte final del art. 494, respecto de la obligación de los padres para formar establecimiento y constituir dote.

Situación del hijo por nacer.

PUNTO 6° — Indicación del doctor Spota respecto al artículo 494, para que se prevea la situación de las personas por nacer y se considere si a ellas puede extenderse la patria potestad.

REUNION N° 84

—Buenos Aires, veinticuatro de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y José Manuel Saravia.

ORDEN DEL DIA

Alimentos prestados por extraño. Repetición. Los anticipados por el erario público. (Art. 486).

PUNTO 1° — El doctor Saravia insiste en que no se incorpore al Proyecto una norma que se refiera concretamente a este punto. Cree que los principios generales del enriquecimiento sin causa son suficientes para proporcionar una regulación jurídica adecuada frente a cualquier caso que en esta materia pudiera presentarse. Precisamente, el caso de haber eximido a una persona de su obligación de prestar alimentos, es típicamente un caso de enriquecimiento sin causa. Indica que Von Thur se refiere a esta hipótesis, cuando, al expresar que el enriquecimiento sin causa puede consistir en evitar la

disminución de un patrimonio, dice, en una nota: “Un enriquecimiento de este género se produce cuando alguien sustenta a un niño, reemplazando al padre”. Si se incorpora una norma que dijera que únicamente son reembolsables los alimentos estrictamente necesarios acordados a indigentes, se excluirían otras hipótesis que bien podrían autorizar una prestación alimentaria y oportunamente una acción de reembolso. No puede temerse un atentado contra el patrimonio de una persona en base de una solución entre el que los presta y quien los recibe, porque la sola circunstancia de haberlos prestado no dará derecho a exigir el reembolso. La pretensión de repetición va a tener que fundamentarse en la prueba de que la persona demandada estaba realmente obligada a prestarlos, y, como esa prestación ha significado desligarlo de una obligación que realmente se hubiera hecho efectiva, el que presta los alimentos se verá en el caso de hacer todo el juicio que hubiera tenido que hacer el que los recibe. Parece atinada la proposición del doctor Rey a fin de que, en caso de que prospere la moción del doctor Spota, se exija una previa autorización judicial, pero, opina que ello tampoco sería indispensable, porque el hecho de haber pedido una autorización judicial para prestar alimentos, sin intervención del que en definitiva tendrá que soportar el pago de los mismos, iría creando una situación con prescindencia del obligado a dar dichos alimentos. En el caso del Código Civil suizo está bien que se contemple y enuncie una norma general. El Fisco que ha prestado alimentos se supone que los presta con toda razón y no es posible suponer que la Comuna que ha hecho esa prestación, va a tener el propósito de enriquecerse, de entrar en colusión con el que los recibe. Pero, si se incorporara una norma diciendo que quien presta alimentos tendrá derecho al reembolso y que para prestarlos deberá previamente gestionar una venia judicial (que por experiencia sabemos que se otorga sin mayores comprobaciones), se estaría abriendo la posibilidad de que se faciliten ardides en perjuicio del patrimonio de terceros. Cree, entonces, que una norma en esta materia no es necesaria, porque sería absolutamente casuística. La solución está contemplada en los principios del enriquecimiento sin causa; toda norma que se enuncie, al respecto, en

términos restrictivos, alejará la posibilidad de una solución más amplia y generosa.

El doctor Lafaille aclara que, tanto su proposición como la del doctor Rey eran de carácter subsidiario, es decir, que una vez aceptada la propuesta del doctor Spota deberían considerarse estas otras.

El doctor Spota señala que su primera intención fué la de que el Fisco, la Comuna o las entidades públicas, no tuvieran dificultades para recuperar los gastos efectuados y que corresponden al pariente obligado. Estima conveniente que aquéllos tengan derecho al reembolso, porque le parece imposible que los mismos puedan haber procedido siempre con ánimo de exclusiva beneficencia. Pero, para cortar toda discusión, debe preverse una norma categórica, como lo entendió el legislador suizo. La segunda intención que le guió —sigue expresando— fué la de aclarar el derecho que asiste a todo extraño que protege a la persona indigente, de tal modo que el reembolso respectivo no quede sujeto a hesitaciones, en el sentido de si se aplican o no los principios generales que rigen al enriquecimiento sin causa. En el Código suizo de las Obligaciones y Contratos, se reglamenta el enriquecimiento sin causa y, sin embargo, se ha considerado necesario establecer en el Código Civil este principio, quizá porque la materia de las obligaciones y contratos es tan distinta de la materia del derecho de familia; quizá, también, porque se podría alegar que existe intromisión en la esfera interna de la familia. Entonces, en virtud de ese principio de que el gestor ha incurrido en culpa al entrometerse en el patrimonio ajeno, podría alegarse que no tiene derecho al reembolso o que sólo le asiste un derecho muy reducido. Vendría a quedar el que presta alimentos en una situación desventajosa, muchas veces sin la posibilidad de obtener el reembolso. El propósito perseguido con la moción fué el de aclarar esta situación y establecer el principio de que existe siempre esa acción de reembolso. Es decir, que está de acuerdo con el doctor Saravia; la divergencia sólo se presenta con respecto a si la solución que todos auspician surge del Proyecto. Si así lo entiende la Sección, por su parte, no tiene inconveniente; pero hace la salvedad de que el estatuto regulatorio del enriquecimiento sin causa no puede aplicarse, de pleno derecho,

en el régimen de la familia. El régimen de la familia tiene mucho de derecho público, pero, también, puede decirse que la familia es un círculo en que sólo excepcionalmente pueden intervenir extraños.

El doctor Lafaille propone que se agregue al art. 486: "... sin perjuicio de los casos en que fuesen aplicables las normas del enriquecimiento sin causa, en que procederá el reembolso de los alimentos". Agrega que el único punto que podría dar lugar a dudas es éste: si una persona ayuda a un menesteroso, ya sea guiada por un desinterés absoluto o con la esperanza de obtener el oportuno reembolso ¿puede resarcirse en la medida de lo que ese beneficiario necesitaba para salir de la indigencia? Porque, entonces, quedaría el crédito al arbitrio de los particulares. Supóngase —expresa— que el menesteroso necesita una pensión de \$ 150 mensuales; una persona que es pudiente, se los proporciona; pero, podría ocurrir que a los allegados del alimentario les resultara gravosa tal pensión. Entonces, vendrían los litigios, porque habrá dificultad para saber cuál es lo congruo y cuál lo estrictamente necesario. Otro ejemplo: por razones especiales, un señor tiene simpatía a ciertos enfermos —tuberculosos, v. gr.— y decide suministrar con largueza todo lo que exige el cuidado de uno de ellos. Dada su posición económica, le es fácil hacerlo; pero los parientes del indigente pueden no estar en las mismas condiciones y entonces se plantearía siempre la cuestión de saber hasta que medida es posible el reembolso. La norma de que se apliquen las reglas del enriquecimiento sin causa a tales y cuales casos, puede dar lugar a interpretaciones restrictivas; a que se crea que no es aplicable a los otros. Entende que, con la redacción que sugiere, no es ello posible.

El doctor Rey estima que para evitar esa interpretación restrictiva, se podría acoger un agregado que dijese: "La situación del extraño que presta alimentos será regida por el principio del enriquecimiento sin causa"; de esa manera, al decir: "extraño", se comprenden todos los casos.

El doctor Spota propone que se sustituya la expresión "extraños" por "terceros", comprendiéndose, así, al Fisco.

En definitiva, se acepta la siguiente redacción: "Siempre que un tercero anticipe alimentos, se aplicarán los principios

del enriquecimiento sin causa'' (como párrafo a agregar al art. 486).

Prestación alimen-
taria. Limitación.
(Art. 490, inc. 1º).

PUNTO 2º — El doctor Spota dice que en la sesión pasada, en que también se discutió este punto, habíase llegado más o menos a una solución en el sentido de que el menor que hubiere contraído matrimonio sin la venia de los padres o judicial supletoria, debía, forzosamente, recibir los alimentos estrictamente necesarios y no los congruos. Con esta sanción el espíritu de la ley estaba satisfecho, porque no se le acordarían los alimentos congruos sino que sólo los indispensables. El doctor Lafaille objetaba que esta sanción únicamente regiría en los casos de parientes ricos y no cuando se tratase de pobres. Si bien el argumento es de peso, también tiene fuerza la consideración de que, por un error inicial, quedan en completo desamparo los menores que contrajeron matrimonio. Existe un interés social, pues, en que ello no suceda.

El doctor Lafaille expresa que, en realidad, su objeción —fuera de lo dicho por el doctor Spota— consiste en lo siguiente: en el fondo, no hay sanción respecto de los que se casan sin la venia legal y parece que eso no contribuye a robustecer los vínculos de la familia. Claro que el problema es complejo como todos aquellos donde hay muchos puntos de vista a considerar: el no restar fuerza a la patria potestad; no entorpecer las uniones legítimas ni fomentar los concubinos; y de que los errores iniciales, producto de la inexperiencia de los jóvenes, no se castiguen de una manera severa, al extremo de dejarlos en la indigencia. Por eso, la solución que preconiza el doctor Spota, aunque no la cree completa —porque en estas cuestiones no se puede satisfacer a todos—, se acerca bastante a la justicia. La mayoría de las veces, suministrarán los padres esos alimentos sin llegar a los tribunales, porque es difícil que dejen al hijo en la miseria, por el mero hecho de haberse casado sin su venia.

Se acepta la moción del doctor Spota, en el sentido de que, en dicho supuesto, tendrán derecho a los alimentos estrictamente necesarios.

Concepto. (Art.
491).

PUNTO 3º — El doctor Spota expresa que ha reflexionado y comprende ahora las ventajas que tiene el artículo; por ello, se inclinaría a mantenerlo, siempre que en él se estableciera un principio, que es el acogido por el Código Civil peruano y otros,

en cuya virtud la patria potestad corresponde a los padres y se ejerce por el varón. Haría moción entonces para que no se defina el contenido de la patria potestad y sólo se establezca a quien corresponde, dejando en un pie un tanto igual a ambos esposos, aún cuando, en definitiva, será el padre quién la ejerza y, en subsidio, la madre. El art. 390 del Código Civil peruano establece: “Los padres, por la patria potestad, tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” y el art. 391 dice: “La patria potestad se ejerce por el padre y la madre durante el matrimonio. En caso de disentimiento prevalece la opinión del padre”. En realidad, se llega a lo mismo pero se da un mejor concepto de la patria potestad. Hay que establecer que la patria potestad corresponde esencialmente a ambos padres.

El doctor Rey dice que, antes que cambiar por cambiar, es preferible mantener la norma de la ley actual, como resulta de leer el art. 491 del Proyecto y compararlo con el similar del Código Civil peruano.

El doctor Spota observa que dicho art. 491 no es normativo: sólo la caracteriza patria potestad y la define.

El doctor Lafaille expresa que los artículos de definición se convierten en normativos con un truco sencillito. Si se quiere llegar a suprimirlos en absoluto, no se opone a ello pero le parece que no se consigue gran cosa. Ha merecido ser definida la patria potestad, porque durante muchos años rigieron disposiciones que respondían al criterio de que era un conjunto de derechos. Se ha querido, ahora puntualizar que comprende también deberes, y, además, que corresponde a ambos padres. Es de hacer notar que el Proyecto no dice “padres legítimos” y se refiere a toda clase de padres; en ese sentido, avanza sobre el Código Civil peruano. La redacción de éste, para el supuesto de disentimiento, se tiene ya en el art. 494 y, en lugar de hacer la descripción de esos derechos y deberes en el art. 491, se la formula en dicho art. 494.

El doctor Spota manifiesta que el Proyecto empieza por decir, en el art. 492, que el ejercicio de la patria potestad pertenece al padre y después, en el art. 494, agrega que la madre también tiene derecho. ¿Por qué no decir, entonces, que la patria potestad se ejerce por los dos y que, en caso de disidencia, prevalece la autoridad del padre?

El doctor Rey indica que el art. 494 se refiere nada más que al cuidado. Sería perjudicial esa doble representación y administración para el interés de la familia. Con el sistema del art. 391 peruano, el cuidado, la representación y administración de la persona y bienes de los menores pertenece a ambos esposos y sólo mediando disenso prevalecerá la opinión del padre. Esa norma es contraria al principio de la unificación, que es más conveniente.

El doctor Lafaille considera que —comparadas ambas fórmulas— con definición y todo, la del Proyecto presenta las siguientes ventajas: 1º, establece la patria potestad en una forma más amplia, porque habla de toda clase de padres; 2º, la limitación sobre los menores no emancipados, que no tiene el Código Civil peruano y 3º de que el art. 492 dice que el ejercicio de la patria potestad pertenece al padre —aún en caso de divorcio— y sólo da a la madre, en esta hipótesis o en la de nulidad, una ingerencia que puede competir con la de aquél, cuando se trata del cuidado del hijo, pero no de la representación ni administración.

El doctor Spota pregunta si podría acordar el padre a la mujer un poder en este sentido, para que ella ejerza la representación que sólo se otorga a aquél.

El doctor Lafaille contesta que: para la administración de la parte patrimonial, sí. No ve inconveniente.

El doctor Spota indica que, en materia de representación del menor y administración de sus bienes, no prevalece, frente a la madre, el derecho del padre; según el sistema del Proyecto, sólo pertenecen esos derechos al último, lo que contradice la declaración contenida en el mismo art. 491 que se cuestiona, desde que en este precepto se dice que la patria potestad atañe “a los padres”, a menos de que se entienda con ello que a la madre le corresponde en potencia o, mejor, subsidiariamente, como lo señala el art. 492.

El doctor Lafaille dice que en la vida normal de la familia, el derecho del padre prevalece en el caso de conflicto, cuando se trata del cuidado del hijo. En los otros casos, él es el que tiene los derechos. De otro modo, vamos a instituir, dentro de cada casa, una situación de anarquía permanente, en que el juez tendrá que intervenir a cada minuto, significando un desconcepto para el padre y un motivo de discordia entre los

esposos. Teniendo en cuenta como la familia está organizada en nuestro país, si no se confieren al padre los poderes de ejecutar, dirigir, administrar y representar, no se logrará el orden en la misma.

El doctor Rayces estima que haciendo una comparación entre el sistema del Código Civil del Perú y el del Proyecto, se desprende que es mejor el nuestro, porque evita los inconvenientes a que se ha hecho referencia. En cuanto al art. 491, no cree que sea fundamental suprimirlo por el sólo hecho de contener una definición; pero, realmente, encuentra que la supresión en este caso no trae ningún perjuicio y, en cambio, tiene la ventaja de que no haya un artículo más conteniendo definiciones. A su juicio, el art. 491 podría ser el que hoy figura como 494 referente al contenido de la patria potestad y restablecer la numeración.

El doctor Rey expresa que, no conviene suprimir, por una razón de elegancia o de número de artículos, el que define la patria potestad. Aquello no preocupa en absoluto, hasta el punto que opina que no merece ni el valor de una discusión. Por lo demás, no es una norma perjudicial; no hay razones fundamentales para suprimir una disposición que el Congreso creyó necesario establecer para señalar la orientación de la ley. ¿Qué se ganaría con la supresión de un principio que, aunque no figurase en el Código, siempre sería de doctrina?

El doctor Spota entiende que la supresión se justifica, precisamente porque el principio establecido en el art. 491 surge de la doctrina. Por ello, propone que se suprima ese artículo y que se mantenga lo único que él tiene de bueno, es decir que la patria potestad corresponde a los dos padres y su ejercicio se verifica por el padre, pues además de la definición contiene también algo normativo.

En definitiva, de acuerdo a las propuestas formuladas en el transcurso del debate, el art. 491 queda redactado en los siguientes términos: “Los hijos están sujetos, hasta su mayor edad o emancipación, a la patria potestad de los padres”. El art. 494 pasa a ser el 492 y éste como 493, restableciéndose la numeración.

PUNTO 4º — El doctor Spota dice que el Proyecto, en su art. 492, contempla el supuesto de separación judicial o nulidad del matrimonio y establece que corresponde al padre el

Alcance de las facultades del padre.
(Art. 492).

derecho de educarlos, la representación y el manejo de los bienes; pero, con relación a la guarda, pueden existir otras decisiones del juez que ha entendido en el juicio de divorcio o de nulidad. Esa enumeración se podría evitar diciendo que le corresponde la patria potestad al padre excepto en lo que se refiere a la tenencia.

El doctor Lafaille observa que, cuando se compara dicha redacción con la del art. 494, se ve que el art. 492 comprende íntegramente dos incisos del 494, que son: la representación y administración de los bienes y, además, el derecho de educar a los hijos que figura en otro. Lo único que resta es el cuidado y la crianza. Se ha producido en los tribunales la cuestión, de saber hasta que punto la tenencia limita la patria potestad; pero en la forma propuesta, ella permanece incólume a favor del padre, aún cuando no le corresponda la guarda. Hay que evitar —como a veces ha ocurrido— que se convierta en un derecho teórico.

El doctor Spota considera que lo conveniente sería estudiar si no debiera limitarse en algo ese derecho de patria potestad. ¿Debe ser amplio como en el caso de una vida normal de la familia?

El doctor Lafaille entiende que en cuanto a la administración y representación, debe ser tan amplio como si ejerciera la tenencia. Lo que se puede discutir es el concepto de cuidado y vigilancia y hasta donde llega.

El doctor Rey estima que el principio de que el derecho de educarlos quedará a cargo del padre resultará a menudo desvirtuado en la práctica, pues realmente, quien tenga la guarda será quien lo eduque.

El doctor Lafaille cree que el art. 492 mejora sobre la situación actual, que es un motivo de reyertas e intervenciones judiciales. Con ésto se define el alcance de la tenencia, que no afecta la patria potestad.

Se mantiene el art. 492.

PUNTO 5º — El doctor Spota considera innecesaria la última parte del art. 494, puesto que, entre nosotros, nunca hubo obligación de dotar a las hijas ni formar establecimiento para sus hijos. En realidad, no hace cuestión fundamental de ello, pero le parece que se trata de algo muy extraño a

Medios de formar
establecimientos.
Constitución de la
dote. (Art. 484, in
fine).

nuestro ambiente como obligación legal. ¿Acaso ha habido, alguna vez, acción contra un padre por este motivo?

El doctor Lafaille estima que debe contemplarse el problema conjuntamente con el de la colación. No están obligados los padres, pero una vez que lo hacen procede el reintegro a la masa hereditaria en el supuesto del art. 1954, inc. 2º; pero no en el del art. 1955, inc. 2º.

El doctor Spota pregunta por qué esa desigualdad entre los hijos.

El doctor Lafaille contesta, porque debe dejarse a los padres cierta latitud de criterio en cuanto a las condiciones de los hijos. Es muy peligroso que el Estado les fije una pauta y que el padre deba invertir igual suma de dinero en el estudio, educación, etc., de uno carente de condiciones que en beneficio de otro que le es superior; por éste se puede hacer un sacrificio, que debe quedar librado a quien mayor conoce esas aptitudes y procede, en general, impulsado por el afecto.

El doctor Spota estima que si no se ponen límites, todo el principio de la igualdad de los hijos queda subvertido. Por lo demás, el art. 494, último apartado, no tiene por misión resolver problema alguno relacionado con la colación, debiendo examinarse dicho punto al tratar esta última institución.

El doctor Lafaille expresa que, si se establecen esos límites, queda afectado el derecho de los padres. Insiste, en el art. 1954, según el cual, en su inc. 2º, es colacionable lo invertido por el causante para el establecimiento independiente de sus hijos, sea con motivo del matrimonio, sea para permitirles explotar una empresa y también para mejoras en sus bienes. De esta suerte, y con el art. 1955, inc. 2º, quedan bien precisados los términos del actual art. 3480: el Proyecto no admite que se colacione cuando se trata de estudios o preparación, pero sí en lo concerniente a la dote o establecimiento de los hijos.

El doctor Spota entiende que, ante lo explicado por el doctor Lafaille, surge con más fuerza la necesidad de suprimir la norma cuestionada, ya que ningún papel desempeña y desde que el problema de la colación está expresamente contemplado en otras normas.

El doctor Lafaille expresa que esto del establecimiento no está fuera de nuestras costumbres, porque hay muchos

padres que dan dinero a sus hijos para instalar un comercio o iniciar sus actividades. Es justo que no estén obligados a ello. El silencio del legislador puede también interpretarse, ante la supresión de un texto que está también en el Código vigente y creerse que la Reforma adopta una tendencia distinta. El art. 270 actual aparece, en efecto, reproducido en la última parte del art. 494 que estudiamos.

Ante esa última consideración, se resuelve mantener el precepto cuestionado.

Situación del hijo
por nacer.

PUNTO 6º — El doctor Spota señala que, si bien la patria potestad no puede ejercerse sobre las personas por nacer con la misma amplitud que cuando se trata de personas ya nacidas, lo cierto es que corresponden, aún en el primer caso, determinadas facultades, tal como el derecho que se acuerda a los padres para ejercer su representación. Lo interesante es prever eso, a menos que se considere que ya fué previsto en el art. 24, inc. 1º, del Proyecto. Pero es que no sólo le atañe al padre la representación de esa persona, sino que también le corresponde su cuidado y hasta la administración de sus bienes: están, pues, reunidos los elementos integrantes del concepto de patria potestad. Por otra parte, violenta un tanto, considerar a los padres únicamente curadores del hijo por nacer.

El doctor Lafaille dice que el derecho de los padres en este caso, se traduce por una verdadera curatela. Tales personas por nacer, tienen derechos limitados y condicionados (art. 64, Código Civil) que no exigen el ejercicio de la patria potestad y sí una mera representación. Si bien es cierto que concurren los tres elementos que integran la patria potestad, débese tener en cuenta que es en menor amplitud. Con esa teoría, también en la tutela existe el cuidado, la representación y administración y, sin embargo, nadie confunde ambos institutos. No se justifica, entonces, que el art. 264 del Código haga arrancar la patria potestad desde la concepción.

El doctor Spota observa que, en el supuesto de la tutela, no existe el vínculo de la sangre, ya que no hay descendencia, que es lo que la distingue de la patria potestad.

El doctor Rayces pregunta: ¿y el usufructo?; ¿a quién pertenecen las rentas?

El doctor Lafaille contesta que esos bienes están bajo condi-

ción resolutoria; por lo tanto, el usufructo no se debe admitir. No hay derecho del padre más que como curador; las rentas van a la persona por nacer y se desvanecen si no llegara a tener vida independiente.

El doctor Rey considera que mientras el hijo no haya nacido, su representante es el padre; una vez que nace, éste ejerce la patria potestad en toda su extensión y en todos los casos el usufructo corresponde al padre.

El doctor Lafaille dice que, en el supuesto de establecerse que, desde el momento de la concepción, comenzaran los derechos y obligaciones de los padres, poco importaría, en principio, que esto fuese patria potestad. En su concepto, no lo es, técnicamente hablando.

El doctor Spota, cita el art. 318 del Código italiano, según el cual “el padre representa a los hijos nacidos y por nacer en los actos civiles y administra sus bienes”. Esos actos de administración y representación se refieren también a las personas por nacer. El otro problema, presentado por el doctor Rayces, tiene relación con el usufructo en el interín. Si se extiende la patria potestad al hijo por nacer, todo queda resuelto. Si no se quiere decir que la patria potestad se ejerce desde el momento de la concepción, se podría decir que las reglas que rigen la patria potestad se extienden, en lo pertinente, al hijo por nacer.

El doctor Rey considera que la representación necesaria que le da al padre la ley no es sino uno de los aspectos que comprende la patria potestad; es lo único de que puede hablarse tratándose de una persona por nacer; y al padre que ejerce la representación le corresponde el usufructo.

El doctor Lafaille expresa que en esto finca el interés práctico de seguir uno u otro sistema; si la patria potestad existe desde la concepción, por el efecto retroactivo de la condición resolutoria se supone que el hijo existió desde el primer momento y les corresponden los frutos, que pasarían al titular del usufructo legal en virtud del mismo principio.

El doctor Spota pregunta: ¿los padres son administradores? ¿No pueden percibir un alquiler sujeto a esa condición resolutoria?

El doctor Lafaille contesta que no se requieren adminis-

tradores, porque aquí se cumplen tan sólo medidas conservatorias. Basta con simples curadores para ejecutarlas.

El doctor Spota indica que aún las medidas conservatorias integran el concepto de la administración, entendida ésta en sentido lato. Se trata de una administración muy limitada, pero administración al fin.

El doctor Rayces plantea esta hipótesis: una viuda en cinta; acaba de morir su esposo, y poco después el padre de éste. ¿Tiene derecho dicha viuda, como representante necesaria del hijo que lleva en su seno, a entrometerse en la administración de los bienes dejados por el padre de su esposo? Parece ser que no tiene más derecho que el de tomar medidas conservatorias y ningún otro.

El doctor Spota plantea, en cambio, otra hipótesis: si hay que administrar una herencia que corresponde a la viuda, con el hijo póstumo en su seno, y a otros hijos, ¿puede la primera percibir los alquileres, como administradora, respecto de ese hijo por nacer?

El doctor Lafaille repite que es un derecho sujeto a condición resolutoria; o tendrá que percibirlos dando caución o limitarse a velar por su seguridad. La administración sólo versaría sobre las medidas conservatorias; pero, parece que no es tal en el sentido técnico del vocablo; son actos de gestión que los puede realizar cualquiera sin mandato. Todo ello —en mira de la reforma— y no con referencia al Código que nos rige, cuyo art. 265 resuelve la cuestión.

El doctor Spota observa que hay leyes —como el reciente Código Civil italiano, tal como lo señaló— que establecen que, en lo referente a los hijos por nacer, al padre le corresponde la representación y administración de sus bienes, a pesar de estar todo ello sujeto a la condición resolutoria. Es necesario, pues, decir que corresponde a los padres la patria potestad sobre sus hijos por nacer.

Se resuelve, aceptándose la moción del doctor Spota, establecer que la patria potestad, de acuerdo con la redacción de la ley vigente, corresponde a los padres sobre sus hijos menores o no emancipados desde la concepción. Debe, pues, en la nueva redacción que se dará al art. 491, de conformidad con lo resuelto al tratar el Punto 3º, acogerse el sistema de la

ley 10.903 en cuanto se refiere al punto de arranque de la patria potestad, o sea, desde la concepción.

ARTÍCULO 495. — El doctor Rayces propone que se examine el segundo párrafo del art. 495 para determinar si no conviene precisar la clase de suministros que deban prestarse

Deber alimentario. Suministros a prestarse. (Art. 495).

ARTÍCULO 496. — El doctor Spota se refiere a un conocido caso de jurisprudencia en el cual se examinó el supuesto del abuso del derecho del padre, en cuanto a la educación y dirección de los hijos. Se trataba de una niña que quería ingresar en una comunidad religiosa cristiana con la cual no comulgaban sus padres, quienes se oponían a ese deseo. ¿No habría, pues, conveniencia en prever supuestos semejantes, acordando más latitud al juez, en casos de abusos como éste?

Casos de venia. Limitación de las facultades del padre. (Art. 496).

Se resuelve incluir en el Orden del Día la indicación del doctor Spota sobre el art. 496, en el sentido de que se contemple la posibilidad de un abuso del derecho del padre y la conveniencia de limitar sus facultades.

ARTÍCULO 500. — El doctor Rayces señala un error gramatical. Dice el artículo, al finalizar, “cuando la hubieren aceptado”, pero, ¿quiénes?

Administración de los padres. Excepciones. Redacción. (Art. 500 in fine).

El doctor Lafaille contesta que los donantes. Se está en la situación de que una persona haya establecido un legado o donación con el cargo de que administre el padre o un tercero. Entonces, se establece que podrán designar los donantes o testadores un curador o fijar límites y condiciones a la administración paterna, cuando la hubiere aceptado. Es decir, cuando el donante o testador hubieran autorizado esa administración. Tal vez la palabra “aceptado”, que no será la mejor, se preste a confusión.

El doctor Saravia dice que en realidad, se podría suprimir esa última parte del inc. 2º, porque es innecesaria.

De común acuerdo, se resuelve suprimir en el inc. 2º del art. 500, la frase “cuando la hubieren aceptado”.

ARTÍCULO 501. — El doctor Spota hace moción en el sentido de que se estudie las ventajas que ofrece el sistema de no exigir el avalúo previo, puesto que nuestra práctica se orienta en el sentido de que se tasan los bienes antes de autorizar la venta. ¿Existe alguna razón especial en esta-

Autorización judicial. Requisito de avalúo. (Art. 501).

blecer que no es necesario el avalúo? ¿No podría ello dejarse al criterio del juez?

Se resuelve incluir en el Orden del Día la observación del doctor Spota, al art. 501, penúltimo párrafo, sobre la conveniencia de considerar si debe mantenerse el requisito del avalúo.

Requisito de remate público. Limitación. (Art. 501).

El doctor Saravia dice que está exigido en una forma irreductible lo del remate público. ¿No sería posible estudiar una limitación?

Se decide integrar el Orden del Día con la ponencia del doctor Saravia en el sentido de si, en el art. 501, no conveniría admitir alguna limitación a la exigencia o requisito del remate público.

Actos celebrados por el padre en representación de los hijos. Normas.

El doctor Spota formula indicación para que, no obstante las reglas especiales que existen en el título de la representación y en el del mandato, se consignent principios explícitos en esta parte del Proyecto relativos a los actos que no puede celebrar el padre en representación de los hijos.

Actos prohibidos. Aceptación de herencia. (Art. 502).

ARTÍCULO 502.— El doctor Spota se refiere al supuesto de la aceptación de herencia. Planteando el caso de que el padre no acepta una herencia, ¿no habría conveniencia en seguir el ejemplo de legislaciones que facultan a la madre o al mismo hijo para intervenir y resolver si se debe o no aceptar la herencia?

El doctor Rey dice que mejor es establecer que no puede repudiar herencia sin autorización del juez. En principio, podrá aceptarla; pero, para repudiarla, necesitará la autorización del juez.

El doctor Spota observa que la patria potestad se concibe bien respecto a la educación, representación o gestión de los bienes, pero no en cuanto a disponer de ellos. Puede ser que la madre, el mismo hijo u otros miembros de la familia, crean ventajoso aceptar dicha herencia. Puede nombrársele, en tal caso, al menor, un curador o tutor especial.

Se resuelve incluir en el Orden del Día la indicación del doctor Spota, respecto al art. 502, para que se considere si en el caso de repudiar herencia o legado el padre, al solicitar la autorización judicial, deberá también hacerse intervenir a la madre.

ARTÍCULO 502, INC. 2º — El doctor Saravia formula indicación para que se analice si hay conveniencia en excluir del inc. 2º, art. 502, el supuesto de la copropiedad.

Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Proposición del doctor Rayces para que se examine la segunda parte del art. 495 en el sentido de si no conviene precisar la clase de suministros que deben prestarse.

PUNTO 2º — Sugestión del doctor Spota, respecto al art. 496, en el sentido de que se contemple la posibilidad de un abuso del derecho por parte del padre y la conveniencia de limitar sus facultades.

PUNTO 3º — Observación del doctor Spota al art. 501, penúltimo párrafo, sobre la conveniencia de considerar si debe mantenerse el requisito del avalúo.

PUNTO 4º — Ponencia del doctor Saravia en el sentido de considerar si en el art. 501 no convendría admitir algunas limitaciones a la exigencia o requisito del remate público.

PUNTO 5º — Indicación del doctor Spota para que, no obstante las reglas especiales que existen en el título de la representación y en el del mandato, se consignen en esta parte del Proyecto, principios explícitos, relativos a los actos que no puede el padre celebrar en representación de los hijos.

PUNTO 6º — Indicación del doctor Spota para examinar, en el art. 501, si en caso de repudiar el padre herencia o legado, al solicitarse la autorización judicial, podría hacerse intervenir también a la madre.

PUNTO 7º — Indicación del doctor Saravia para que se analice si hay conveniencia en excluir del inc. 2º, del art. 502, el supuesto de copropiedad.

Supuesto de la copropiedad. (Art. 502, inc. 2º).

Deber alimentario. Suministros a prestarse. (Art. 495).

Casos de venia. Limitación de las facultades del padre. (Art. 496).

Autorización judicial. Requisitos de avalúo. (Art. 501).

Requisito de remate público. Limitación. (Art. 501).

Actos celebrados por el padre en representación de los hijos. Normas.

Actos prohibidos. Aceptación de herencia. (Art. 502).

Supuesto de la copropiedad. (Art. 502, inc. 2º).

REUNION N° 85

—Buenos Aires, treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

Se incorpora a la sesión el doctor Julio Dasen, designado miembro de la misma por la Mesa Directiva del Instituto.

ORDEN DEL DIA

Deber alimentario.
Suministros a pre-
starse. (Art. 495).

PUNTO 1°—El doctor Rayces expresa que después de haber presentado la ponencia, ha llegado a la conclusión de que rigiendo el art. 495, 2ª parte, sólo para casos de urgencia, el juez no lo podrá interpretar con un criterio tal como para permitir los abusos.

En atención a lo expresado, se deja constancia de que la Sección entiende que el carácter de urgencia indica la naturaleza del suministro y que es un correctivo suficiente contra el abuso.

Casos de venia. Li-
mitación de las fa-
cultades del padre.
(Art. 496).

PUNTO 2°—El doctor Spota indica que su moción responde a un caso de jurisprudencia muy conocido, en el que se trataba de resolver hasta dónde llegan los poderes del padre con respecto a una hija que pretendía profesar en una comunidad religiosa distinta de la que predominaba en la familia de los padres. El asunto tuvo una solución favorable a los deseos de la menor; la patria potestad cedió un tanto ante las razones del caso. En tesis general, el padre debe tener el derecho de dirigir la educación, la instrucción, las orientaciones intelectuales de sus hijos; pero es posible que, en determinadas circunstancias, este derecho se ejerza en forma tal que importe un abuso de la facultad que el legislador acuerda. Así como el legislador establece que debe prestarse el auxilio a los padres para corregir a los hijos en forma moderada, también esta facultad de los padres de educar a los hijos debe ejercerse con prudencia. ¿Cuándo debe entenderse que hay o no ejercicio moderado de la facultad acor-

dada al padre por el legislador? Todo será cuestión de apreciación judicial. Entonces, debe haber una especie de recurso para que se decida si el padre procede dentro de las facultades legales. Estas facultades deben mantenerse, pero debe hacerse la salvedad de un ejercicio abusivo, a criterio del juez. Si fuera posible extender la norma que habla de una corrección moderada a estos casos, se solucionaría la dificultad. Lo difícil es hallar —agrega que se apresura a reconocerlo— la norma que no implique un grave ataque a la autoridad paterna.

El doctor Rayces manifiesta que convendría aclarar el alcance de la observación que hizo el doctor Spota. Esta disposición —el art. 496— en discusión se refiere a hijos y a actos: a hijos, cuando está aludiendo a la cooperación que deben prestar los poderes públicos, las autoridades, para reintegrar los menores al hogar, y se refiere a actos cuando dice que será nulo todo acto ejecutado contra lo dispuesto. ¿La proposición alcanza a ambas categorías?

El doctor Spota observa que la moción se refiere a aquellos actos como enrolarse; ingresar en una comunidad religiosa, etc.

El doctor Lafaille indica que la observación del doctor Spota tiende a que los principios del abuso del derecho se pudieran extender a este caso. Considera que dicha figura, en el Proyecto, está reconocida con un carácter amplio, de regla y no de excepción, de suerte que no puede hablarse de derecho estricto. Aquí, encuentra, en el art. 562, cuando se habla del Patronato del Estado, frases que son muy claras: “El Patronato del Estado, nacional o provincial, se ejercerá por medio de los jueces, a quienes incumbe con intervención del Ministerio Público, la superior vigilancia sobre los padres, tutores y curadores, con el fin de atender a la salud, seguridad y educación moral e intelectual de los incapaces”. Cree que no hay necesidad de decirlo también en el art. 496, porque entonces habría que expresarlo al hablar de cada facultad de los padres. Esa ingerencia, ese recurso que conviene introducir según el doctor Spota, parece que ya está contemplado, al extremo de que no sólo llega hasta controlar o limitar las facultades del titular, sino hasta de suspenderlo o removerlo en el ejercicio de la patria potestad. Por eso,

parece que se está dentro de la disposición. No hay facultades que puedan ejercerse en forma arbitraria y en contra de los fines de la institución. Cuando ellos están subvertidos, procede la ingerencia judicial. Si hubiera de puntualizarse en cada supuesto, siempre olvidaríamos alguno y habría margen para la interpretación *a contrario*.

El doctor Spota está de acuerdo con la interpretación dada al caso por el doctor Lafaille, pero le parece que no estaría de más decirlo en este supuesto, atento los términos un tanto rígidos y absolutos del art. 496, cuando habla de que los menores no podrán realizar ciertos actos *sin licencia* de los padres.

El doctor Lafaille expresa: “Esa licencia de los padres, dentro de la economía general del Proyecto, ¿no está suplida por la judicial, a mérito del art. 562, que, por su generalidad, abarca todas las facultades?”

El doctor Rayces pregunta si en cualquiera de estos casos, ya sea enrolarse voluntariamente, entrar en comunidad religiosa, u obligar a su persona de otra manera, etc., puede el menor recurrir a la venia supletoria.

El doctor Lafaille contesta que cuando se produzca el caso de la ley, es decir, cuando el abuso del padre se traduzca por menoscabo en la salud, afecte la seguridad o la educación del menor, etc.

El doctor Spota considera que es una interpretación muy lógica la del doctor Lafaille, que comparte en un todo; pero le asalta el temor de que no se llegue a entender en esa forma y se crea que la negativa del padre a otorgar la licencia pueda ser incausada.

El doctor Lafaille estima que el criterio que debe regir es este: en principio, el hijo necesita la venia del padre; pero ella puede serle dispensada y aun fundar su negativa, un cargo contra el padre, si el abuso de éste conspira contra el principio del art. 562, es decir, afecta la salud, la seguridad y la educación moral e intelectual de los hijos. Claro está que no es una ingerencia para todos los detalles, porque de otro modo el juez se convierte en el tribunal de segunda instancia para las decisiones de los padres. Por eso el juez ejercerá esa facultad con criterio de excepción, o sea, cuando se produzcan casos que justifiquen su empleo.

El doctor Rayces sugiere como una solución total del problema, poner, a continuación del primer párrafo del art. 496, la siguiente expresión “Cuando la negativa de los padres a conceder la licencia fuere manifiestamente infundada, podrá ser suplida por la licencia judicial”.

El doctor Spota propone, simplemente, colocar: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 562”. El único problema es de si una negativa arbitraria del padre puede lesionar la educación moral o intelectual, la seguridad y salud del hijo.

El doctor Rayces expresa que el juez examinará el caso y dirá si juega o no la disposición de ese artículo.

El doctor Lafaille plantea el ejemplo de un menor que quiere enrolarse en el servicio militar y cuyo padre, que profesa ideas antimilitaristas, le rehusa su licencia. Cuando se trata de averiguar los motivos de tal negativa, se encuentra que ella obedece a una razón ideológica, contraria al interés social; entonces, el juez debe conceder al menor la venia. Ahora, si el padre de este menor explica que no le acuerda su permiso, porque el niño tiene determinadas aptitudes y está en cierto colegio, pero quiere entrar al servicio militar por razones arbitrarias, se debe averiguar si las razones que da el padre son valederas. Pero, en el otro caso, no hay necesidad de ello, porque el motivo invocado sería contrario al orden social.

Se resuelve dejar constancia de las observaciones y de la interpretación dada en el curso del debate.

PUNTO 3º— El doctor Spota se pregunta cuál ha sido la razón para suprimir, en el art. 501 penúltimo apartado, el previo avalúo, porque la práctica constante en nuestros tribunales es exigir la tasación en estos casos para establecer la base. Es cierto que el remate público es un gran contralor, pero la base significa una garantía más, aun cuando comprende que es menester evitar mayores gastos.

El doctor Lafaille estima que el artículo es claro. Al declarar que *no será menester el avalúo previo*, no dice que haya que prescindir de él, sino que lo deja al criterio de las partes y del juez, y cabe añadir que esto no sería posible en la subasta, por figurar el avalúo entre las condiciones del remate judicial; a no mediar esta reserva expresa, cabe suponer que se trata, como a veces ocurre, de una testamen-

Autorización judicial. Requisito de avalúo. (Art. 501).

taría en la que se acaba de practicar, hace poco tiempo, una tasación; entonces ¿para qué imponer una nueva? Por todo esto parece que esa diligencia no debe ser considerada indispensable.

El doctor Spota entiende que debe quedar la cuestión sujeta al criterio judicial; o, en otras palabras, que el magistrado debe ser el único juez de la necesidad del avalúo previo a la venta de los bienes del menor.

El doctor Lafaille propone que se establezca que “el juez podrá prescindir del avalúo”.

De acuerdo con la indicación del doctor Spota, se colocará en el apartado penúltimo del art. 501, después de las palabras: “en remate público”, punto seguido y: “El juez podrá prescindir del avalúo”. Se deja constancia de que ese fué el sentido que se tuvo al redactar el artículo.

Requisito de remate público. Limitación. (Art. 501).

PUNTO 4º — El doctor Rayces observa que el art. 297 del Código Civil vigente no exige este requisito del remate público.

El doctor Lafaille contesta que, tratándose de bienes de incapaces, el Código actual lo establece de una manera perentoria para los tutores (art. 441). Bibiloni entendía que la administración de los padres debía regirse, en principio, por las reglas de la tutela. La Comisión invirtió la regla (art. 530) y quedó la subasta para todos (art. 501). Admite la conveniencia de alguna limitación, pues podría darse el caso de que se presentare una venta privada que ofreciera las mismas garantías y mayores ventajas.

El doctor Rey considera que podría establecerse una disposición, según la cual, cuando se prueba que es más conveniente una venta privada, el juez pueda excusar de realizarla en remate público.

El doctor Rayces indica que se podría introducir la misma disposición que, referente a la tutela, contiene el Código vigente en el art. 442: “El juez puede dispensar que la venta de muebles e inmuebles se haga en remate público, cuando a su juicio la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación”. Con esta disposición se salva todo el problema.

El doctor Lafaille hace indicación para que se suspenda

la consideración de la proposición del doctor Saravia para examinar si no habría posibilidad de mantener, como principio para toda enajenación de bienes de menores incluso los sometidos a la patria potestad, la pública subasta, pero con limitaciones, tomando en cuenta la regla del art. 442 del Código Civil actual, que podría servir de base.

Se aprueba la indicación de referencia.

PUNTO 5º — El doctor Lafaille dice que el doctor Spota, según cree recordar, encontraba que la enumeración del art. 502 no era suficientemente completa. En el Proyecto se ha modificado el régimen actual, al crear, en el título general, la parte de la representación; fuera de eso se han aclarado algunos preceptos del mandato. De manera que todo lo referente a estas facultades de los padres está regido, además, por las reglas de la representación y, a su vez, al final de éstas se aplican subsidiariamente las del mandato (art. 196). Cuando se trata de actos de disposición a título oneroso se necesita la venia judicial y cuando se trata de actos de disposición a título gratuito, ni con la venia judicial es permitido. Esa es la jurisprudencia. Agrega que quizás el doctor Spota tenga razón en el sentido de que la enumeración no resulte completa.

El doctor Spota expresa que en estas enumeraciones, algunas veces, se han contemplado situaciones que están repetidas y en otras faltan agregar hipótesis omitidas. Están repetidos, en efecto, los incisos 2º y 3º del art. 502; el segundo que establece que los padres no pueden adquirir por sí ni por interpósita persona los bienes de sus hijos menores, ya ha sido previsto en el título de la compraventa (art. 906, inc. 2º), y como la cesión de derechos, cuando es por un precio, también se rige por la compraventa (art. 948, 2º parte), se tienen preceptos repetidos. En cambio, hay supuestos no previstos, que no están comprendidos especialmente en otras disposiciones del Código. Así que para la mejor técnica del Proyecto, o se sigue un principio general, diciendo que los actos de disposición a título oneroso necesitan intervención judicial y los a título gratuito no pueden realizarse, o se formulan enumeraciones lo más completas posibles.

El doctor Lafaille considera que en la enumeración habría que agregar los actos gratuitos de cualquier naturaleza y

Actos celebrados por el padre en representación de los hijos. Normas.

también aquéllos en que hubiera conflictos de intereses. El doctor Spota podría estudiar el punto y presentar un plan para este agregado. Agrega que aun cuando ello surge del sistema de la ley, comprende que puede dar lugar a interpretaciones difíciles.

Se resuelve considerar el punto nuevamente en la reunión próxima.

Transferencia del usufructo. (Art. 502, inc. 5°).

ARTÍCULO 502, INC. 5° — El doctor Rayces expresa que en realidad, no encuentra el verdadero significado del inc. 5° del art. 402. Si se puede transferir, con autorización judicial, el bien en pleno dominio, ¿por qué no se puede transferir el usufructo?

Se resuelve considerar en la reunión próxima la observación del doctor Rayces.

Donaciones de uso o conveniencia.

DONACIONES DE USO. O CONVENIENCIA. — El doctor Spota expresa que el padre no puede realizar actos a título gratuito, pero el Código Civil alemán prevé aquellas donaciones de conveniencia como comprendidas dentro de las atribuciones inherentes a la administración ejercida por el padre. Pregunta si ello está o no previsto en el Proyecto.

El doctor Lafaille considera que cuando se trata de presentes de uso o remunerativos de menor cuantía, en el título del mandato se confiere al administrador el derecho de realizarlos sin facultad expresa. El padre es administrador y tiene, por lo tanto, esas atribuciones.

El doctor Rayces expresa que se referirá a una donación que no es remunerada, pero que va persiguiendo fin lucrativo. Plantea el supuesto de la existencia de un gran terreno baldío en los suburbios de la ciudad, en un barrio en formación. Existe la conveniencia de subdividirlo abriendo calles, pero ello no es posible sino con la cesión del terreno necesario. ¿Cabría la posibilidad de que el padre, en representación del hijo, cediera la parte correspondiente a la calle? Si no cupiera, sería partidario de que se estableciera una norma que lo permitiera.

El doctor Lafaille estima que ese acto, en realidad, no envuelve una donación gratuita. Pero, considerando de una manera literal el texto de la ley, sería una donación y no con cargo; ni tampoco un presente de uso, ni una liberalidad remuneratoria. Cree que podría aclararse el inc. 6° del art. 1107, respecto de las donaciones que pueden hacer los padres.

Queda planteada la observación del doctor Spota.

ARTÍCULO 502, INCISO 5º — El doctor Rayces dice que el Código actual, en el art. 297, establece que los padres pueden transferir derechos reales con la autorización del juez, pero el Proyecto determina que ni con la autorización judicial es posible ello. Es algo que quizá se haya deslizado inadvertidamente.

El doctor Lafaille expresa que el propósito que prevaleció fué el de evitar el desdoblamiento, que se pudiera embargar y vender una servidumbre o el usufructo, separados de las cosas, sobre todo mientras los titulares fueran incapaces, por temor de que separados así, pueda malbaratarse, lo mismo que las partes indivisas. Como se ha tenido el concepto de que un acreedor no puede vender tampoco separadamente esos derechos, también se ha prohibido hacerlo en este caso.

El doctor Spota observa que podría adoptarse el siguiente temperamento: en general, someter todos los actos jurídicos a la autorización judicial y prohibir solamente los actos de disposición a título gratuito. Es la tendencia que se desprende del art. 318 del nuevo Código Civil italiano.

El doctor Lafaille indica que en gran parte la Comisión Reformadora estaba integrada por jueces y, sin embargo, ellos fueron los primeros en oponerse a la ampliación de sus facultades. Entre nosotros los actos a título gratuito son muy frecuentes y, a menudo, difíciles de evitar. La ley, suprime toda cuestión, prohibiendo en absoluto ejecutarlos; así ocurre con las donaciones y la fianza. Parece muy sabio que los actos a título gratuito no se puedan realizar ni aún con la intervención judicial, así como tampoco autoriza, ni con este requisito, aquellos actos en que puedan existir conflictos de intereses; también parece razonable que se exija la intervención judicial en los actos a título oneroso y que se estudie si no se puede imponer como regla la subasta pública, pero siempre limitada. Sería peligroso que los padres pudiesen proceder a la enajenación sin el contralor del remate judicial, que es muy serio. Únicamente cuando se justifique que se ofrece un precio más ventajoso, o por circunstancias análogas, podría omitirse tal formalidad.

El doctor Rey observa que Bibiloni da como razón para exigir la subasta en la tutela, justamente ésa; dice que la

Transferencia de derechos reales. Alcance de la prohibición. (Art. 502, inc. 5º).

Transferencia de derechos reales. Limitación de la prohibición. (Art. 502, inc. 5º).

disposición de la ley que exige la subasta ha quedado en la práctica reducida a letra muerta, porque los jueces no se ocupan en unos casos, y en otros, no tanto en la capital como en las provincias, porque obedecen a influencias. Entonces, en la práctica, esa regla que parece ventajosa redundaría en perjuicio de los menores. Parece preferible que, en algunos casos, corran el riesgo de una subasta posiblemente perjudicial con tal de impedir que, en otros, se malbaraten sus bienes.

Se resuelve tener en cuenta las observaciones formuladas, en la próxima reunión.

Actos prohibidos.
Aceptación de herencia. (Art. 501).

PUNTO 6º — El doctor Spota expresa que, en realidad, en el art. 501 no se prevé el supuesto de aceptar herencia, donaciones o legados, por parte del padre y la facultad de repudiarlos.

El doctor Lafaille considera que para renunciar una herencia es necesario un poder especial. Podría, para que no hubiera dudas sobre eso, especificarse que la necesidad de poder especial importa la venia judicial, aunque siempre se ha entendido así. En el título del mandato (art. 1107) se establece la norma: para repudiar se requiere poder especial. En cuanto a la aceptación, siempre tiene que hacerse bajo beneficio de inventario. Si el juez no autoriza al padre para renunciar la herencia, éste deberá aceptarla bajo beneficio de inventario.

Se resuelve dejar constancia de esta aclaración.

Supuesto de la co-
propiedad. (Art.
502, inc. 2º).

PUNTO 7º — El doctor Spota estima que, en principio, no deben admitirse limitaciones a la norma del art. 502, incs. 1º y 2º, por tener ésta una base moral muy grande y haber sido acogida en casi todos los códigos del tipo del nuestro. El Código Civil italiano nuevo no admite ninguna limitación: el padre no puede hacerse titular de ningún bien o derecho que corresponda al menor ni hacerse cesionario de sus créditos (art. 321, Cód. cit.). Es posible que, en algún caso especial, haya ventaja para el hijo en contratos celebrados con el padre; pero los inconvenientes parecen ser superiores a las posibles ventajas.

El doctor Lafaille expresa que no ve la razón para que un viudo, que posea bienes en condominio con los hijos, no pueda, llegado el momento de adquirir, ser adjudicatario en el remate judicial. Los bienes de menores tienen ya inconvenientes para su enajenación, derivados de las formalidades que

exigen; otros se agregan cuando están en condominio, aunque sea con los padres. No hay necesidad de añadir otros. Es evidente que todo eso conduce en el orden práctico, a evitar la comunidad de los padres con los hijos; pero a veces no se puede impedir, porque causa perjuicio la división. ¿Por qué entonces, con todos los requisitos de la ley y con la intervención del Ministerio Pupilar y tutor especial, se va a privar al padre de adquirir esos bienes?

El doctor Rayces considera que ello debe prohibirse, porque de lo contrario se admitiría que el padre hiciera negocio con sus hijos menores. Ello se prestaría a abusos, porque un padre mal intencionado tendría el instrumento para defraudar al hijo. El supuesto de las adjudicaciones hereditarias debe ser motivo de normas a prever cuando llegue el caso. Agrega que el negocio podría aparecer en casos como el siguiente: fallece una señora dejando varios hijos; son herederos éstos y el marido. El padre, sabiendo que es transitoria la situación desfavorable de la plaza, pide la venta de los bienes de la herencia y los compra para él a bajo precio. Resulta claro con este ejemplo la facilidad con que se podría perjudicar a los menores.

El doctor Lafaille manifiesta que, para salvar ese concepto ético, se pueden arbitrar otros procedimientos, sin perjudicar los bienes de los incapaces, entorpeciendo su negociabilidad. No se debe olvidar que en los remates de esa especie, los condóminos son los principales interesados y de acuerdo a lo que se acaba de manifestar, el padre que suele tener la parte mayor no podrá hacer ninguna puja, ni siquiera defender su patrimonio. ¿En virtud de qué razón se le afectaría en su propiedad?

Se resuelve suspender el punto 7º del Orden del Día.

ARTÍCULO 504.— El doctor Rayces dice que el art. 504 establece que el supérstite deberá levantar inventario judicial de los bienes del matrimonio, con determinación de los que correspondan a los hijos. ¿Qué se ha querido decir con lo de la determinación de los bienes de los hijos? De los bienes del matrimonio ninguno corresponde a los hijos. Si se ha querido referir a los bienes que heredan, no olvidemos que a todos, ya sean propios o del matrimonio, se extiende su parte hereditaria.

Inventario de los bienes. Bienes correspondientes a los hijos. (Art. 504).

El doctor Rey expresa que lo que se ha querido decir no es que algunos bienes del matrimonio pertenezcan a los hijos, sino establecer con precisión cuáles son los de la sociedad conyugal y cuáles corresponderán a los hijos, para dificultar así su dilapidación.

El doctor Lafaille observa que este artículo del Proyecto tiene su fuente inmediata en el 296 del Código actual. La expresión puede tal vez prestarse a reparos; pero el sentido es éste: por la ley nuestra, los padres no heredan en concurrencia con los hijos sobre los gananciales; de manera que lo que quiere es determinar el acervo de la sociedad conyugal cuya transmisión *mortiscausa* se rige por principios diversos.

Queda planteado el punto.

Usufructo y administración. Supuesto de la falencia del padre. (Art. 505).

ARTÍCULO 505.— El doctor Spota estima que debe estudiarse la siguiente cuestión: los padres tienen de pleno derecho el usufructo y la administración de los bienes inherentes al mismo, pero es posible que el padre haya quebrado; la ley no parece preverlo como motivo de cesación o suspensión de la patria potestad; de modo que a pesar de haber incurrido en falencia, puede no haber perdido la patria potestad. Es de preguntarse, entonces, si el padre quebrado no necesita dar fianza para poder administrar los bienes de sus hijos menores.

El doctor Rey considera que el art. 1622 da la solución, pues dice: “El usufructuario deberá dar caución real o personal de que las cosas serán conservadas y restituidas al finalizar su derecho. No estarán obligados a prestarla, salvo caso de peligro justificado...” y luego enumera todas las personas eximidas, entre ellas los padres con respecto a los bienes de los hijos.

El doctor Lafaille expresa que la Comisión ha previsto esa dificultad, ya que el art. 1622 del Proyecto, recordado por el doctor Rey, al exceptuar a los padres usufructuarios de prestar fianza, dice: “no estarán obligados, salvo peligro justificado...” y este concepto es más pertinente que el de falencia o concurso, porque puede haber casos en que sean meramente casuales y no haya necesidad de privarlos de la administración. En cambio, caben otros supuestos, en que medie peligro justificado.

Con lo expresado por el doctor Lafaille se da por aclarado el punto.

ARTÍCULO 508.— El doctor Spota estima que cuando el padre se ve privado de la administración de los bienes pasando la misma a la madre o a otras personas, es lógico que, a pesar de que la conducta del padre no sea dolosa ni culpable, el usufructo corresponda a la madre, que ejerce la administración o, en su caso, al hijo. Es el sistema del Código mejicano: en los casos de que la administración sea ejercida por la madre, ella es quién tiene el usufructo. Se dirá que el Código prevé el supuesto de la extralimitación dolosa o culpable, pero son casos difíciles de determinar, muchas veces. Además, es lógico que, faltando la carga de la administración, falte el derecho de usufructo.

Se resuelve incluir en el Orden del Día.

Se entiende que la proposición anterior del doctor Spota traería la modificación, no sólo del art. 508, sino también de su correlativo, el art. 509.

ARTÍCULO 510.— El doctor Spota entiende que cuando se trata de los supuestos contemplados en los dos primeros incisos, es decir de lo adquirido por los hijos con sus servicios civiles, militares o eclesiásticos y de lo que ganaren con su trabajo o industria independientes de las actividades de sus padres, convendría establecer que corresponderá al hijo el derecho de disponer del producido de esos bienes, porque es de suponer que, en general, si los supo ganar, sabría disponer de ellos. Hay un artículo anterior a éste, el 498, donde se presume que los hijos, cuando ejerzan cualquier empleo público, profesión o industria, se hallan autorizados por los padres para realizar actos concernientes a esas actividades; con mayor razón, entonces, deben estar autorizados a disponer del fruto de sus labores. Considera, por último, que todo lo obtenido por esos hijos es propiedad de los mismos; por lo tanto, si se dice: “la administración y el usufructo”, se debe decir también, que les atañen “la propiedad” de esos bienes.

El doctor Lafaille estima que no hay necesidad de decir que el usufructuario tiene la propiedad de los frutos. La propiedad del menor no está en discusión, lo que podría estarlo sería su derecho sobre tales frutos.

El doctor Spota expresa que hay códigos que lo establecen claramente. En realidad, agrega, esta última es una observa-

Mala administración del padre. Derecho de usufructo al que lo substituya. (Arts. 508 y 509).

Peculio de los hijos. Derecho de disponer de los mismos. Propiedad. (Art. 510).

ción técnica; la observación de fondo es con relación a los dos primeros incisos.

Se resuelve incluir la doble observación del doctor Spota en el Orden del Día.

Pérdida de la patria potestad. Pérdida de su ejercicio. (Art. 512).

ARTÍCULO 512. — El doctor Rayces pregunta qué diferencia hay, en el lenguaje del Proyecto, entre la pérdida de la patria potestad y la del ejercicio de ella, porque el art. 512 que se está refiriendo a la terminación de la patria potestad, tiene un inciso que establece que ella termina cuando se incurría en la pérdida de su ejercicio.

El doctor Lafaille contesta que es la técnica adoptada por la ley 10.903: la pérdida de la patria potestad es más radical y, en cambio, la del ejercicio no importa la del derecho. La terminología de esa ley hace diferencia entre ambas; la Comisión entendió que cuando hay pérdida del ejercicio termina la patria potestad.

El doctor Rayces estima que sería más conveniente una redacción más simple que dijese, por ejemplo: “La patria potestad termina por incurrir el titular en la pérdida del ejercicio de la misma”.

El doctor Lafaille indica que la Comisión Reformadora ha tenido el escrúpulo, en lo posible, de mantener la terminología de las leyes vigentes, evitándose reformas radicales. Por su parte, no encuentra dificultad en que, establecida la ventaja de una reforma, llevarla a sus límites extremos. Como parece que la distinción entre ambos conceptos fuera algo sutil, se podría poner en el inc. 5º: “a título de pena” o “en los siguientes casos”.

Queda planteado el punto.

Peligro material o moral para los hijos. (Art. 512, inc. 6º, apart. c).

ARTÍCULO 512. — El doctor Dassen expresa que el apartado c) del inciso 6º establece, como causal de pérdida de la patria potestad, la de colocar a los hijos intencionalmente en peligro material o moral. Es de dudar si esa palabra “intencionalmente” sea necesaria, porque pueden darse otros supuestos de culpa, en los cuales no existió intención.

Se resuelve incluir en el Orden del Día la sugestión del doctor Dassen.

Pérdida de la patria potestad. Causales. Enumeración. (Art. 512).

ARTÍCULO 512. — El doctor Spota señala que en el art. 512, el inc. 1º establece que la patria potestad cesa por la

muerte de los padres o de los hijos; el inc. 4º agrega que también termina por la mayor edad del hijo y el inc. 5º, aclara que lo mismo ocurre por el matrimonio del menor. Los dos primeros incisos a que se refiere son evidentes; con respecto al inc. 5º, ya está previsto en la definición que se da de patria potestad. No considera, pues, necesaria esta enumeración por su notorio cariz doctrinario.

El doctor Lafaille repara que, en esta misma reunión, cuando se analizaba la enumeración de los actos que el padre puede realizar con la venia judicial y de los absolutamente prohibidos, se comprobó que ese propósito de no repetir presentaba ciertas dificultades.

El doctor Spota no insiste en su observación.

ARTÍCULO 512. — El doctor Lafaille manifiesta que se han formulado observaciones en el sentido de que el Proyecto, tanto en lo referente a la pérdida de la patria potestad como a la autoridad y vigilancia de los incapaces (art. 562 y siguientes), no era suficientemente minucioso; que se necesitaban mayores detalles. Agrega que la Comisión Reformadora había tenido simplemente el propósito de sentar principios, sin pretender incluir en su trabajo un código de menores; y que si se cree necesario redactarlo, era cuestión de ajustarse a esas normas generales y a otras, relativas a materias conexas, como las de orden penal o de procedimiento. Pero en el Código Civil no es posible hacerlo; de lo contrario habría que adoptar idéntico criterio para las cuestiones del trabajo, agua, o de propiedad intelectual, en que se prefirió seguir este mismo sistema.

Se tiene presente lo expuesto.

ARTÍCULO 513. — Se resuelve suprimir a indicación del doctor Lafaille la expresión: “o de su ejercicio”.

El doctor Spota formula la indicación general para que se considere la conveniencia de levantar inventario, en el caso de hacerse cargo la madre de la patria potestad, especialmente en caso de segundas nupcias.

Pérdida de la patria potestad. Principios. Criterio de la Comisión Reformadora. (Art. 512).

Patrocinio del Estado. (Art. 513).

Patria potestad por la madre. Segundas nupcias. Requisito del inventario.

Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — A indicación del doctor Lafaille, se deberá considerar si no habría posibilidad de mantener como principio para toda enage-

Requisito de remate público. Limitación. (Art. 501).

nación de bienes de menores, incluso los sometidos a la patria potestad, la pública subasta, pero con limitaciones, tomando en cuenta la regla del art. 442 del Código Civil actual, que podría servir de base.

PUNTO 2º — Observación del doctor Rayces para que se examine la conveniencia de suprimir el inc. 5º del art. 502.

PUNTO 3º — (El 7º del anterior. Ver pág. 531).

PUNTO 4º — Sugestión del doctor Rayces para que se examine el significado del art. 504 en la parte que dice: “con determinación de los que correspondan a los hijos”.

PUNTO 5º — Moción del doctor Spota, con referencia al art. 508, en el sentido de que, privado el padre del usufructo, este beneficio corresponda a la madre, sin hacer la distinción que establece la parte final del artículo en el caso de remoción por abuso doloso o culpable. Esta moción supone también la modificación del art. 509.

PUNTO 6º — Observación del doctor Spota al art. 510, en el sentido de examinar la conveniencia de puntualizar que, aparte de la administración y usufructo de los bienes enumerados, el dominio de los mismos corresponde a los menores.

PUNTO 7º — Moción del doctor Spota, referente a los incisos 1º y 2º del art. 510, para que se confiera una facultad de disposición a los menores que hubieren adquirido los bienes por su trabajo.

PUNTO 8º — Sugestión del doctor Rayces sobre la conveniencia de redactar el inc. 6º del art. 512, en su comienzo, en forma más simple. Por ejemplo, diciendo: “por incurrir el titular en su pérdida...”.

PUNTO 9º — Sugestión del doctor Dassen, con respecto al apartado c) del inciso 6º del art. 512, para que se suprima la palabra: “intencionalmente”.

PUNTO 10º — Indicación general del doctor Spota para que se considere la conveniencia de levantar inventario en el caso de que la madre se haga cargo de la patria potestad, especialmente si celebrare segundas nupcias.

PUNTO 11º — Proposición del doctor Spota. Artículos 501 y 502: “Los padres necesitan autorización judicial para verificar cualesquiera de los actos previstos en el art. 1107, con

Transferencia del usufructo. (Art. 502, inc. 5º).

Supuesto de la copropiedad. (Art. 502, inc. 2º).

Inventario de los bienes. Bienes correspondientes a los hijos. (Art. 504).

Mala administración del padre. Derecho de usufructo al que lo substituya. (Arts. 508 y 509).

Dominio. (Art. 510).

Peculio de los hijos. Derecho de disponer de los mismos. Propiedad. (Art. 510, incs. 1º y 2º).

Pérdida de la patria potestad. Pérdida de su ejercicio. (Art. 512).

Peligro material o moral para los hijos. (Art. 512, inc. 6º, apart. c).

Patria potestad por la madre. Segundas nupcias. Requisito del inventario.

Autorización judicial. (Art. 501). Actos prohibidos. (Art. 502).

excepción de los actos a título gratuito que no sean presentes de uso o donaciones remunerativas, los cuales no podrán celebrarse ni con autorización judicial.

Quedan comprendidos dentro de los actos que necesitan autorización judicial:

- 1º) Para disponer de los inmuebles y gravarlos con derechos reales, a no ser el caso de enajenación forzosa;
- 2º) Para constituir prenda sobre los muebles, salvo los consumibles comprendidos en el usufructo;
- 3º) Para enajenar los ganados de cualquier clase, que formen los establecimientos rurales, excepto aquellos de que pudieren disponer los usufructuarios de rebaños;
- 4º) Para transferir títulos de renta;
- 5º) Para provocar la división de condominio o herencias, aunque en ellos tuviere parte el padre. El juez no la concederá si hubiere perjuicio para el incapaz, o si el donante o testador la hubiere prohibido dentro del límite fijado por la ley.

Los actos de enajenación, a que se refieren los incisos precedentes, deberán realizarse en remate público, sin que sea menester el previo avalúo.

Cuando estos actos fueren realizados sin la venia de juez, serán nulos.

Quedan comprendidos entre los actos que los padres no podrán realizar ni con autorización del juez:

- 1º) Celebrar contratos con los hijos que se hallaren bajo su potestad;
- 2º) Transferir derechos reales pertenecientes a los menores sobre bienes ajenos;
- 3º) Obligarles como fiadores;
- 4º) Abstenerse de formalizar consigo mismo un acto jurídico, sea por cuenta propia o de tercero, sin que el principal le hubiere autorizado o lo ratificare, a menos que se tratase de cumplir una obligación;
- 5º) Cuando el encargo fuere de colocar fondos a réditos,

abstenerse de aplicarlos a sus negocios propios o a los de otros también representados por él, de no mediar conformidad expresa del comitente; pero cuando se le hubiere encomendado tomar dinero en préstamo, podrá él mismo facilitarlo al interés en curso”.

REUNION N° 86

—Buenos Aires, siete de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Julio Dassen, Ricardo E. Rey y José Manuel Saravia.

ORDEN DEL DIA

Requisito de remate público. Limitación. (Art. 501).

PUNTO 1°— El doctor Lafaille indica que su moción se vincula con otra del doctor Saravia, contemplada en el Punto 4° del Orden del Día anterior, referente a la necesidad de la pública subasta. El doctor Bibiloni, en el Anteproyecto, presenta un verdadero alegato sobre la inconveniencia de las ventas privadas de bienes de incapaces. Por su parte, cree que, tratándose de los padres, exigir ese requisito público con toda rigidez, sería sumamente delicado. El Código actual, en el art. 442, cuando habla de los tutores, admite que la venta de dichos bienes pueda hacerse particularmente, aunque, como es natural, con restricciones. Por ello hace indicación para que se extienda el principio del art. 442 a todos los incapaces sin exceptuar los sometidos a la patria potestad. Estima que deben decidirse estas dos cuestiones: 1°), si se mantiene el principio de la subasta sin limitaciones; 2°), en el caso de admitirse una limitación, si pudiera ser análoga a la del art. 442 actual.

El doctor Saravia observa que la moción del doctor Lafaille contempla en el fondo lo que el expositor había propuesto y da una norma adecuada para resolver esa situación. Le parece que mantener en una forma rígida para toda hipótesis,

tratándose de venta de inmuebles realizada por los padres, la subasta pública judicial, encarecería extraordinariamente las ventas. Esto y el hecho de que las seguridades pueden mantenerse con la intervención judicial, que siempre sería necesario gestionar, le llevan a aceptar el principio del art. 442, que proporciona una norma adecuada. Por otra parte, se trata de una norma que, mientras ha sido puesta en práctica, no ha traído inconvenientes; se tiene toda una tradición en esta materia que podría ser mantenida en el Proyecto.

El doctor Dassen propone que, para comprometer la responsabilidad del juez, podría establecerse o exigirse que la autorización judicial se otorgue mediante auto fundado.

El doctor Lafaille, en el sentido expresado por el doctor Dassen, indica que podría facultarse al juez para que, por auto fundado, autorizara la venta privada, cuando fuera más beneficiosa por circunstancias especiales.

El doctor Spota propone que se establezca, también, la otra limitación del art. 442 del Código vigente: "...con tal que el precio que se ofrezca sea mayor que el de la tasación".

Se acepta la moción del doctor Lafaille, así como las formuladas en el curso de la discusión por los doctores Dassen y Spota.

PUNTO 2º — El doctor Rey considera que la disposición del inc. 5º, del art. 502, ha sido transcrita del "Esboço de Freitas y no tiene otra justificación que la indicada por el doctor Lafaille en la sesión anterior y que consta en el acta. Cree que podría incluirse ese acto prohibido en el art. 501, es decir, que requiriese la autorización judicial.

Transferencia del usufructo. (Art. 502, inc. 5º).

Se resuelve que el inc. 5º, del art. 502 pase al 501, sin perjuicio de la modificación a que se refiere la proposición del doctor Spota en el Punto 11º del Orden del Día.

PUNTO 3º — El doctor Saravia, refiriéndose al inc. 2º, 2ª parte, del art. 502, pregunta si se entiende que en el caso reglado por dicha norma, se usará el procedimiento de la licitación.

Supuesto de la copropiedad. Existencia de la prohibición. (Art. 502, inc. 2º).

El doctor Lafaille contesta que cuando hubiere copropiedad entre padre e hijo, se adoptará el procedimiento normal

seguido entre los copropietarios y sería también de rigor la intervención del juez.

El doctor Saravia expresa que se trata de una norma que conviene mantener; es decir, que en el caso de copropiedad se permita ser adjudicatario del inmueble al copropietario padre. Es una norma que figura en otras legislaciones. Así en el derecho francés, está sancionada.

Ante lo expresado por el doctor Saravia, se mantiene el art. 502, inc. 2º, 2º apartado.

El doctor Saravia agrega que convendría modificar la redacción del inc. 2º, del art. 502, apartado 2º, para que se entienda que será necesario, en este caso de compra por un condómino padre, el remate público. Ello es indispensable ante lo que se acaba de decidir al analizar el inc. 5º, del art. 501 y porque debe evitarse toda colisión de intereses entre hijo y padre.

El doctor Dassen estima que es preferible dejar ese supuesto regido por los principios generales.

El doctor Lafaille entiende que, para esos casos, deberá intervenir el curador.

El doctor Saravia observa que se trata de un caso complejo. El padre ofrecerá un precio mayor que el de tasación; pero, ¿ofrecerá, acaso, un precio que sea el precio real? Se abre la posibilidad que un padre compre un bien del hijo excluyendo el remate público, que aseguraría la concurrencia de otros postores. Es partidario de que se mantenga la exigencia del remate público para asegurar, en mejor forma, la protección de los intereses del menor. No es bastante la actuación de un curador "ad hoc", porque siempre ha de ser transitoria y ocasional y porque es difícil hacer efectiva su responsabilidad.

El doctor Lafaille repara que en defensa del menor actúa el curador especial del Ministerio Pupilar y además exige, en principio, la pública subasta de la que puede dispensar solamente el juez mediante auto fundado. La protección es completa.

El doctor Saravia dice que esa intervención y procedimientos no aseguran siempre la mejor solución desde el punto de vista económico, porque el juez o el Ministerio Pupilar,

dentro de nuestros procedimientos judiciales, no alcanzan un conocimiento real, directo, del valor del inmueble.

El doctor Rey considera que el mayor inconveniente económico que puede observarse, es que se duplican los gastos, porque debe designarse un tutor especial aparte de la publicación de edictos, tasación, etc.

El doctor Dassen expresa que, en la práctica, los padres son los que mayor interés tienen en evitar que se venda mal una casa, por ejemplo, del hijo. Conoce casos en que fué realmente lamentable que el padre no interviniese en la venta.

El doctor Lafaille manifiesta que siempre el precio ofrecido debe ser mayor que el avalúo. Los padres pueden tener hasta razones sentimentales para ofrecer cantidades superiores a las que daría cualquier extraño.

El doctor Spota apoya la moción del doctor Saravia y recuerda las consideraciones del doctor Rayces, completamente contrarias a permitir contratos entre padres e hijos. Hállase en juego —dice— el principio de nuestro Código vigente, que prohíbe todo contrato entre padre e hijo menor; es el principio del nuevo Código italiano que, en especial para este caso, prohíbe que el padre, por sí o por interpósita persona, se haga propietario de cualquiera de los derechos del hijo. Ese es el principio que debe seguirse, y en realidad es el adoptado por el Proyecto, porque sólo lo hace ceder en el caso de condominio. Cree, sin embargo, que debe tratarse de resguardar en lo posible este principio; que no hay mayores ventajas en facilitar estas operaciones. Entonces, el requisito del remate público quizá sería una ventaja.

El doctor Lafaille dice que, si se admite la pública subasta, entonces el argumento del doctor Rey es muy acertado, puesto que se aumentan considerablemente los gastos: a los de publicidad se agregarían los mayores trámites con la participación del curador. Lo esencial es que los derechos del menor esten suficientemente amparados. Si admitimos la relatividad de estas garantías, el argumento prueba demasiado.

El doctor Saravia considera que, además, hay otro inconveniente: podría burlarse la disposición que prohíbe que el padre compre bienes del hijo mediante el procedimiento simple de hacerse condómino.

Inventario de los
bienes. Bienes co-
rrespondientes a los
hijos. (Art. 504).

De común acuerdo, se resuelve postergar el punto en discusión para su mejor estudio.

PUNTO 4°— El doctor Dassen manifiesta que el sentido del art. 504, a su juicio, está completamente claro. Quizá exista deficiencia de técnica, pero, lo que quiere decirse, es que se separen los bienes de la herencia y los que pertenezcan a la madre como socia de la sociedad conyugal.

El doctor Lafaille indica que, según la ley, el supérstite, habiendo hijos, no concurre con ellos en la herencia, salvo cuando los bienes son propios, y como la ley dice que los hijos suceden de pleno derecho y se admite que la transmisión se produce desde el mismo momento del fallecimiento, parece que esos bienes entran a pertenecerles a partir del deceso.

El doctor Rey expresa que Aubry y Rau dan la misma explicación que se dió aquí: facilitar la liquidación de la comunidad y evitar que se los pueda defraudar.

El doctor Spota entiende que con decir solamente: “deberá levantar inventario judicial de los bienes del matrimonio” queda salvada la situación de confusión que se plantea; luego vendría la división de la herencia, porque, en realidad, lo que interesa es levantar el inventario y no formular la distribución del acervo hereditario o de la sociedad conyugal. Además, el inventariador no posee autoridad para dividir los bienes. La referencia a los bienes de los hijos sólo se explicaría si ya antes del fallecimiento del padre les pertenecieran.

El doctor Lafaille aclara que la norma del art. 504 no es más que la repetición del art. 296 actual con una diferencia en la penalidad. Se ha procurado disminuirla: antes se privaba al cónyuge que no cumplía con el precepto, de la totalidad del usufructo sobre los bienes de los hijos menores, lo que se consideró excesivo y se redujo a la mitad. En la práctica, al tramitar la sucesión no se cumple con la norma. No se opondría a que se dijera: “levantar inventario judicial de los bienes” sin más agregado; el único inconveniente es que se podría entender que el texto se refiere a los bienes propios y no a los de la sociedad conyugal. Mejor sería, entonces, aclarar: “bienes del matrimonio y de la sucesión”.

Hay que tener presente que los bienes propios están en el capital de la sociedad conyugal, pero solamente en uso y que los gananciales pertenecen a la misma.

Se acepta esta solución: “bienes del matrimonio y los dejados por el causante”.

PUNTO 5º — El doctor Lafaille expresa que la moción del doctor Spota tiende a que se modifique la parte final del artículo 508, que se refiere a la entrega al padre del sobrante de las rentas, después de satisfechas las cargas del usufructo y los gastos para administrar los bienes, salvo que hubiere sido removido por extralimitación dolosa o culpable.

El doctor Spota propone que, cuando la administración pase a la madre —por cualquier causa—, tenga ella también el beneficio del usufructo y que el padre quede privado de éste.

El doctor Dassen hace notar que, en este supuesto, el padre continúa en ejercicio de la patria potestad. Como él debe cumplir con las obligaciones de la enseñanza, del cuidado, crianza, etc., sería demasiado fuerte privarlo completamente del usufructo.

El doctor Lafaille coincide con lo manifestado por el doctor Dassen. El padre, al ser apartado de la administración, no pierde, sin embargo, la patria potestad, mientras que, con el sistema del doctor Spota, queda privado de los beneficios, subsistiendo casi todas las cargas. Se desdoblaría así, lo que no debe separarse. Si la moción tiende a que todas las cargas pasen a la madre, ¿no sería más fácil colocar este supuesto como pérdida de la patria potestad?

El doctor Rey dice que la observación que formula en contra de la moción, radica en que administración y usufructo, aunque son términos paralelos, son también independientes uno del otro: la administración no comporta el usufructo, ni es exacta la recíproca. Por otra parte, la causa que da origen al usufructo no es la administración sino la patria potestad y si el padre sigue conservando, en razón de que conserva la potestad, las obligaciones del cuidado, crianza y enseñanza, es menester que tenga también el usufructo. No es admisible privarlo de este beneficio y dejarle aquellas responsabilidades.

El doctor Lafaille observa que cuando el padre comete

Mala administración del padre. Derecho de usufructo al que lo substituya. (Arts. 508 y 509).

actos de dolo o incurrir en culpabilidad al manejar los intereses del hijo, actos que pueden no dar motivo suficiente para privarlo de la patria potestad, es castigado por la ley, removiéndolo de la administración y con la pérdida del excedente de la renta. Puede ocurrir que el padre que sea privado de la administración, no lo haya sido por dolo ni por culpa, sino simplemente por incapacidad o porque el juez entienda que existe mayor aptitud por parte de la madre. Con el sistema propuesto perdería también el usufructo, a pesar de que se le mantienen las perentorias obligaciones, que impone la patria potestad.

El doctor Spota, refiriéndose a su moción, expresa que le ha sido sugerida por el nuevo Código Civil italiano, el cual sienta este principio: “El padre, removido de la administración, aún cuando conserve el ejercicio de la patria potestad, puede ser privado, total o parcialmente, del usufructo legal” (art. 332). Y ello es lógico: el que administra, que hace producir los bienes, que los cuida, es muy justo que goce de los frutos. Una consideración de orden práctico, no de lógica jurídica, es la de que quien administra debe tener el incentivo de la participación en las rentas producidas. Choca, además, un tanto, a pesar de que la privación de la administración pueda no ser debida a dolo o culpabilidad, que el padre inepto reciba el remanente y líquido, privando a la madre administradora de esa justa retribución. No obstante reconocer la fuerza del argumento de que son bienes de sus hijos los que esa madre administra, considera necesario que tenga, total o parcialmente, ella el usufructo de los mismos.

El doctor Rey dice que, siendo el usufructo consecuencia de la patria potestad, tiene que existir una razón muy poderosa para que se prive del mismo al padre, porque, desde cualquier punto de vista, se trata de una verdadera pena. Parece bien que en el supuesto de extralimitación dolosa o culpable se le castigue de esa manera; no así cuando solamente exista incapacidad para administrar.

El doctor Lafaille declara que la única consideración que le impresiona, aunque relativamente, es la que se refiere a la falta de retribución para la madre. Hasta le parece que se le podría asignar un porcentaje semejante al que corres-

ponde al tutor o administrador de bienes. Pero, en realidad, el argumento pierde mucho de su valor, porque se trata de bienes de los hijos y el manejo de ellos es un deber de los padres, que —la mayoría— lo desempeña gratuitamente, porque las cargas absorben el usufructo y hasta obligan a desembolsos. Es también común que los padres no aceptan el beneficio.

El doctor Dassen entiende que el problema de la retribución a la madre no debe preocupar, porque ella la tendrá indirectamente ya que las cargas del usufructo deberán ser satisfechas por el padre.

El doctor Saravia expresa que, además, esa renta remanente sería un bien ganancial; por lo tanto, corresponderá un cincuenta por ciento para cada uno. Aunque el usufructo pertenezca al padre, entra en la sociedad conyugal como bien ganancial. Lo único que se puede decir es que el padre tiene la administración libre sobre ese ganancial, que puede conducir a que en algunos casos lo absorba. ¿No sería ésta, materia de reglamentación dentro de la sociedad conyugal, ya que se permite a la mujer disponer de los bienes que ella obtiene?

El doctor Spota manifiesta que, con su moción, deseaba evitar la injusticia evidente que se comete al permitirse que la madre no obtenga ninguna retribución y sí, en cambio, las cargas de la administración que se le impone.

El doctor Lafaille considera que, para evitar esa posible injusticia, se llega a otra segura, o sea, a que la persona, que no incurrió en dolo ni culpa, y sí tan sólo en incompetencia para el ejercicio de la administración, pierda el usufructo, que es una pena y un vejamen a la vez. Podría hasta plantearse uno de tantos casos: el del sabio o del hombre completamente absorbido por sus estudios u ocupaciones; tal persona no puede atender los negocios de sus hijos, mientras que la esposa sí. Parece que no significa una tara para ese individuo declarar que no es apto para dirigir una estancia, sin que corresponda suprimirle el usufructo, ni menos privarlo de la patria potestad.

El doctor Dassen estima que ya se ha aclarado que esa injusticia a que se refiere el doctor Spota, no existe desde el momento que el bien va a la sociedad conyugal. Más in-

justo aún le parece el hecho de que se le impongan al padre todas las cargas y obligaciones de la patria potestad mientras la madre está percibiendo ese beneficio. No es partidario de esta proposición, porque ve que se introduce con ella una verdadera causa de discordia en la familia.

El doctor Rey considera que una norma como la propuesta, disminuiría muchísimo la autoridad paterna. La madre está cumpliendo una obligación que le incumbe como tal; no es el caso de un administrador de bienes ajenos sino que se trata de los de sus hijos.

El doctor Spota expresa que valora debidamente las razones que se aducen, pero, por lo menos, podría buscarse un camino intermedio. Es cierto que esas rentas van a la sociedad conyugal, pero son de libre administración del esposo. Entonces, ¿por qué no establecer que el juez puede atribuir parte de las mismas a la madre?

El doctor Lafaille insiste en que se le podría reconocer un porcentaje sobre la renta, pero sería cuestión de considerar. ¿A quién corresponde el usufructo, después de descontadas las cargas? Desde el punto de vista legal, al marido, porque una cosa es perder la administración y otra este derecho. Con el sistema propuesto se rompería la lógica jurídica y se llegaría a confundir usufructo con administración, que si bien aquí son conceptos paralelos, no son idénticos. Ese sería un argumento de lógica jurídica, pero además existe otro, de que no hay sanción adecuada para una persona que no incurre en dolo ni culpa, sino que en razón de sus condiciones personales es incompetente para el caso, o menos competente que su mujer.

El doctor Spota expresa que podría muy bien sentarse el criterio de acordar un porcentaje a la madre. Se basa, para ello, en lo siguiente: en toda sucesión se puede designar administrador, que frecuentemente, es el cónyuge supérstite. Suponiendo que se trata de una sucesión de bienes comunes en que es la madre la administradora, le corresponde, entonces, un porcentaje del monto de lo administrado y, sin embargo, nadie se sorprende de eso. En este supuesto que se discute, se puede hacer algo semejante sin que importe quebrar la autoridad del padre o la patria potestad. Indica que no es un enamorado de la lógica jurídica sino que deben contem-

plarse, en primer término, los intereses en juego. Por eso no le parece posible que una persona trabaje en la administración y luego entregue el líquido al marido inepto. Hasta propondría que se considerara también si sería posible que el remanente pasase al menor. Agrega que, también, podría, en apoyo de su proposición, aportar un argumento de lógica jurídica, aunque no hace mayor hincapié en él: la mujer, como administradora de los bienes que producen los frutos que son gananciales, tiene, por el mismo Proyecto y por la ley 11.357 vigente, facultad de disponer de esos frutos, tal como se desprende de los arts. 418, 423, 425, 428, etc., del Proyecto.

Se posterga el Punto 5º del Orden del Día, debiéndose considerar si sería conveniente asignar a la madre algún porcentaje o dejar el remanente del usufructo al menor.

PUNTO 6º — El doctor Spota considera que, en el art. 510, deben contemplarse dos cuestiones: la del dominio y la de la disposición de los bienes enunciados en ese precepto. El hijo que adquiere esos bienes, debe ser propietario de ellos. Hay códigos que lo prevén expresamente: el dominio, la administración y el usufructo de tales cosas corresponden al menor. Tal es lo que se infiere del art. 429 del Código Civil mejicano, por lo menos para los bienes adquiridos por los menores con su trabajo.

El doctor Lafaille expresa que si se aclara en la forma pedida, sin limitación, implícitamente se dice que también tienen derecho de disponer, porque el dominio lo lleva aparejado.

El doctor Rey estima que se trata de una cuestión de redacción en la que todos están de acuerdo. Propone esta redacción, que crece salvará todas las dificultades: “Corresponderá a los hijos mayores de diez y ocho años la administración y usufructo de los siguientes bienes de su *propiedad*...”.

Se acepta la moción del doctor Spota con la redacción propuesta por el doctor Rey.

PUNTO 7º — Con referencia al punto en discusión, dice el doctor Lafaille que no debe olvidarse que la aptitud para ganar es muy diferente de la aptitud para administrar y disponer. Formula, además, una observación que considera con-

Dominio. (Art. 510).

Peculio de los hijos. Derecho de disponer de los mismos. Propiedad. (Art. 510, incs. 1º y 2º).

veniente tener en cuenta: en el Proyecto se autoriza también la emancipación del menor que tiene diez y ocho años, a pedido del padre y con la intervención judicial. En tales condiciones, esos menores pueden llegar fácilmente a una mayor capacidad con la anuencia del padre. Es un progreso con relación al régimen actual porque los menores tendrían mayor amplitud como emancipados. El punto se plantearía cuando el padre estuviese en conflicto con el hijo; pero, de todos modos, se trata de un período, relativamente corto. Encuentra muy peligroso por lo que hace a la facultad de disponer concederla a esos menores, porque fuera de su inexperiencia, casi siempre en los hogares pobres, ellos ayudan a los padres con el sueldo que ganan y así les pagan a cierta altura de la vida parte de los sacrificios que se han hecho por ellos. Con el Proyecto que se discute lo más común sería que gastaran en diversiones ese dinero, tan necesario para la familia.

El doctor Spota considera que el punto debe resolverse concordando el art. 510 con el art. 498. Este último acuerda al menor que ejerza empleo público, profesión o industria, la facultad de disponer. Por lo menos, presume una autorización paterna para realizar todos los actos y contratos concernientes a su actividad. Lo lógico, entonces, es ampliar esta autorización, ya que lo más le ha sido otorgado a quien revele condiciones para formar un peculio propio.

El doctor Lafaille expresa que no se debe llegar a un sistema que faculte la disolución de la familia. No se debe permitir que, cuando el hijo empiece a producir, retribuyendo así el esfuerzo de sus progenitores, se gaste el producto de su trabajo. Es de observar que no se exonera al padre de sus deberes; el menor está emancipado y, por lo tanto, es mucho que se le acuerde el usufructo y la administración, para que, además, disponga de esos bienes, aun a título gratuito. En realidad, casi la tiene, porque, si administra y usufructúa lo que gana, entre eso y la disposición existe muy poca diferencia en la práctica. Suponiendo que se trata de un sueldo, si el menor lo invierte en su beneficio personal o en diversión, ¿qué le podrá hacer el padre? Absolutamente nada, porque no habrá manera de impedirlo.

El doctor Spota estima que el padre, en base a lo dispuesto en el art. 510, podría recurrir a medidas cautelares,

solicitando, p. ej., el embargo de dicho sueldo para impedir que el hijo disponga del mismo. A menos de que se entienda que sólo cabe impedirle un acto de disposición al que, con su trabajo o industria, ha adquirido un fondo de comercio, un inmueble, etc. Con lo cual se llega a esta anomalía: que sólo se le puede impedir un acto de disposición —no relativo a su actividad (art. 498)— al menor que ha concretado sus ganancias en esos bienes. En cambio, al menor que disipa, nada le puede pasar: ninguna medida precautoria puede impedir tal disposición de valores.

El doctor Lafaille repite que ese menor puede llegar a la emancipación, con mayores facultades que las ordinarias, pero no podría disponer libremente de los inmuebles que hubiera adquirido; necesita la intervención judicial para hacerlo a título oneroso y nunca a título gratuito. Aquí, se le daría un derecho mayor, sin motivo alguno: la facultad de disponer libremente. El art. 498 del Proyecto se la confiere sin embargo, aunque dentro de los límites de su actividad. ¿No es ello sugerente?

En vista de la amplia interpretación dada al punto en debate, el doctor Spota desiste de su moción.

PUNTO 8º — Se acepta sin discusión la moción del doctor Rayces.

PUNTO 9º — El doctor Dassen manifiesta que ha formulado esa moción, en el sentido de que se suprima la palabra: “intencionalmente”, porque puede haber casos en que los padres sin intención coloquen a los hijos en el supuesto del artículo.

El doctor Rey expresa que el Proyecto sigue, en este caso, el régimen de la ley, con la diferencia de que ésta emplea la palabra: “dolosamente” en vez de la que ahora se propone suprimir. Dicha supresión no es aceptable, porque cuando el padre coloca a su hijo en la situación del artículo con toda intención, se lo castiga privándosele de la patria potestad, mientras que, si procede sin intención, solamente se le suspende el ejercicio de ella. Por eso, para evitar confusiones, se debe mantener la palabra “intencionalmente”.

Teniendo en cuenta la razón expuesta por el doctor Rey, desiste de su moción el doctor Dassen.

PUNTO 10º — El doctor Spota se refiere a diversas leyes extranjeras que prevén el caso planteado en su moción, exi-

Pérdida de la patria potestad. Pérdida de su ejercicio (Art. 512).

Peligro material y moral para los hijos (Art. 512, inc. 6º, apartado c).

Patria potestad por la madre. Segundas nupcias. Requisito del inventario.

giendo algunas hasta garantías al nuevo cónyuge. Convendría, entonces, que por lo menos tuviera la madre la obligación de levantar inventario con una sanción para el caso de incumplimiento de la medida, que podría ser la pérdida de la mitad del usufructo, aunque aquí la situación es más grave por intervenir el nuevo cónyuge que es un extraño con respecto al menor. Debería por lo tanto, hacerlo responsable solidariamente, con la madre.

El doctor Lafaille explica que la moción del doctor Spota se refiere a la madre que se haga cargo de la patria potestad por remoción o muerte del marido, pudiendo en el segundo caso, celebrar segundas nupcias. La sanción por no levantar el inventario —aún en este último supuesto— podría ser la pérdida de la mitad del usufructo, porque si fuera del total, la encuentra demasiado severa.

El doctor Spota indica que, para el caso de nuevo matrimonio, debe comprometerse la responsabilidad del segundo contrayente.

El doctor Lafaille entiende que podría ello verificarse por los daños y perjuicios que resultasen y establecer la responsabilidad del segundo contrayente. La fórmula sería, como sigue: “El incumplimiento de esta disposición traerá como consecuencia la pérdida de la mitad del usufructo, aparte de la responsabilidad por los daños y perjuicios que pudiesen resultar. En el caso de segundas nupcias será solidariamente responsable por este segundo concepto el otro cónyuge y perderá la administración si le hubiera sido discernida”.

Se acepta la moción del doctor Spota con la redacción propuesta por el doctor Lafaille.

Autorización judicial. (Art. 501).
Actos prohibidos.
(Art. 502).

PUNTO 11º — El doctor Lafaille expresa que había asentimiento, en la sesión pasada, en el sentido de que las disposiciones sobre venia judicial para realizar ciertos actos, y aquéllos que prohíben realizarlos en ningún supuesto, se reunieran, a fin de formar con todos ellos un concepto general; siempre sobre la base de que cuando se exigen poderes especiales, entrarían en la primera categoría y respecto a los de disposición gratuita se impediría efectuarlos, aún con la intervención judicial. Convendría entonces decir: “Los padres necesitan la autorización judicial para verificar cualquiera de los actos previstos en el art. 1107” y luego formular

un artículo especial con las limitaciones. Además se podrían suprimir todos los que importan repetición.

El doctor Saravia, refiriéndose al inc. 3º del art. 501, dice que podría darse el caso de ganados que no formaran parte de “establecimientos rurales”. Debería, pues, generalizarse la expresión legal.

El doctor Lafaille propone que se diga: “Para enajenar los ganados” sin expresar la clase, “excepto aquéllos de que pudieren disponer los usufructuarios de rebaños”. Así se acepta.

Se posterga el punto 11 del Orden del Día, encomendándose al doctor Spota la preparación del proyecto.

Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Sugerión del doctor Rayces para que se examine el significado del art. 504 en la parte que dice: “con determinación de los que correspondan a los hijos”.

Inventario de los bienes. Bienes correspondientes a los hijos. (Art. 504).

PUNTO 2º — Observación del doctor Spota, al art. 510 en el sentido de examinar la conveniencia de puntualizar que, aparte de la administración y usufructo de los bienes enumerados, el dominio de los mismos corresponde a los menores.

Dominio. (Art. 510).

Se deberán considerar las soluciones propuestas durante el debate, en el sentido de asignar a la madre algún porcentaje o dejar el remanente del usufructo al menor.

PUNTO 3º — Redacción propuesta por el doctor Spota para los arts. 501 y 502:

ARTÍCULO 501. — Los padres necesitan autorización judicial para verificar cualesquiera de los actos previstos en el art. 1107, incs. 1º a 4º, 7º a 10, 12, 14 y 15. También la deben requerir para efectuar cualquier acto a título oneroso tendiente a constituir, transmitir, renunciar o extinguir derechos reales sobre inmuebles, salvo en el caso de actos de disposición forzosos.

Autorización judicial. (Art. 501).

Quedan comprendidos dentro de los actos que requieren dicha autorización:

- 1º) La constitución de prenda sobre los muebles, salvo los consumibles que formen parte del usufructo;
- 2º) La enajenación de ganados de cualquier clase, excepto aquéllos de que pudieran disponer los usufructuarios de rebaños;

- 3º) La transferencia de títulos de renta;
- 4º) El pedido de división de condominio o herencia, aunque en ellos tuviere parte el padre. El Juez no concederá la división si hubiere perjuicio para el incapaz, o si el donante o testador la hubiere prohibido dentro del límite fijado por la ley.

Todo acto de enajenación de bienes inmuebles y muebles o de ganados que pertenezcan, total o parcialmente, al menor, debe efectuarse en remate público y, a juicio del Juez, previo avalúo. Podrá, sin embargo, el Juez dispensar que la venta se haga en remate público, cuando a su juicio la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria o porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación. El remate público será necesario, así como la basación a los efectos de que el padre, por sí o por interpósita persona, pueda adquirir, previa autorización judicial, bienes que existan en copropiedad entre él y el menor, así como para vender a este último bienes de esa condición.

Cuando estos actos fueren realizados sin la venia del Juez, serán nulos.

Actos prohibidos.
(Art. 502).

ARTÍCULO 502. — No podrá el padre, aunque lo autorizare el Juez:

- 1º) Realizar cualquier acto a título gratuito relativo a bienes del menor, salvo los reducidos presentes de uso o las donaciones remunerativas;
 - 2º) Adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aún en remate público, bienes o derechos del menor, salvo en el caso de copropiedad reglado en el artículo precedente;
 - 3º) Constituirse en cesionarios de los créditos, derechos o acciones contra el menor;
 - 4º) Obligar al hijo como fiador;
 - 5º) Formalizar consigo mismo un acto jurídico y colocar los fondos o réditos del menor en sus negocios propios o de otras personas también representadas por él”.
-

REUNION N° 87

—Buenos Aires, veintiuno de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Julio Dassen, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

PUNTO 1°—Se aclara que este punto fué resuelto en la anterior sesión.

PUNTO 2°—El doctor Rayces expresa que, según entiende, el doctor Spota propone que, cuando la madre asuma la administración de los bienes de los hijos, debe corresponderle el usufructo. El hecho de que administre tal o cual esposo no da lugar a ningún problema, a su modo de ver, porque ese usufructo de que está gozando el padre, en la hipótesis de la existencia de los dos padres, pertenece a la comunidad; es un bien ganancial.

El doctor Spota manifiesta que, desde el punto de vista de la condición jurídica de los bienes que forman parte del usufructo, no hay duda que constituyen bienes gananciales; pero, como se sabe, hay bienes gananciales cuya administración y disposición se confiere al marido y otros a la mujer. El sistema del proyecto está orientado de acuerdo con los principios de la ley vigente, en el sentido de que la mujer que administra, dispone de los bienes objetos de tal administración. Se trata, en el supuesto que motiva su ponencia, de un padre que ha demostrado ineptitud en el manejo de los bienes del hijo. Entonces, se pregunta si el usufructo de esos bienes puede corresponder al padre o a la madre. En la sesión última parece que se llegó, en principio, a un acuerdo, consistente en que la mujer, en ese caso, debería tener una cierta participación en el producido neto de la administración de los bienes del hijo. A su juicio, debería llegar a una solución más radical, a dar facultad al juez, siguiendo al nuevo Código Civil italiano (art. 332), para que pueda privar al padre, en el todo o en parte, del usufructo. Si se

Inventario de los bienes. Bienes correspondientes a los hijos. (Art. 504).

Dominio. (Art. 510).

estima inconveniente acordarle al juez esa facultad, habría que adoptar una solución rígida. Observa, sin embargo, que el juez ya tiene facultades amplias, desde que puede remover al padre de la administración. ¿Por qué, entonces, no debe tener facultad, en el supuesto del último apartado del art. 508 del Proyecto, para que pueda privarlo de todo o parte del usufructo, tal como lo puede disponer en la hipótesis de extralimitación dolosa o culpable?

El doctor Lafaille considera que la persona que administra en reemplazo del padre, tiene derecho a una retribución, y más todavía cuando el padre conserva el usufructo; pero ese gasto de la administración debe ser reputado una carga del usufructo. Cree que, si se admiten esos dos principios, el problema no presentaría dificultades. Si se estima conveniente que se consigne en el texto, se puede hacer; pero su parecer es que podría quedar como una declaración.

El doctor Spota pregunta de qué principio surgiría tal derecho de la madre.

El doctor Lafaille contesta que del principio de que la administración que se realiza sobre bienes cuyo usufructo posee el otro cónyuge, no tiene por qué ser gratuita. Agrega que no tiene ninguna dificultad en que se añada una cláusula que diga más o menos así: “En tal supuesto la madre, que desempeñe la administración, tendrá derecho a la comisión que el juez designe, la que será considerada carga del usufructo”.

Se acepta la moción del doctor Spota en la forma propuesta por el doctor Lafaille.

Punto 3º — El doctor Lafaille dice que la propuesta consignada en el Punto 3º tiene por objeto ordenar las facultades que se confieren a los padres, porque, según el Proyecto, ellas vienen a estar regidas —fuera de las que surgen de este título— por las reglas de la representación y, en subsidio, por las del mandato. Pero, como esas reglas están en otra parte del Proyecto y se podría entender que no son aplicables al punto, se creyó conveniente reorganizar la materia.

En consecuencia, se pasa a considerar la nueva redacción de los arts. 501 y 502 que propone el doctor Spota.

El doctor Lafaille prosigue diciendo que, respecto al artículo 501 propuesto por el doctor Spota, donde se esta-

blece que los padres necesitan autorización judicial para verificar cualquiera de los actos previstos en el art. 1107, que es como el 1881 del Código actual, incs. 1º al 4º, es de observar que no pueden realizar los indicados en el inc. 4º del art. 1107. En efecto, este inc. 4º dice: “Hacer renuncia, gratuita, o remisión, o quita de deudas, a no ser en caso de concurso del deudor”.

Estima que por tratarse de actos a título gratuito, los padres no estarían facultados para ello, ni aun con autorización judicial.

El doctor Rayces afirma que no hay congruencia, porque si les prohíbe a los padres todo acto a título gratuito, con respecto a los bienes de los hijos, ¿cómo se les permite hacer renuncia gratuita de un crédito?

El doctor Lafaille observa que únicamente podría caber lo de la quita de deudas, porque la quita obedece a otros conceptos y porque, en el orden comercial, hasta podría ser de buena administración. Estima que se soluciona todo diciendo: “Las quitas o esperas, a no ser en caso de concurso del deudor”.

El doctor Spota manifiesta su conformidad con la modificación aconsejada por el doctor Lafaille.

Así se resuelve.

El doctor Lafaille expresa que, en cuanto al inc. 7º, sólo tiene su razón de ser en el art. 1107 porque allí se está hablando de poderes especiales. Pide, pues, que se suprima este apartado.

Se resuelve suprimir la referencia al inc. 7º.

El doctor Lafaille agrega que, con los demás incisos, está de acuerdo; hasta el inc. 14º que se refiere a la aceptación o repudiación de herencias, que debería ser eliminado, porque en las disposiciones relativas a las sucesiones ya se dice que son siempre aceptadas bajo beneficio de inventario; para eso no se necesita autorización judicial. Pero la parte de repudiación es otra cosa; para la repudiación de herencias, conviene mantener la referencia.

Se resuelve reducir el inc. 14º sólo a la repudiación de herencias.

El doctor Lafaille indica que tampoco es posible colocarse en la hipótesis del inc. 15 del art. 1107, porque no se

puede, tratándose de los padres, hablar de obligaciones “anteriores al mandato”. ¿Acaso serían anteriores al acto de la concepción? Está claro que ese inciso debe ser suprimido.

De acuerdo, se resuelve la supresión del inc. 15.

El doctor Rayces observa que si los padres necesitaran autorización judicial para enajenar los ganados de los establecimientos rurales y se entendiera que esta autorización no puede ser general, sino que debe dársele significado restringido en el sentido de que para cada enajenación se necesita una autorización, no sería posible el desarrollo de los negocios de los hijos.

El doctor Lafaille repara que ello se conseguiría con el agregado final: “salvo aquéllos de que pudieran disponer los usufructuarios de rebaños”.

El doctor Dassen expresa que hay estancieros que se dedican a comprar ganados, engordarlos y después venderlos. Parece conveniente, agrega, contemplar ese supuesto.

El doctor Lafaille entiende que, entonces, habría que decir: “La enajenación de ganados de cualquier clase, excepto aquellos de que pudieran disponer los usufructuarios de rebaños o siempre que así lo exigiera la naturaleza de la explotación”.

Considera conveniente la proposición, porque podría existir una buena oportunidad para vender la hacienda en un momento determinado y mientras se consigue la autorización judicial, ocurrir que la hacienda se enflaqueciera o se perdiese.

Se acepta el agregado propuesto.

El doctor Lafaille considera que sería conveniente corregir la redacción en la parte donde se habla del previo avalúo a juicio del juez. Debería decirse, para que fuera más claro: “... y previo avalúo, si el juez lo considerare necesario y oportuno”.

Se desprende de la lectura de esta parte del artículo que nunca podrá adquirir el padre bienes que tuviera en condominio con el hijo sin el requisito de la tasación, remate público y autorización judicial. Esta norma resuelve el problema que preocupaba en sesiones anteriores.

Se acepta el art. 501 con las modificaciones apuntadas.

Se acepta el art. 502 propuesto por el doctor Spota con

la sola modificación siguiente: Suprímese el vocablo “reducido”, en el inc. 1°.

En consecuencia, quedan radactados los preceptos que fueron motivo de la precedente consideración en la forma siguiente:

ARTÍCULO 501.— Los padres necesitan autorización judicial para verificar cualesquiera de los actos previstos en los incs. 1° a 3°, 8° a 10 y 12, del art. 1107. Deben, además, requerir esa autorización para realizar los actos siguientes:

Autorización judicial. (Art. 501).

- 1°) La constitución, transmisión, renuncia o extinción, a título oneroso, de derechos reales sobre inmuebles, salvo en el caso de actos de disposición forzosa;
- 2°) Las quitas o esperas, a no ser en caso de concurso del deudor;
- 3°) La repudiación de herencias, legados o donaciones;
- 4°) La constitución de prenda sobre los muebles, salvo los consumibles que formen parte del usufructo;
- 5°) La enajenación de ganados de cualquier clase; excepto aquellos de que pudieran disponer los usufructuarios de rebaños o siempre que así lo exigiere la naturaleza de la explotación;
- 6°) La transferencia de títulos de renta;
- 7°) El pedido de división de condominio o herencia, aunque en ellos tuviere parte el padre. El juez no concederá la división si hubiere perjuicio para el incapaz, o si el donante o testador la hubiere prohibido dentro del límite fijado por la ley.

Todo acto de enajenación de bienes inmuebles y muebles o de ganados que pertenezcan, total o parcialmente, al menor, debe efectuarse en remate público y previo avalúo, si el juez lo considera necesario u oportuno. Podrá, sin embargo, el juez dispensar que la venta se haga en remate público, cuando a su juicio la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria o porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación. El remate público será necesario, así como la tasación, a los efectos de que el padre, por sí o por interpósita

persona, pueda adquirir, previa autorización judicial, bienes que existan en copropiedad entre él y el menor, así como para vender a este último bienes de esa condición.

Cuando estos actos fueren realizados sin la venia del juez, serán nulos.

Actos prohibidos.
(Art. 502).

ARTÍCULO 502. — No podrá el padre, aunque lo autorizare el juez:

- 1º) Realizar cualquier acto a título gratuito relativo a bienes del menor, salvo los presentes de uso o las donaciones remuneratorias;
- 2º) Adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aún en remate público, bienes o derechos del menor, salvo en el caso de copropiedad reglado en el artículo precedente;
- 3º) Constituirse en cesionario de los créditos, derechos o acciones contra el menor;
- 4º) Obligar al hijo como fiador;
- 5º) Formalizar consigo mismo un acto jurídico y colocar los fondos o réditos del menor en sus negocios propios o de otras personas también representadas por él.

Se pasa a continuación a preparar el

Concepto de la tutela.
(Art. 515).

Orden del Día para la sesión siguiente. — ARTÍCULO 515. — El doctor Spota pregunta si la definición del art. 515 concuerda con el art. 513, que establece que declarada la suspensión de pérdida de la patria potestad, los menores quedarán bajo el patrocinio del Estado. Todo será cuestión, agrega, de caracterizar al patronato.

El doctor Lafaille considera que el patronato no excluye la tutela, porque en la última parte del art. 562 se dice que el patronato del Estado es una supervigilancia, concurre con los otros y en su caso los reemplaza.

El doctor Spota aclara que formulaba tal pregunta, porque, después, va a proponer un sistema de afiliación, o “pequeña adopción”, o “adopción menos plena”, que dará ciertos derechos al guardador, que se asimilan a la patria potestad y que, por ello, torne innecesario un régimen de tutela.

El doctor Lafaille observa que se tratará de una tutela

mínima que podría venir como un capítulo especial, al final de la tutela. Entonces, habría que considerar el problema en esa oportunidad.

Por ausentarse el titular, el doctor Rayces ocupa la presidencia.

ARTÍCULO 516. — El doctor Spota pregunta si el supuesto de los menores cuyos padres han fallecido en el extranjero, está contemplado.

Competencia. Supuesto de padres fallecidos en el extranjero. (Art. 516).

El doctor Rayces contesta que de acuerdo con la norma rígida del art. 516, nunca sería competente el juez de nuestro país, desde que se establece que lo será el del lugar donde residieren los padres el día de su fallecimiento. Habrá que considerar si conviene que el soberano argentino tome medidas respecto de esos menores.

El doctor Spota considera que el supuesto que plantea es semejante a la hipótesis que contempla el mismo art. 516 respecto de los niños expósitos o abandonados. El caso más común es el de los inmigrantes menores, que se colocan bajo la guarda de parientes que residen en nuestro país.

El doctor Rayces indica que esos menores, en realidad, no son expósitos ni abandonados, pero parece conveniente que caigan dentro de esta norma, aunque sea provisoriamente. Una norma rígida podría originar reclamaciones de carácter internacional. Así, v. gr., si un matrimonio italiano manda su hijo a nuestro país en viaje de estudios, en el caso de que fallecieren ambos cónyuges, el soberano italiano se considerará obligado a defender a ese menor y a exigir el retorno del mismo, aunque el juez de la Argentina se oponga a su salida.

El doctor Spota expresa que, contemplando las cosas desde un punto de vista práctico, debería opinarse en forma distinta. Así, suponiendo que se trate de un menor “afiliado” a una familia de nuestro país, es el caso de preguntarse si, muriendo los padres del menor, puede el jefe de esa familia argentina, que lo ha educado, que ha trabajado para él, que lo ha cuidado, solicitar que se le confiera la tutela. Entonces, ¿cómo se soluciona ese problema? Por otra parte, ¿habrá que recurrir a los jueces extranjeros para que autoricen al menor a casarse, para que pueda ejercer actos civiles? Lo que se desprende de la norma del Proyecto no es

la solución más práctica para un país de inmigración como lo es el nuestro.

El doctor Rey expresa que el art. 564 del Proyecto da una solución provisoria, pues establece que el Ministerio Público deberá recabar el nombramiento de tutores o curadores para quienes no los tuvieren. Por lo menos, provisionalmente, tal precepto da una solución.

Se resuelve incluir en el Orden del Día la referida moción del doctor Spota.

Curatela para la administración de ciertos bienes. (Art. 518).

ARTÍCULO 518. — El doctor Rayces manifiesta que conviene meditar un poco sobre el artículo que dice: “Podrán designar curadores para la administración de los bienes que hubieren donado o que dejaren a los hijos”. ¿Qué quiere decir “que dejaren a los hijos”? No se habrá querido expresar: “que legaren a los hijos”? Es de interés que se examine esa expresión, porque mañana podrían existir inconvenientes de interpretación a propósito de que son todos los bienes que corresponden a los hijos por herencia de los padres.

Se incluye en el Orden del Día la indicada moción del doctor Rayces.

Cláusulas permitidas y prohibidas. Redacción. (Art. 519).

ARTÍCULO 519. — El doctor Rayces dice que se emplea en este artículo una palabra que no es la más apropiada, pero es sólo cuestión de redacción. Se establece “... las que examinan al *propuesto* de levantar inventario...”. En realidad, los padres no proponen sino que designan a los tutores; por lo tanto, este concepto de “propuesta” no debería consignarse en el artículo. Además, en el segundo apartado, se dice que no será permitido que dos o más tutores ejerzan simultáneamente la guarda del menor. ¿Acaso se permite en alguna norma las tutelas sucesivas?

Supuesto de la designación de más de un tutor. (Art. 519).

El doctor Rey dice que existe la posibilidad de que alguien, al hacer testamento, nombre dos tutores sin especificar si deben actuar reemplazándose o simultáneamente. Por esa razón, el Proyecto establece esa norma.

El doctor Rayces estima que, entonces, este segundo apartado del art. 519, debe circunscribirse a una norma, redactada, más o menos, así: “Cuando los padres hubieren designado más de un tutor, se entenderá que desempeñarán el cargo en el orden en que aparezcan nombrados”.

Se decide incluir en el Orden del Día dicha proposición del doctor Rayces.

ARTÍCULO 520. — El doctor Dassen manifiesta que falta prever, en este artículo, una situación importante. Ocurre muchas veces que los parientes consanguíneos enumerados en el art. 520 no son los más aptos para ser tutores; se dan casos en que los primos hermanos han sido más capaces que los propios hermanos. Y parece que el art. 520 le quita facultad al juez para nombrar a cualquier otro pariente de otro grado. Propone, pues, que se establezca una norma así: “Mediando justos motivos, el juez podrá designar tutor a otro pariente o a un extraño”.

Queda planteado el punto.

ARTÍCULO 520. — El doctor Spota, con respecto a la designación de tutor, propone que se estudie la conveniencia de que los menores sean oídos por el juez, cuando tengan una cierta edad, concordando con lo establecido en materia de adopción.

Se resuelve incluir en el Orden del Día.

ARTÍCULO 521. — Proposición de varios miembros de la Sección para que se suprima la última parte del primer apartado del art. 521, desde: “o siempre que el cargo se hallare vacante”.

ARTÍCULO 521. — Proposición del doctor Rayces para que se suprima el segundo apartado.

ARTÍCULO 522. — El doctor Spota observa que, en el segundo inciso del art. 522, se establece que no se podrá nombrar tutor dativo a un “amigo íntimo” y el inc. 4º hace referencia solamente a “amigos”; no se califica a la amistad. ¿Por qué no concordar este segundo inciso con el cuarto y decir solamente “amigos”?

El doctor Rayces expresa que, dentro de la terminología del Código, siempre se habla de amistad íntima. A la otra no sería bien calificarla de amistad; pero, si se hace es para diferenciarla de la íntima.

El doctor Spota indica que, de todos modos, hace moción para que se concuerden las expresiones legales, uniformándose los términos empleados en el inciso cuarto y en el segundo y se diga, en ambos: “amigos íntimos”.

Se resuelve incluir en el Orden del Día la proposición del doctor Spota.

Tutela legítima. Orden. Facultades del juez. (Art. 520).

Menores de cierta edad. Conveniencia de que sean oídos. (Art. 520).

Tutela dativa. (Art. 521, primer apartado, última parte. Supresión).

Tutela dativa. (Art. 521. Supresión del segundo apartado).

Concepto de “amigo” y “amigo íntimo”. Art. 522).

Tutela de niños abandonados. Pequeña adopción. (Art. 523).

ARTÍCULO 523. — El doctor Spota manifiesta que la consideración del art. 523 debe dejarse en suspenso hasta tanto presente el proyecto, del que ya se ha hablado en anteriores reuniones, referente a la “pequeña adopción” o, para emplear la terminología del nuevo Código Civil italiano, a la “afiliación”. El Código Civil del Perú la llama: “adopción menos plena”. El término “afiliación” es castizo y da perfectamente la idea de la institución mencionada, que tendrá preferente aplicación en el caso de menores abandonados en hospicios o casas de expósitos.

Queda planteada la cuestión.

Tutelas especiales. Redacción. (Art. 524).

ARTÍCULO 524. — El doctor Rayces sugiere que se examine si el empleo del vocablo “tutor” es el más apropiado, porque parece estar refiriéndose a las funciones de curador.

Quiénes no pueden ser tutores. (Art. 525, inc. 10).

ARTÍCULO 525. — El doctor Dassen observa que el inc. 10 de este artículo se refiere al que haya malversado fondos ajenos. Cree que se podría suprimir el concepto de “ajenos” porque la malversación, por definición, es eso: no se malversan los bienes propios. El Código actual dice: “el que haya malversado bienes de otros menores”.

Queda planteada la cuestión.

Supuesto del fallido. (Art. 525, inc. 5°).

ARTÍCULO 525. — El doctor Spota considera que, respecto de la tutela dativa, es justo que el tutor no sea un quebrado; pero, para la tutela legítima, es de preguntarse hasta qué límite es conveniente una prohibición tan rígida como la del inc. 5° del art. 525. Deberá acordarse facultad al juez para decidir según las circunstancias.

El doctor Rayces, concordantemente, agrega que en la tutela dativa, donde se pueden elegir tutores, no hay necesidad de que sea un quebrado, pero para la tutela legítima es, muchas veces, imposible no acordarla a un pariente en esa condición. El solo hecho de ser quebrado no es motivo para que se le prohíba ser tutor, cuando en la vida real se producen bancarrotas que están lejos de ser imputadas a ineptitud del individuo sino al juego de las circunstancias. ¿Por qué se le privará de ser tutor cuando puede ser útil para el menor, no sólo por sus aptitudes sino por el cariño que pueda tenerle?

Se resuelve incluir en el Orden del Día el punto planteado.

ARTÍCULO 525. — El doctor Spota estima que debería considerarse, en el inc. 12, no sólo el caso de quienes tengan pleito con el incapaz, sino también el supuesto de que ese pleito, de acuerdo con las circunstancias, pueda sobrevenir. Es lo que se ha previsto en el art. 348, inc. 3º del nuevo Código Civil italiano.

Supuesto de pleito con el incapaz. (Art. 525, inc. 12).

El doctor Rayces observa que el artículo se refiere a aquellas personas que no pueden ser nombradas tutores. Si se designa a alguien que está próximo a tener pleito con el menor, cuando se produzca el pleito, cesará la tutela, porque no puede ser tutor quien esté en pleito con el incapaz. Cuando se hable de la terminación de la tutela, habrá que tener presente que, producido el pleito mientras ejerce funciones de tutor, cesa la tutela.

El doctor Spota señala que el inc. 1º del art. 524 dice que corresponde designar tutor especial, cuando hubiere oposición de intereses entre el menor y su tutor.

El doctor Rayces plantea el supuesto de que el tutor pertenezca a la misma familia del menor y que está en discusión la validez de un testamento, produciéndose un pleito. El tutor discute la validez del testamento donde se nombra heredero a su pupilo y llevado por el apasionamiento pone en tela de juicio la forma como se realizó el testamento, o como se nombró heredero. Ya se sabe lo que son, en la realidad viviente, las pasiones que se levantan entre los hombres. ¿Tal persona, va a tener la generosidad, la elevación de espíritu suficiente para desempeñar la tutela como verdadera paternidad? Es peligroso dejar al menor en manos de esa persona.

Queda incluida en el Orden del Día.

ARTÍCULO 525. — El doctor Spota estima que habría que prever el caso de que el padre prohíba el ejercicio de la tutela a una determinada persona. Es decir, determinar si a una cláusula tal debe dársele valor y, en caso afirmativo, si está sujeta a la revisión y homologación judicial.

Supuesto de la prohibición por el padre del nombramiento de determinada persona. (Art. 525).

Queda formulada la indicación del doctor Spota para que se considere en el art. 525 el supuesto de que el padre prohíba que una determinada persona sea tutor.

Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º.— Moción del doctor Spota para que se haga extensiva la norma

Competencia. Supuesto de padres fallecidos en el extranjero. (Art. 516).

del art. 516 relativa a los expósitos y abandonados, a aquellos menores residentes en el país cuyos padres fallecieron en el extranjero.

Curatela para la administración de ciertos bienes. (Art. 518).

PUNTO 2º — Moción del doctor Rayces para que se examine el significado de las palabras empleadas en el art. 518, en lo relativo a los bienes que los padres “dejen a los hijos”.

Supuesto de la designación de más de un tutor. (Art. 519).

PUNTO 3º — Moción del doctor Rayces para que el segundo apartado del art. 519 quede reducido a esta norma: “Cuando los padres hubieren designado más de un tutor, se entenderá que desempeñarán el cargo en el orden en que aparezcan nombrados”.

Tutela legítima. Orden. Facultades del juez. (Art. 520).

PUNTO 4º — Moción del doctor Dassen respecto del art. 520 para que se considere esta norma: “Mediando justos motivos el juez podrá designar tutor a otro pariente o a un extraño”.

Menores de cierta edad. Conveniencia de que sean oídos. (Art. 520).

PUNTO 5º — Moción del doctor Spota para que, cuando se designe tutor, se oiga al menor que ha llegado a los diez y seis años de edad.

Tutela dativa. (Art. 521, primer apartado, última parte. Supresión).

PUNTO 6º — Proposición de varios miembros de la Sección para que se suprima la última parte del primer apartado del art. 521 desde: “o siempre que el cargo se hallare vacante”.

Tutela dativa. (Art. 521. Supresión del segundo apartado).

PUNTO 7º — Proposición del doctor Rayces para que se suprima el segundo apartado del art. 521.

Concepto de “amigo” y “amigo íntimo”. (Art. 522).

PUNTO 8º — Proposición del doctor Spota para que en el inc. 4º del art. 522 se califique la amistad en la misma forma que en el inc. 2º.

Tutela de niños abandonados. Pequeña adopción. (Art. 523).

PUNTO 9º — Moción del doctor Spota para que la consideración del art. 523 quede en suspenso hasta que presente el proyecto relativo a la pequeña adopción o afiliación.

Tutelas especiales. Redacción. (Art. 524).

PUNTO 10º — Proposición del doctor Rayces respecto del art. 524, para que se considere si el empleo del vocablo: “tutor”, es el apropiado, pues parece estar refiriéndose a las funciones de curador.

Quiénes no pueden ser tutores. (Art. 525, inc. 10).

PUNTO 11º — Proposición del doctor Dassen para que se suprima en el inc. 10 del art. 525 el término “ajenos”.

Supuesto del fallido. (Art. 525, inc. 5º).

PUNTO 12º — Moción de los doctores Rayces y Spota para que la prohibición relativa a los concursados no rija en forma tan absoluta con respecto a la tutela legítima.

PUNTO 13° — Moción del doctor Rayces para que se contemple en el art. 525 el supuesto de que se produzca pleito en ejercicio de la tutela. Moción del doctor Spota para que, en ese caso, cese de oficio la tutela, siempre que el pleito pueda tener por efecto que se perjudique o el estado del menor o una considerable parte de su patrimonio.

Supuesto de pleito con el incapaz. (Art. 525).

PUNTO 14° — Moción del doctor Spota para que se contemple en el art. 525 el supuesto de que el padre hubiese prohibido que el nombramiento del tutor recayere en determinada persona.

Supuesto de la prohibición por el padre del nombramiento de determinada persona. (Art. 525).

REUNION N° 88

—Buenos Aires, seis de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Julio Dassen, Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y José Manuel Saravia.

ORDEN DEL DIA

PUNTO 1° — Se aprueba sin discusión la moción del doctor Spota para que se haga extensiva la norma del art. 516 relativa a los expósitos y abandonados, a aquellos menores residentes en el país cuyos padres fallecieren en el extranjero.

Competencia. Supuesto de padres fallecidos en el extranjero. (Art. 516).

PUNTO 2° — El doctor Rayces indica que en la sesión última propuso que se estudiara el significado de la expresión: "... que dejaren a los hijos", del art. 518, y manifestó que quizá se hubiese querido decir: "legaren a los hijos". Fundando esta moción, expresa que no todos los bienes que dejan los padres a los hijos pueden estar comprendidos en esta norma porque hay bienes que recogen los hijos como legítima forzosa y no caen bajo la voluntad póstuma de los padres. Por eso parece mejor substituir esa expresión por la de: "o que legaren a sus hijos". Además, ¿por qué se dice: "con cláusula excluyente del que tuviere la patria potestad"? Únicamente se le puede quifar todos los atributos de la patria

Curatela para la administración de ciertos bienes. (Art. 518).

potestad cuando la pierde, pero, ¿por qué le van a arrebatarse la patria potestad al supérstite?

El doctor Lafaille observa que una cosa es la pérdida de la patria potestad y otra, perfectamente distinguible, la relativa a la administración, porque puede haber personas que no incurran en una transgresión tan seria como para merecer la una y que, sin embargo, no sean aptas para ejercer la administración, como se dijo en otras sesiones. Se dan en la práctica supuestos, en que tal cláusula habría sido en extremo prudente.

Ante esta explicación el doctor Rayces no insiste en la moción, y en cuanto a su observación sobre la palabra “legaren”, considera suficiente con que quede constancia de lo manifestado sobre el punto.

Supuesto de la designación de más de un tutor. (Art. 519).

PUNTO 3º — El doctor Rayces expresa que, en la última reunión, se conversó respecto de lo que es materia del punto a examinar y parece que, en el cambio previo de ideas, se estaba de acuerdo en que había una serie de enunciados innecesarios y que, en realidad, el artículo podría concretarse a la simple expresión a que se refiere la ponencia.

El doctor Lafaille considera que, en realidad, se trata de una observación más bien de orden gramatical. Estima que no puede haber inconveniente en resolver que la fórmula propuesta por el doctor Rayces se tenga presente para la redacción final.

Se acepta el criterio propuesto por el doctor Lafaille.

Tutela legítima. Orden. Facultades del juez. (Art. 520).

PUNTO 4º — El doctor Dassen dice que el art. 520 formula la enumeración de los parientes consanguíneos a quienes correspondería la tutela legítima, a falta de tutor designado por el padre. Expresa que conoce casos concretos en que hay motivos, aunque los parientes designados fueran idóneos, para designar a otros, ya sea porque no están apremiados por otras labores o porque poseen mejores condiciones. Pero, este artículo resultaría insalvable. Por eso, propone que se adopte una norma de tal manera que existiendo justos motivos fuese posible nombrar tutor a otro pariente o a un extraño.

El doctor Lafaille manifiesta que, en realidad, la situación a que hace referencia el doctor Dassen está prevista, en lo fundamental, en la última parte del art. 519, donde habla

de la confirmación, por parte del juez, del nombramiento hecho por los padres. De ese modo, sería necesario extender la cláusula final de dicho art. 520, es decir, establecer que la tutela legítima no sea una pauta obligatoria para el juez.

El doctor Dassen observa que el art. 519 se refiere a la confirmación de la designación hecha por los padres, pero el 520 contempla el supuesto de que falte tutor designado por los padres y, entonces, impone al juez dicho nombramiento.

El doctor Lafaille recuerda que con arreglo a la parte segunda del art. 520 la prelación antedicha no limitará el arbitrio del juez, quien debe elegir a la persona más capacitada por sus aptitudes, responsabilidad o buen concepto. Y luego el art. 521 agrega que el magistrado dará tutor al menor que no lo tuviere designado por los padres y que carezca de parientes idóneos para ejercer la tutela legítima, o siempre que el cargo se hallare vacante. Cree que con dichas disposiciones queda aclarada la dificultad supuesta.

Se resuelve dejar consignado de que la Sección interpreta que, con las disposiciones de los arts. 519, 520 y 521, la doctrina del Proyecto sería que el juez, cuando encontrara mayor idoneidad en los parientes no enumerados en el art. 520, podrá discernirles la tutela.

PUNTO 5º — El doctor Saravia estima que sería conveniente establecer la misma edad que la aceptada en el caso de la adopción.

Se acepta este criterio.

El doctor Lafaille expresa que, a su juicio, la norma propuesta es ventajosa; y en la práctica se cumple, pero le parece que sería conveniente atenuarla, de modo que se los oiga en lo posible. Una norma rígida podría ser inconveniente porque puede darse el caso de que el menor esté ausente o imposibilitado para presentarse.

Se acepta lo indicado por el doctor Lafaille, estableciéndose: “se oirá en lo posible...”.

PUNTO 6º — El doctor Rayces manifiesta que el espíritu de la proposición ha sido el de eliminar todo lo que sea superfluo.

El doctor Lafaille plantea el supuesto de que ya no se tratara de ninguna de las dos hipótesis del art. 521, es decir, que no hubiere tutela testamentaria ni parientes idóneos para

Menores de cierta edad. Conveniencia de que sean oídos. (Art. 520).

Tutela dativa. (Art. 521, primer apartado, última parte. Supresión).

ejercer la legítima y que se tratara simplemente de un niño que no tiene tutor.

El doctor Rayces' entiende que la expresión: "siempre que el cargo se hallare vacante" no responde con exactitud a esa idea. Además, el art. 515 ya dice que se dará tutela a los menores que no se hallaren bajo patria potestad. Por lo tanto, considera innecesario esta última parte, pero aclara que no es una supresión de carácter fundamental.

El doctor Rey expresa que la misma razón que se da para pedir la supresión de la parte final del art. 521, existe para suprimirlo todo, porque no se puede dejar a un menor sin tutor y es evidente, entonces, que si no fué designado por los padres deberá hacerlo el juez por su cuenta.

El doctor Lafaille agrega que con el criterio, que justamente combate el doctor Rey, se aplicaría el art. 515 y se suprimiría todo. El art. 519 y el art. 520 son, en realidad, casos especiales, y en los demás rige el art. 515.

El doctor Rayces no insiste en su moción, por cuanto, como ya lo ha dicho, no le atribuye carácter fundamental.

Tutela dativa. (Art. 521. Supresión del segundo apartado).

PUNTO 7º — El doctor Lafaille expresa que la última parte del art. 521 tiene su razón de ser, porque en la tutela testamentaria puede haber condiciones o cláusulas, pero no en la dativa. No se puede nombrar tutor por tres o cuatro años, sino que una vez designado permanece hasta que cese la causa por la cual se lo nombró.

Con la aclaración dada, no se insiste en la proposición.

Concepto de "amigo" y "amigo íntimo". (Art. 522).

PUNTO 8º — Se acepta sin discusión la moción del doctor Spota tendiente a agregar en el inc. 4º del art. 522 la palabra: "íntimos" después de: "amigos".

Tutela de niños abandonados. Pequeña adopción. (Art. 523).

PUNTO 9º — Se acepta sin discusión la moción del doctor Spota de suspender la consideración del art. 523 hasta que se presente el proyecto relativo a la pequeña adopción.

Tutelas especiales. Redacción. (Art. 524).

PUNTO 10º — El doctor Lafaille observa que aquí se presenta la discusión que siempre acaece respecto del curador y del tutor; la Comisión Reformadora aceptó la terminología jurídica de "tutor especial", es decir, la terminología romana. Del mismo modo, Vélez Sársfiel llamaba tutor cuando se trataba de la persona, y curador, respecto de los bienes. En el supuesto de conferir funciones especiales, cuando habla de los intereses encontrados de los menores, en el art. 61, dice

que se les nombre “tutor especial”. Ello ha parecido lo más adecuado. Tampoco debe olvidarse la necesidad de unificar el léxico y si el Proyecto le llamó siempre “tutor”, parece bien mantener ese término.

El doctor Rey observa que si se acogiera el término “curador”, se tendría que hacer una salvedad respecto de la disposición que está contenida en el Capítulo de la Curatela de Bienes, art. 558.

El doctor Rayces no insiste en su moción.

PUNTO 11° — Se acepta sin discusión la moción del doctor Dassen para que se suprima en el inc. 10 del art. 525, el concepto de “ajenos”.

Quienes no pueden ser tutores. (Art. 525, inc. 10).

PUNTO 12° — El doctor Rayces explica que no siempre el concursado debe tener un estigma de incapacidad para gobernar la persona y bienes del menor, desde que el concurso puede obedecer a circunstancias completamente ajenas a sus aptitudes para los negocios. Por consiguiente no cree que sea necesaria una regla tan absoluta como la del Proyecto.

Supuesto del fallido. (Art. 525, inc. 5°).

El doctor Lafaille manifiesta que comprende perfectamente lo que se dice, pero es difícil, a veces, discriminar las causas del concurso. Quizá la prohibición relativa a los concursos sea severa, pero tiene la ventaja de descartar un serio peligro para el incapaz, porque la ley se funda en la experiencia: es arriesgado designar para el manejo de los bienes de un incapaz a personas que reúnen estos dos inconvenientes: estar concursado y no haber pagado a los acreedores.

El doctor Rayces indica que esta disposición no rige en términos tan absolutos respecto de los parientes del menor, por cuanto queda el juez facultado para conceder la tutela legítima.

El doctor Saravia propone que se sancione una atenuación a la prohibición, cuando se tratare de parientes próximos y concurrieran motivos especiales, de conveniencia para el menor, que serían apreciados por el juez. Además, que se modifique la redacción en cuanto al concepto “hayan satisfecho a sus acreedores”. Cree que esa modificación debe ser admitiendo aquí la norma legal que establece la rehabilitación a los tres años, norma que proporcionaría un criterio objetivo y preciso. Hay acreedores —y entre ellos hasta institu-

ciones bancarias— que no se sienten satisfechos mientras no hayan recibido el pago íntegro de sus créditos originarios.

El doctor Lafaille indica que, de acuerdo con la anterior sugestión, debería decirse: “los concursados no rehabilitados” o: “los concursados que no obtuvieron rehabilitación”. En ese caso, sería preferible el texto de la Comisión, que impone la carta de pago.

El doctor Dassen expresa que, en la mayoría de los casos de concurso, existe culpa por parte del concursado y debemos reconocer que no es lo común la minoría a que se refiere el doctor Rayces, que llegaron a esta situación por el juego de las circunstancias. Además, en materia de tutela debe preocupar el interés del menor y no el castigo moral que cae sobre ellos.

El doctor Rey manifiesta que la única forma de atenuar esta disposición relativa a la prohibición que pesa sobre los concursados, es, como dice el doctor Saravia, dejándola librada al arbitrio judicial. Entonces, ocurriría lo siguiente: no habría un juez prudente que se atreviera a hacer uso de la autorización que se le confiere y, en cambio, serviría para que los jueces no prudentes, malos jueces, hicieran uso de ella.

El doctor Saravia observa que había propuesto que se mantuviese la disposición prohibitiva, pero sin perjuicio de que el juez, habiendo justos motivos, pudiera nombrar al concursado pariente. Supongamos el caso de un menor que sólo tiene como único pariente al abuelo; ¿sería posible y conveniente, por el hecho de tratarse de concursado, desplazar a esa persona que puede ser perfectamente honorable?

El doctor Lafaille considera que de la discusión se desprende que se cuida demasiado la reputación de los tutores y menos el manejo de los bienes del menor. No debe estar dicho manejo expuesto a riesgos, ni colocado en condiciones anormales. La intención del legislador debe ser de que el menor esté a cubierto de que se presenten ambas circunstancias. Se puede demostrar que hay casos en que esto no sucederá, pero se debe reconocer que tales casos son de excepción.

La votación arroja un empate y, por ello, se posterga al Punto 12º del Orden del Día.

PUNTO 13º — El doctor Dassen expresa que, en la reunión anterior, el doctor Spota proponía que se contemplara el supuesto en que el tutor estuviese en trance inminente de tener un juicio contra el menor, supuesto que contempla el Código italiano, y el doctor Rayces manifestaba que si en el transcurso de la tutela se producía pleito, sería el caso de removerlo de ella, porque las pasiones que se levantarían harían imposible una buena atención y dirección del menor y sus intereses.

Supuesto de pleito
con el incapaz.
(Art. 525).

El doctor Lafaille estima que puede caber el caso de remoción o simplemente el nombramiento de un tutor especial. Considera innecesaria una modificación porque el tutor debe ser exonerado al optarse por la tutela especial, según el grado de la divergencia.

El doctor Dassen considera que se podría prever en el art. 547 donde habla de separación del tutor.

El doctor Rey indica que el art. 547, en su inc. 1º, establece que serán separados de la tutela los inhábiles para ocupar el cargo, desde que sobrevenga la inhabilidad. Quiere decir, que producido el pleito, surge una inhabilidad para ser tutor y cesa la tutela.

Con lo expresado se da por resuelto el problema planteado en la ponencia.

PUNTO 14º — El doctor Dassen expresa que el doctor Spota debe haber tomado la disposición que sugiriera del Código italiano, porque en el mismo se determina que el último que ejerció la patria potestad, puede establecer que tal persona no sea tutor, y seguramente esa será la idea del doctor Spota.

Supuesto de la prohibición por el padre del nombramiento de determinada persona. (Art. 525).

El doctor Lafaille manifiesta que, efectivamente, el art. 358 del proyecto italiano establece que la última persona que ejerció la patria potestad puede prohibir ese nombramiento. Por mucho que sea merecida a veces tal prohibición, considera grave dejar, al padre o a la madre, ese derecho, puesto que podría tratarse de una venganza, tan común en cuestiones de familia. Es el interés del menor lo que debe privar. Al padre se le deja facultad para nombrar, pero no para excluir de una manera rigurosa. A lo sumo, ese sería un antecedente que el juez tendría en cuenta

y así, entre un pariente prohibido y otro idóneo que no lo esté, podría preferir al segundo.

No se acepta la moción del doctor Spota para que se contemple en el art. 525 el supuesto de que el padre hubiese prohibido el nombramiento de tal tutor.

Enseguida se pasa a considerar el Orden del Día para la sesión próxima.

Ventas que puede autorizar el juez. Enajenación de un bien para reparar otro. (Art. 535, inc. 3º).

ARTÍCULO 535. — El doctor Rayces se refiere a la parte del inc. 3º que dice: “no pudieran efectuarse las reparaciones sin enajenar otro bien raíz”. Entiende que debe haber más de un caso en que convenga reparar un bien enajenando otro.

Se resuelve tratar en la próxima reunión la proposición del doctor Rayces al inc. 3º del art. 535 para que se considere la conveniencia de suprimir la reserva de dicho inciso expresada en los términos: “sin enajenar otro bien raíz”.

Alcance. (Art. 535, inc. 5º).

El doctor Rayces propone que se considere el alcance del inc. 5º del art. 535 y llegado el caso se precise su redacción.

Condominio. Conveniencia de suprimir el inciso. (Art. 535, inc. 4º).

El doctor Dassen pregunta si el inc. 4º se refiere al condominio.

El doctor Lafaille contesta que el juez concede la autorización cuando hubiera perjuicio para los intereses del menor. Agrega que se podría decir que el inc. 4º vendría a quedar sin efecto, ante la disposición del inc. 3º del art. 534.

Se resuelve a indicación del doctor Dassen estudiar la conveniencia de suprimir el inc. 4º del art. 535 en vista de lo dispuesto por el inc. 3º del art. 534.

Carácter ejemplificativo de la enumeración. (Art. 535).

ARTÍCULO 535. — El doctor Rayces indica que, dentro de la norma considerada, no podrá el juez autorizar la venta de inmuebles pertenecientes al menor en otros casos que no sean los previstos en la misma. ¿Quiere decir que se le da atribución únicamente para estos casos? ¿No se han dejado de lado otros casos de conveniencias?

El doctor Lafaille contesta que el Código actual también limita la facultad del juez y no le permite autorizar la venta de inmuebles del menor en cualquier caso.

El doctor Dassen observa que el doctor Rayces se pregunta si no se ha omitido alguna causal importante.

Se resuelve, a indicación de los doctores Rayces y Dassen, examinar en el art. 535 si no conviene establecer en las pri-

meras palabras del mismo que la enumeración es simplemente ejemplificativa.

ARTÍCULO 541.—El doctor Dassen observa que, en la práctica, suele ocurrir que muchos tutores no rinden cuenta durante varios años sin que el juez ni los asesores de menores les exijan esa medida. Y cuando se rinde cuentas se encuentra el juez con hechos consumados. El Código suizo y el italiano exigen que todos los años se lleven a cabo dichas rendiciones, sin perjuicio de que se les exijan en cualquier momento. Agrega que ha preparado para este artículo una redacción que, en definitiva, equivale a agregarle “anualmente” y reemplazar “deberá llevar” por “deberá rendir”.

Se resuelve incluir en el Orden del Día la indicación del doctor Dassen.

ARTÍCULO 545.—El doctor Dassen sugiere que se amplíe el término de treinta días que fija este artículo.

Se resuelve considerar dicha indicación.

Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Moción de los doctores Rayces y Spota contenida en el Punto 12º del anterior, para que la prohibición relativa a los concursados no rija en forma tan absoluta con respecto a la tutela legítima.

PUNTO 2º — Observación del doctor Rayces al inc. 3º del art. 535 para que se considere la conveniencia de suprimir la reserva de ese mismo inciso expresada en los términos: “sin enajenar otro bien raíz”.

PUNTO 3º — Moción del doctor Rayces para que se considere el alcance del inc. 5º del art. 535.

PUNTO 4º — Indicación del doctor Dassen para que se estudie la conveniencia de suprimir el inc. 4º del art. 535 en vista de lo dispuesto en el inc. 3º del art. 534.

PUNTO 5º — Indicación de los doctores Rayces y Dassen de que se examine en el art. 535 si no conviene establecer en las primeras palabras del artículo que la enumeración es simplemente ejemplificativa.

PUNTO 6º — Redacción propuesta por el doctor Dassen para el art. 541: “El tutor deberá rendir anualmente cuenta fiel y documentada de su administración, aunque el testador le hubiese eximido de hacerlo. Sin perjuicio de ello, en cual-

Rendición anual.
(Art. 541).

Convenios nulos.
Ampliación del término. (Art. 545).

Supuesto del fallido. (Art. 525, inc. 5º).

Ventas que pueda autorizar el juez. Enajenación de un bien para reparar otro. (Art. 535, inc. 3º).

Alcance. (Art. 535, inc. 5º).

Condominio. (Art. 535, inc. 4º).

Carácter ejemplificativo de la enumeración. (Art. 535).

Rendición anual.
(Art. 541).

quier momento podrán exigírsela el Ministerio Público o el mismo menor, si hubiese cumplido diez y ocho años, por motivos que el juez estime suficientes”.

PUNTO 7º — Indicación del doctor Dassen para que se examine si conviene ampliar el término de treinta días del art. 545.

PUNTO 8º — Consideración de las siguientes proposiciones del doctor Spota:

ARTÍCULO 526. — Agregar: “El juez podrá exigir, según la naturaleza e importancia de los bienes del pupilo, una garantía, cuyo monto y modalidades determinará”.

ARTÍCULO 527. — Agregar: “El inventario deberá iniciarse dentro del mes de discernida la tutela y concluirse dentro de los tres meses, pudiendo ese plazo ser prorrogado por el juez en caso necesario. El pupilo podrá intervenir en la facción del inventario, siempre que hubiere cumplido diez y ocho años. Mientras el inventario no se realice, el tutor sólo podrá ejecutar medidas conservatorias o que no admitan dilación. En el inventario deberá hacerse constar que se interpelló al tutor sobre si tiene o no crédito contra el menor y la contestación dada”.

ARTÍCULO 531. — Agregar: “El juez deberá resolver con audiencia del tutor y oyendo al pupilo siempre que fuera mayor de diez y ocho años. El juez decidirá, en caso de contestación del tutor respecto de la profesión, oficio o carrera que el mayor de catorce años elija”.

ARTÍCULO 533. — Agregar: “Los fondos depositados no podrán retirarse sino mediante orden judicial, sea para adquirir bienes raíces ubicados en la República, o para dar dinero en mutuo con hipoteca sobre bienes sitos en el mismo lugar, o para adquirir títulos de renta públicos, sea para que se entreguen al pupilo, cuando llegue a la mayoría de edad o se emancipe, o, en caso de fallecimiento, a sus herederos. El tutor debe el interés de toda suma que ha dejado improductiva durante más de un mes”.

ARTÍCULO 534, INCISO 1º — Agregar: “Se requerirá siempre autorización cuando el tutor tome en arriendo bienes del menor”.

ARTÍCULO 534, INCISO 4º — Suprimirlo en atención al agregado que se propone para el art. 533.

Convenios nulos. Ampliación del término. (Art. 545).

Discernimiento de la tutela. Requisito de la garantía. (Art. 526).

Inventario. Plazo. Intervención del pupilo. Medidas urgentes. Interpelación acerca del crédito contra el incapaz. (Art. 527).

Audiencia del tutor. Intervención del pupilo mayor de 18 años. Elección de carrera. Oposición del tutor. Decisión por el juez. (Art. 531).

Sobrantes. Inversión. Requisito para el retiro de los fondos. Sumas improductivas. Intereses. (Art. 533).

Arriendo de bienes por el tutor. Autorización judicial. (Art. 534, inc. 1º).

Supresión. (Art. 534, inc. 4º).

ARTÍCULO 535. — Agregar a continuación del proemio: “cuando existiere manifiesta ventaja, así como en los siguientes casos...”.

ARTÍCULO 536. — Agregar: “El tutor que no cumple con estas obligaciones debe intereses en favor del pupilo; los mismos correrán al mes de concluirse el inventario prescripto por los arts. 527 y 528, salvo que la venta no se produjere por causa no imputable al tutor”.

ARTÍCULO 538, INCISO 2º — Suprimir después de: “venta pública” las palabras: “o privada”.

ARTÍCULO 539. — Modificar la 1ª parte del artículo así: “El tutor percibirá por sus cuidados y trabajos, sea cual fuere la naturaleza de ellos, hasta la décima parte de los frutos líquidos de los bienes de su pupilo, debiendo el juez fijar la remuneración, no excediéndose de ese máximo. Para la determinación de tal máximo, se tomarán...”.

ARTÍCULO NUEVO. — Todos los actos realizados con violación de los artículos precedentes pueden anularse a instancia del tutor, del menor, o de sus herederos o sucesores particulares, salvo que se tratare de los actos prohibidos por el art. 502, en cuyo caso el tutor que los ejecutó carecerá del ejercicio de esta acción.

ARTÍCULO 541. — Agregar: “En todo caso podrá el juez someter el examen de las cuentas a cualquier pariente del pupilo”.

ARTÍCULO 542. — Agregar, al final: “o en su caso, a los herederos del ex pupilo”.

ARTÍCULO 545. — Agregar: “Aun en los casos de convenios celebrados con posterioridad a los plazos indicados será necesario para su validez que las cuentas de la tutela hayan sido judicialmente aprobadas”.

ARTÍCULO 547, INCISO 2º — Agregar “o no hubiesen declarado fielmente sus créditos contra el pupilo”.

ARTÍCULO 547, INCISO NUEVO (4º). — Agregar un inciso 4º: “Quienes lleven una vida que torne innerecido el cargo difendido o quienes devienen insolventes”.

ARTÍCULO 547, APARTADO NUEVO. — Prever en un apartado del art. 547: “En todo caso, el juez, antes de decretar la separación de la tutela, podrá suspender al tutor en sus funciones, si así lo exige la urgencia de las situaciones. El juez no pronunciará la separación sin oír previamente al menor”.

Ventas que puede autorizar el juez. Caso de manifiesta ventaja. (Art. 535).

Bienes muebles. Obligación de venderlos. Sanciones. (Art. 536).

Venta privada. Supresión. (Art. 538, inc. 2º).

Remuneración del tutor. Hasta la décima parte. Fijación por el juez. (Art. 539).

Sanciones.

Examen de las cuentas por parientes del pupilo. (Art. 541).

Rendición de cuentas. Herederos del ex pupilo. (Art. 542).

Convenios posteriores. Validez. Aprobación judicial. (Art. 545).

Separación del tutor. Declaración de créditos contra el pupilo. (Art. 547, inc. 2º).

Vida desordenada. Insolencia. (Art. 547, inc. nuevo (4º)).

Suspensión del tutor. Audiencia al menor. (Art. 547, apart. nuevo).

REUNION N° 89

—Buenos Aires, diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Alejandro Rayces (presidente ad-hoc), Alberto G. Spota (secretario), Julio Dassen, Ricardo E. Rey y José Manuel Saravia.

ORDEN DEL DIA

Supuesto del fallido. (Art. 525, inc. 5°).

PUNTO 1° — El doctor Rayces hace notar que en la última sesión el doctor Saravia también había expresado ideas concordes con las del doctor Spota y las suyas, apoyando la atenuación de la norma contemplada en el art. 525, inc. 5°, solamente en el caso de la tutela legítima. En dicha reunión, en la que el doctor Spota no votó por estar ausente, se llegó a un empate, quedando el punto postergado por esa razón.

El doctor Saravia indica que ha concretado una fórmula que podría agregarse al art. 525, inc. 5°, para solucionar el problema. Piensa que debería hacerse distinción en el caso de tutela legítima, pero solamente tratándose de abuelos o hermanos bilaterales. De ahí que sólo en ese caso de tutela legítima, tratándose de abuelos y hermanos bilaterales, podrá el juez, si concurriesen motivos indudables de conveniencia para el menor, dejar de lado esta inhabilidad, en auto fundado, que será elevado, en consulta, al tribunal de alzada, si existiese.

El doctor Rey observa que, en la reunión anterior, había expresado una idea contraria a esta proposición teniendo en cuenta la extensión que se le daba, y repite que no considera conveniente una reforma tan amplia como la propuesta en la referida reunión. Expresa que ha revisado diversos códigos buscando una norma que prohíba a los concursados ser tutores. En el Código francés no ha encontrado dicha prohibición; los fallidos pueden, según las circunstancias, ser excluidos de la tutela; pero conviene tener presente que en Francia, existe el consejo de familia, que para casos como éstos puede constituir una garantía de mayor acierto que el juez, que por lo general no conoce a los interesados. El

Código alemán prohíbe ser tutor al fallido mientras dure la quiebra; el proyecto italiano dispone lo mismo para el no rehabilitado, y análogo precepto contiene el Código del Perú. Pero entiende que, reducida la indicación del doctor Saravia a los términos que ha propuesto en la presente reunión, puede ser una norma conveniente, si se la emplea con prudencia, ya que existirían casos en que, además de ser injusto privar al pariente de la tutela, ello podría ser perjudicial para el menor. Si, por ejemplo, el tribunal viera que el concurso no se ha producido por culpa del deudor, sino que obedeció a factores casuales, y que el mismo está en condiciones de ser un excelente tutor del menor, entonces la situación de concurso podría no ser inconveniente para nombrarlo. Con ello se podría evitar en más de un caso la desarticulación de la familia.

Se acepta, por mayoría, un agregado al art. 525, inc. 5º, que diga: “En caso de tutela legítima, tratándose de abuelos y de hermanos bilaterales, podrá el juez, si concurriesen motivos indudables de conveniencia para el menor, dejar de lado esta inhabilidad, en auto fundado, que será elevado al tribunal de alzada, si existiese”.

Los doctores Rayces y Spota aclaran que, al hacer la proposición, quisieron referirse, dentro de la tutela legítima, a los parientes más próximos.

PUNTO 2º — El doctor Rayces indica que hizo la observación de orden práctico, que se concreta en el punto a discutir, porque le parece que podría haber conveniencia en enajenar un bien raíz con objeto de conservar otro (inc. 3º del art. 535).

El doctor Spota hace notar que ha hecho una moción de orden general, que guarda vinculación con el punto a tratar. Se refiere al agregado que propicia a continuación del premio: “... pertenecientes al pupilo cuando existiere manifiesta ventaja, así como en los siguientes casos:”.

El doctor Saravia hace presente que esas proposiciones tienden a que se diga expresamente que la enumeración del art. 535 no es exhaustiva. Siendo así, la fórmula del inc. 3º podría mantenerse, máxime si se tiene en cuenta que ella está en el Código Civil actual y en Freitas.

El doctor Rey estima exacta la observación del doctor

Ventas que puede autorizar el juez. Enajenación de un bien para reparar otro. (Art. 535, inc. 3º).

Rayces. Si se aceptase la proposición del doctor Spota manteniendo el inc. 3º del art. 535 tal como está, parecería que en el caso previsto en éste habría que atenerse a los términos del inciso, o por lo menos, se prestaría a dudas.

Por mayoría se resuelve la supresión de la expresión: “sin enajenar otro bien raíz” contenida en el art. 535, inc. 3º.

Alcance. (Art. 535,
inc. 5º).

PUNTO 3º — El doctor Rayces observa que pidió que se estudiara el alcance del inc. 5º del art. 535 por lo siguiente: se habla de la autorización del juez para la venta, cuando, en realidad, la venta ya ha sido realizada y el juez no podrá hacer otra cosa que facilitar al menor el cumplimiento de sus obligaciones, so pena de que sea embargado.

El doctor Spota indica que la transmisión del bien a consecuencia de la venta se perfecciona con la tradición en su caso (inscripción en el Registro) y la escritura pública. Conviene, pues, mantener el precepto, aún cuando reconoce que puede ser simplificado.

El doctor Rayces considera que, en el ejemplo planteado por el doctor Spota, se pedirá autorización para otorgar la escritura, pero no para vender, porque la venta ya ha sido realizada. Lo que pasa es que no se llenaron las formalidades necesarias para que la transmisión del dominio quede acreditada en la forma que establece la ley.

El doctor Saravia está de acuerdo en que el inc. 5º del art. 535 hay que modificarlo, porque, realmente, no está redactado con claridad. Deja dudas, en especial, la segunda y tercera hipótesis en que se coloca, respecto de quién sea el que ha hecho la tradición o recibido, total o parcialmente, el precio. A alguien podríasele ocurrir que el tutor mismo del menor ha realizado la tradición. Evidentemente no podría ser así. Se trata de una norma equivocada, que deriva del Código Civil y de Freitas, art. 1770, inc. 7º, pero, en este último, la fórmula es más clara. A su juicio, bastaría con colocarse en la primera de las hipótesis que contempla el precepto; las otras dos sobran, porque se refieren a momentos en la ejecución del contrato. Lo único que debería decirse es que el juez podrá autorizar la ejecución de la venta, cuando hubiere sido convenida por el antecesor del pupilo. Estima que el juez necesita intervenir en todo eso. Suponiendo que el padre fallecido del menor haya concluido ya el

contrato de compra y venta, aunque sea en instrumento privado, el contrato existe. Entonces ha surgido ya la obligación "de hacer" y el juez necesita conceder la autorización. Exigida, en su caso, la escritura pública es claro que tendrá que otorgarse. De cualquier modo, conviene prever el caso y enumerarlo, asegurando la intervención del juez, en protección del menor.

El doctor Rayces plantea la hipótesis siguiente: A se obliga a vender a B un campo y, antes de otorgar la escritura correspondiente, muere. Es su heredero el menor A. ¿Qué hace el tutor de este niño? Se presentará ante el juez y manifestará que el causante vendió el terreno a B comprometiéndose a escriturar la venta en tal fecha, y pedirá la autorización necesaria para otorgar la escritura, pero no para vender, porque la venta ha sido realizada. Así, pues, el juez tendrá que conceder autorización simplemente para llevar adelante lo convenido, esto es, para que se cumpla la obligación que incumbe al menor.

El doctor Rey encuentra que la observación del doctor Rayces, considerada desde un riguroso punto de vista técnico, parece justa, porque los demás casos que se prevén en este artículo son completamente distintos. Se trata, en ellos, de autorizar la celebración de un contrato y en el inc. 5° se trata en general de autorizar el cumplimiento de uno anteriormente celebrado. Pero entiende que la disposición debe subsistir ya como inciso ya como artículo separado. El juez, en efecto, podría tener motivos para negar autorización de cumplir el contrato; por ejemplo, en los casos en que fuera contrario a la moral o a las buenas costumbres, o hubiere existido un vicio de la voluntad, etc. Por eso, repite que la disposición debe subsistir, aunque sea en artículo separado.

El doctor Spota considera que, en un acto jurídico bilateral, como es el contrato de compraventa, existen diversos elementos: el precio, la cosa, la forma, etc. En el supuesto planteado, la forma exigida por la ley para la trasmisión del inmueble no se cumplió (art. 817 del Proyecto). La venta prometida, por lo tanto, no es sino un contrato preliminar, pero no el contrato de venta mismo. El juez, pues, debe autorizar *la venta* que recién será perfecta al celebrarse la escritura pública. Tratándose de la compraventa de un bien

inmueble, esa forma exigida por la ley, es decir, la escritura pública, es un requisito esencial del contrato, como el consentimiento, el precio y la cosa. Cuando no se escritura, sólo existe una mera obligación de hacer, pero aún no se ha producido la venta misma. El Proyecto, por ello, no es, técnicamente hablando, en esta materia, defectuoso. El juez, en ese caso, *podrá autorizar la venta*.

Por mayoría se resuelve mantener el inc. 5° del art. 535 con la modificación propuesta por el doctor Saravia, según la cual dicho inciso quedaría redactado así: "Cuando fuere para cumplir un contrato de enajenación celebrado con el anterior propietario".

Condominio. (Art.
535, inc. 4°).

PUNTO 4° — El doctor Dassen estima que el inc. 4° del art. 535 es una hipótesis comprendida ya en el inc. 3° del art. 534, porque la situación es esta: el menor tiene un bien que está en comunidad o condominio. El tutor, para provocar la división del condominio, tiene que pedir autorización del juez, y en ella va implícita la división del mismo.

El doctor Spota señala que en el art. 535, inc. 4°, la ley fija una condición de aplicación de la norma que autoriza la división del condominio y es que este último sea perjudicial para los intereses del menor. Tal requisito legal, en cambio, no aparece en el inc. 3° del art. 534.

El doctor Dassen observa que, en el inc. 3° del art. 534, se establece que se aplicará la regla del art. 501, inc. 5°, el cual dice que el juez no concederá la división si hubiere perjuicio para el incapaz. Quiere decir que será autorizada únicamente en caso de conveniencia.

El doctor Saravia considera que hay que hacer un reajuste de estos dos incisos (inc. 3° del art. 534 e inc. 4° del art. 535), porque son dos normas distintas. Se impone un reajuste que signifique mantener, en todos sus términos, la norma del inc. 4° del art. 535, porque en ella se preceptúa que el juez podrá autorizar la venta, a los efectos de la división del condominio, siempre que la continuación en la comunidad fuere perjudicial para el menor; en cambio, en el art. 534, inc. 3°, se hace una remisión al art. 501, inc. 5°, donde se dice, tratándose del padre, que el juez no la concederá si hubiere perjuicio para el incapaz. Es decir, a *contrario sensu*: la primera, si hubiere beneficio, mientras que, en el caso

de la tutela, únicamente la concederá cuando la continuación en la comunidad resultare perjudicial.

El doctor Rey manifiesta que efectivamente se trata de soluciones distintas que por lo pronto deben ser armonizadas.

El doctor Dassen pregunta si no sería conveniente que, no resultando perjuicio, se divida el condominio. Suprimiendo el inc. 4° del art. 535, cuando la división del condominio no apareje perjuicio, se dividirá; en cambio, con dicho inciso, habría que justificar que la continuación de ese condominio es inconveniente.

El doctor Saravia observa que el Proyecto ha cambiado la posición de la ley vigente frente al condominio y que debe tenerse la misma actitud frente a los inmuebles del menor; de manera que sería partidario de que se mantuviera, precisamente, la norma del inc. 4° del art. 535, es decir, que se autorizara la división solamente cuando la continuación en comunidad fuere perjudicial. Sería como en el caso de la patria potestad, donde el padre debe justificar que no se causa perjuicio al menor, aunque no se le exige la prueba del beneficio. ¿Y si se suprimiera el inc. 3° del art. 534? Estaría todo resuelto y además prevalece la norma restrictiva respecto del tutor.

Se acepta la moción formulada por el doctor Saravia en el transcurso del debate, para que se suprima el inc. 3° del art. 534. Se mantiene, por lo tanto, el inc. 4° del art. 535.

PUNTO 5° — Se acepta sin discusión.

PUNTO 6° — A pedido del doctor Spota, se resuelve considerar esta moción junto con la formulada por él en el Punto 8° de este Orden del Día, art. 541.

PUNTO 7° — Se acepta la moción del doctor Dassen, considerándose conveniente la ampliación del término a tres meses.

PUNTO 8° — ARTÍCULO 526. — Se lee el texto del agregado propuesto por el doctor Spota al art. 526 y cuyo texto es como sigue: “El juez podrá exigir, según la naturaleza e importancia de los bienes del pupilo, una garantía, cuyo monto y modalidades determinará”.

En seguida el doctor Spota explica que dicho agregado será para el final del primer párrafo. Añade que es un

Supresión del inc.
3° del Art. 534.

Carácter ejemplificativo de la enumeración. (Art. 535).

Rendición anual.
(Art. 541).

Convenios nulos.
Ampliación del término. (Art. 545).

Discernimiento de la tutela. Requisito de la garantía (Art. 526).

principio establecido en muchos códigos civiles, en cuya virtud se determina la obligación del tutor de dar garantía del buen desempeño de su cargo. El Código Civil mejicano posee numerosos artículos en los que se prevé en qué ha de constituir esta garantía, cuyo requerimiento es una obligación inexcusable de los jueces. Parece que es un derecho común, diríase, en casi todos los códigos americanos. En nuestro derecho no existe esa garantía. Comprende que, cuando el tutor sea el abuelo, el hermano o el tío, esa garantía no sea necesaria, es decir, que el juez no debe exigirla. Cuando se trata de un extraño; cuando se está en presencia de la tutela dativa, es frecuente —aún entre nosotros— que se produzca una información sumaria tendiente a demostrar que el tutor es una persona abonada; es, sin embargo, indudable que no bastaría para asegurar los intereses, muchas veces apreciables, del menor. De ahí que le parezca una norma conveniente la del nuevo Código Civil italiano que da facultad al juez para que, en ciertos casos, pueda exigir una garantía, cuya naturaleza, modalidades y tiempo, crea él conveniente. Pero, habiéndose aceptado que el abuelo o el hermano concursados puedan ser designados tutores, quizá en ese caso el juez podría exigir la fianza de un tercero. El peligro de la fórmula que propone, estriba en el amplio margen que se deja al arbitrio judicial; pero prefiere ello antes que un sistema rígido. La práctica actual —lo repite— es insuficiente: no basta la simple información sumaria que se estila para discernir el cargo, porque no ofrece mayor garantía. Con el sistema que propone, el Asesor de Menores o el Ministerio Público podría excitar la actividad del juez a fin de que, en determinado caso, funcione la norma proyectada, dependiendo ello de la importancia de los intereses del menor y de las demás circunstancias a tener en cuenta. Esta garantía se podría prestar sin necesidad de movilizar bienes del tutor, puesto que ella puede consistir en una fianza bancaria, en una hipoteca, etc. Y, además, ella funcionaría respecto de la tutela legítima sólo por excepción: únicamente se concebiría en el supuesto del concursado.

El doctor Rayces expresa que, en el caso de la tutela dativa, parece existir acuerdo en que se trata de una norma conveniente, garantizadora, pero si también se le exige a los

tutores legítimos una fianza que no podrán prestar, se desvirtúa la tutela legítima. Además, el individuo concursado será el que menos podrá conseguir fianza.

El doctor Saravia expresa que se podría agregar en el párrafo que propone el doctor Spota, la expresión: “de acuerdo a las circunstancias”.

Se acepta la moción del doctor Spota con relación, únicamente, a la tutela dativa y como facultad del juez. Se acepta también la modificación propuesta por el doctor Saravia.

ARTÍCULO 527. — El doctor Dassen dice que, la parte última del agregado propuesto: “En el inventario deberá hacerse constar que se interpelló al tutor sobre si tiene o no crédito contra el menor y la contestación dada”, le parece superflua, porque ya está en el Proyecto.

Inventario. Plazo. Intervención del pupilo. Medidas urgentes. Interpelación acerca del crédito contra el incapaz. (Art. 527).

El doctor Spota señala que, en el art. 527 del Proyecto, se establece, por implicancia, que si el tutor no hiciese figurar un crédito en el inventario por ignorar su existencia, podría reclamar el pago del mismo. Quiere decir que se presta a que el tutor diga que ignoraba, en el momento de la emisión, la existencia del crédito, cuando en realidad no es posible que eso suceda a una persona diligente, que es a la que el derecho debe proteger. De ahí que le haya parecido conveniente auspicar la sanción de una norma que obligue a hacer constar esa interpelación en el inventario. En realidad, se trata de un precepto que no modifica el pensamiento del Proyecto.

El doctor Rayces pregunta: ¿Y si no constara en el inventario por omisión del escribano, acaso, tendrá derecho el tutor a reclamar?

El doctor Spota contesta que se quiere que una persona enterada de las leyes, como es el actuario, el escribano, interpele al nuevo tutor solemnemente sobre esta circunstancia, interpelación que ya se hace en la práctica, porque el asesor de menores pide al juez, cuando debe nombrarse un tutor, que éste manifieste si es acreedor o no del pupilo. Esa práctica hay que acogerla en el Proyecto, es decir, que esa interpelación no la hará el juez sino el encargado de realizar el inventario, que, es de imaginar, conocerá las leyes que reglan la facción del instrumento público.

El doctor Dassen entiende que se podría agregar: “sin perjuicio de lo expuesto será obligación de los escribanos interpelar al tutor”.

El doctor Rey expresa que la redacción del agregado propuesto por el doctor Spota, da la impresión, como dice el doctor Rayces, de que se mejora la situación del tutor. Preferiría que se dejara tal como está, es decir, que sea obligación del tutor hacer figurar en el inventario todo crédito que tenga contra el incapaz. Existe, además, otro punto que no ve muy claro. Dice el agregado: “mientras el inventario no se realice, el tutor sólo podrá ejecutar medidas conservatorias o que no admitan dilación”. Pero antes dice el art. 527 del Proyecto: “Discernida la tutela, se entregarán los bienes del pupilo al tutor, previo inventario de ellos y avalúo...”. Si el tutor, no habiendo hecho el inventario, no puede recibir los bienes, no se explica cómo podrá ejecutar medidas conservatorias o que no admitan dilación.

El doctor Spota señala que el artículo anterior, es decir, el 526, establece que los actos del tutor anteriores al discernimiento no producirán efecto, pero, cumplido ese extremo, quedarán ratificados si de ellos no resultare daño para el menor. Conviene, pues, prever que el tutor sólo debe realizar los actos de administración y los que no admitan demora.

El doctor Dassen indica que existe una situación que el Proyecto no prevé. El doctor Lafaille aclaró en una reunión pasada que podría suceder que el inventario hubiese sido ya realizado, por ejemplo, en una sucesión, y que no sería necesario hacerlo nuevamente. En ese supuesto de que el inventario de los bienes del pupilo hubiese sido realizado con anterioridad, el tutor parece que no tendría oportunidad para denunciar su crédito.

El doctor Spota considera acertada la observación del doctor Dassen. Agrega que debería hacerse una salvedad diciendo que, aún en ese caso, cuando el inventario hubiese sido realizado, el tutor deberá hacer saber al juez la existencia de créditos contra el incapaz.

El doctor Rayces dice que, efectivamente, se debe aceptar ese agregado obligándolo al tutor a denunciar sus créditos ante el juez. Respecto, entonces, del caso que prevé el doctor Dassen media acuerdo. En cuanto a la proposición del doc-

tor Spota, parece que existe hasta ahora acuerdo general, salvo respecto de la parte que se refiere a la interpelación del tutor. En realidad, aun respecto de ésto, se llegaría a un acuerdo con las palabras que le diesen su verdadero significado a esta moción. De manera que cabría aceptar el agregado propuesto por el doctor Spota al art. 527, debiendo sólo modificarse la parte final de dicho agregado en el sentido de presentarla con la siguiente redacción: “sin perjuicio de lo establecido, será obligación del inventariador interpelar al tutor”. Además, se podría aceptar también el agregado propuesto por el doctor Dassen: en el sentido de que en el caso de no realizarse inventario por estar éste ya practicado con anterioridad al discernimiento de la tutela, será obligación del tutor denunciar su crédito, al juez de la tutela, dentro de un plazo. Corresponde determinar dentro de qué tiempo el tutor debe efectuar esa denuncia.

El doctor Spota manifiesta que, después de reflexionar sobre el particular, llega a pensar que, como un requisito del discernimiento del cargo de tutor, éste debería manifestar —antes de que se le difiera el cargo— si es o no acreedor del menor, manifestación que el juez, de oficio, debe requerirle. Esta es la práctica que se sigue cuando se trata de nombrar tutor. Antes de ser nombrado se exige el cumplimiento de varios requisitos y recién viene el discernimiento del cargo, debiendo jurar antes de aceptarlo. El discernimiento es un acto y la aceptación del cargo es otro distinto. Al aceptar, o mejor aún antes, debería, como ha dicho, el juez requerir al tutor esa declaración.

El doctor Saravia prefiere que se establezca que sea al aceptar el cargo, sin fijarse plazo alguno posterior.

El doctor Rey dice que el art. 526 establece: “No se ejercerá el cargo de tutor sin que sea discernido por el juez competente, ante quien el nombrado o confirmado deberá prometer, bajo juramento, el buen desempeño de su cargo”. Podría agregarse a continuación: “... manifestando en ese acto los créditos que tenga con el menor”.

El doctor Rayces indica que le parece, *prima facie*, una regla muy buena, pero llama la atención respecto de que desaparecerían las otras normas que están hablando de las de-

nuncias de los créditos en el momento de realizar el inventario, con tales o cuales consecuencias.

El doctor Rey estima que sería cuestión, entonces, de transportar la sanción al otro artículo o establecerla en otra forma.

El doctor Spota expresa que, con la redacción propuesta por el doctor Rey, podría dejar de manifestar el tutor su crédito y el juez no caería en responsabilidad por no haber cumplido la ley. Se protegería más los intereses del menor si se dijera: “el juez de oficio, debe interpelar al tutor”, es decir, imponiéndole la obligación al juez de exigirle al tutor esa manifestación, al discernirle el cargo y tomarle juramento.

El doctor Saravia cree que la indicación del doctor Rey es adecuada, pero dándole una redacción que señalara la obligación del juez de interpelar al tutor respecto de si tiene crédito o no. Aquí, en que la ley es de todos conocida, se deriva, de la omisión de ese requisito, una sanción muy grave: la pérdida de un crédito que quizá omitió incluir de buena fe. Sólo podrá reclamar si al omitirlo hubiera ignorado su existencia, pero la prueba de tal ignorancia es casi imposible, mientras que con una prueba bancaria es fácil demostrar haberlo manifestado.

Se acepta la proposición del doctor Rey de establecer que el requisito de manifestar la existencia de créditos debe hacerse en el acto de la aceptación del cargo, con la obligación del juez de hacer la interpelación correspondiente. En lo demás queda aceptada la moción del doctor Spota.

ARTÍCULO 531. — El doctor Spota expresa que, al redactar la norma que auspicia, tuvo la duda en cuanto a si se aplicarían íntegramente los principios de la patria potestad en la materia. Aun en caso afirmativo, cabría preguntarse si tales principios son adecuados para este caso. En el supuesto de la patria potestad, el padre tiene y debe tener facultades para dirigir la conducta y la actividad del menor y resolver la elección de su profesión; en la hipótesis del tutor y el pupilo, especialmente si se tratara de la tutela dativa, la situación cambia. El pupilo debe tener más intervención y, sobre todo, si tiene la edad suficiente; además, es el juez quien debe decidir. Recuerda lo establecido en el art. 496,

Audiencia del tutor. Intervención del pupilo mayor de 18 años. Elección de carrera. Oposición del tutor. Decisión por el juez. (Art. 531).

referente a la patria potestad, que dice que los hijos no podrán dejar la casa paterna, o aquella en que sus padres les hubieren colocado, ni enrolarse voluntariamente en servicio militar, ni entrar en comunidades religiosas, ni obligar su persona de otra manera, ni ejercer oficio, profesión o industria independiente, sin licencia de aquéllos. Discutióse, en sesiones pasadas, que tal facultad no era absoluta, sino que existía el poder moderador del juez; con eso se salvaron muchas de sus desventajas. Tratándose, en cambio, de la tutela, el menor debe tener una intervención más activa y al tutor no le debe corresponder esa facultad tan amplia que le atañe al padre. • Conviene que intervengan esas tres personas, que decidan cuál es la mejor profesión, oficio o tarea, que el menor debe desempeñar. No llega hasta el extremo del Código Civil mejicano que establece que el menor elegirá su profesión, pero sí concibe que el menor sea oído y que, en definitiva, decida el juez.

El doctor Rayces expresa que en el caso de la patria potestad, está en juego la cohesión familiar, mientras que, en el supuesto de la tutela, está sólo en juego el interés del menor y no el de la familia. Entonces, parece que la moción propuesta no hiera ninguno de los sentimientos fundamentales de la familia.

El doctor Rey manifiesta que no entiende el alcance de la primera parte del agregado propiciado: "El juez deberá resolver con audiencia del tutor y oyendo al pupilo siempre que fuera mayor de diez y ocho años". Supóngase que el tutor hace años que ejerce la tutela y conoce perfectamente cuál es la carrera que más le agrada y conviene al menor. ¿Tiene necesidad, también, de presentarse al juez para recabar autorización?

El doctor Spota contesta que la intervención del juez sólo cabría en caso de disenso y siempre que se tratase del supuesto de la elección de oficio o profesión y hubiera alcanzado el menor los catorce años; para las demás hipótesis —suma anual para educación y alimentos— el menor deberá tener diez y ocho años y ser oído en todos los casos, es decir, antes de fijar el juez la suma anual por los referidos conceptos.

Se acepta entonces que el menor sea oído, respecto de la

suma fijada para educación y alimentos, cuando fuere mayor de diez y ocho años y respecto de la profesión, oficio o carrera, cuando fuere mayor de catorce años.

A continuación se procede a preparar el Orden del Día para la sesión siguiente.

Orden del Día para la sesión siguiente. — PUNTO 1º — Consideración de las siguientes proposiciones del doctor Spota:

Sobrantes. Inversión. Requisitos para el retiro de los fondos. Sumas improductivas. Intereses. (Art. 533).

Arriendo de bienes por el tutor. Autorización judicial. (Art. 534, inc. 1º).

Supresión. (Art. 534, inc. 4º).

Ventas que puede autorizar el juez. Caso de manifiesta ventaja. (Art. 535).

Bienes muebles. Obligación de venderlos. Sanciones. (Art. 536).

Venta privada. Supresión. (Art. 538, inc. 2º).

Remuneración del tutor. Hasta la décima parte. Fijación por el juez. (Art. 539).

Sanciones.

Examen de las cuentas por parientes del pupilo. (Art. 541).

Rendición de cuentas. Herederos del ex pupilo. (Art. 542).

Convenios posteriores. Validez. Aprobación judicial. (Art. 545).

Separación del tutor. Declaración de créditos contra el pupilo. (Art. 547, inc. 2º).

Vida desordenada. Insolvencia. (Art. 547, inc. nuevo (4º)).

Suspensión del tutor. Audiencia al menor. (Art. 547, apart. nuevo).

ARTÍCULO 533. — (Ver pág. 584).

ARTÍCULO 534, INCISO 1º — (Ver pág. 584).

ARTÍCULO 534, INCISO 4º — (Ver pág. 584).

ARTÍCULO 535. — (Ver pág. 585).

ARTÍCULO 536. — (Ver pág. 585).

ARTÍCULO 538, INCISO 2º — (Ver pág. 585).

ARTÍCULO 539. — (Ver pág. 585).

ARTÍCULO NUEVO. — (Ver pág. 585).

ARTÍCULO 541. — (Ver pág. 585).

ARTÍCULO 542. — (Ver pág. 585).

ARTÍCULO 545. — (Ver pág. 585).

ARTÍCULO 547, INCISO 2º — (Ver pág. 585).

ARTÍCULO 547, INCISO NUEVO (4º). — (Ver pág. 585).

ARTÍCULO 547, APARTADO NUEVO. — (Ver pág. 585).

REUNION N° 90

—Buenos Aires, veintiseis de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Julio Dassen, Alejandro Rayces, Ricardo E. Rey y José Manuel Saravia.

ORDEN DEL DIA

El doctor Rey formula un pedido de reconsideración respecto de lo resuelto sobre la autorización que necesita el tutor para provocar la división del condominio que posee con su pupilo. Considera que tal resolución es contradictoria con lo que quiso resolver la Sección y lo que ella misma proyectara; de manera que habría necesidad de una coordinación. Agrega que oportunamente remitirá al Secretario su proposición y los fundamentos de ella para que, en próxima sesión, se considere.

Media asentimiento.

ARTÍCULO 533. — El doctor Dassen dice que el doctor Spota propone que, a los efectos de retirar los fondos depositados, sea necesaria una orden judicial. Ahora, se pregunta si existiendo en el artículo una disposición que establece que los sobrantes deberán ser colocados en los Bancos a nombre del incapaz y a la orden del juez, entonces, cómo harán los tutores para retirarlos, sino mediante orden judicial.

El doctor Lafaille observa que el inc. 4° del art. 534 cuya supresión también propone el doctor Spota en vista del agregado que sugiere para el art. 533, establece que el tutor necesitará autorización judicial para retirar los depósitos en efectivo y los títulos de renta, así como para invertirlos. Entiende que se trata de una regla más elástica que la propuesta, la cual aunque bien inspirada tiene el inconveniente de ser taxativa. Parecería, entonces, que no se pudiera hacer una extracción de fondos sino con esos fines, cuando en realidad podría haber un retiro tan útil como éste en el que el juez estaría cohibido. En cuanto a la segunda parte de la moción, la que establece el pago de intereses, por parte del tutor,

División de condominio. Autorización del tutor.

Sobrantes. Inversión. Requisitos para el retiro de los fondos. Sumas improductivas. Intereses. (Art. 533).

respecto de toda suma que haya permanecido improductiva durante más de un mes, también le parece muy rigurosa. En momentos como el actual, no es extraño que el tutor tenga motivos para no invertir el dinero.

El doctor Rey expresa que quizá el alcance que el doctor Spota da a su moción, pueda ser el de una sanción para el tutor que no deposita inmediatamente dichos capitales. Ha querido que los depositara en usura, que dieran rédito y el no depositarlos traerá esta sanción. Si fuese algún otro el sentido que quiere darse a esta disposición, opina que realmente sería excesivo.

El doctor Lafaille considera que, en cambio, el inc. 4º del art. 534, que establece la necesidad de la venia judicial para que el tutor pueda retirar depósitos en efectivo y títulos de renta, así como para invertirlos, daba al juez la oportunidad de oponerse a cualquier acto de esta naturaleza. Además, indica que ya formuló objeción respecto a la primera parte del agregado propuesto para el art. 533. En primer lugar, se establece en forma taxativa los únicos casos en que deben ser invertidos los fondos de menores y, aún cuando esa forma parezca bastante completa, nunca podría serlo en absoluto. De esa manera, se está cohibiendo al juez para que no permita retirar fondos de menores en otros casos que son tan seguros y útiles como éstos. Dentro del Proyecto, como aquí, rigen las reglas de la patria potestad; el juez tiene que proceder como lo haría un buen padre respecto de los bienes de los menores. Se inclina, por ello, a mantener el inc. 4º del art. 534.

El doctor Rayces también se inclina por el mantenimiento de ese inciso, porque no concibe que en un país con magistratura cuerda, ésta no tenga una actuación perfectamente ventajosa para el menor.

El doctor Lafaille sigue observando que el Proyecto, en el Título de la autoridad y vigilancia en lo concerniente a los incapaces, establece que esa supervisión judicial es, precisamente, con destino al bien del menor; y, aún cuando no se dijera expresamente, ello es sabido. Entonces, es el juez, quien teniendo en cuenta el interés del incapaz, podrá decir, con latitud de criterio, si esa inversión es útil o no.

El doctor Spota manifiesta que el espíritu de su moción

radica en la necesidad de fijar al juez criterios que lo guíen en la autorización que debe dar para invertir los fondos. No ha sido su propósito, añade, establecer hipótesis taxativas. Y, por ello, bastaría que se agregara alguna expresión en cuya virtud la autorización puede acordarse en otros supuestos, siempre que medie ventaja manifiesta para el menor y en auto fundado. Cree que, de ese modo, se salvan los reparos formulados a su proposición.

El doctor Dassen entiende que, cuando el tutor pida autorización para extraer fondos, tendrá que dar los motivos que tiene. Y aunque no se diga que esa autorización debe ser motivada, el juez debe expresar que autoriza en virtud de las razones expuestas por el tutor.

El doctor Lafaille observa que el tutor no podrá sacar fondos sin que existan motivos para ello; entonces, el juez acepta o no los motivos presentados por el tutor, o los amplía. Si se entra a esa reglamentación, existirá el peligro de no prever todos los casos.

El doctor Spota recuerda que, sin embargo, en materia de adopción se establecieron varios principios en el sentido que propone.

El doctor Lafaille expresa que es muy distinta esta situación y la de la adopción, porque esa figura sería nueva en el país, mientras que la tutela ha existido siempre.

El doctor Spota indica que, tratándose de la patria potestad, existe el padre que, desde luego, cuidará con afecto y dedicación de todos los intereses que puedan corresponder al hijo; en cambio, en la tutela, al no existir los padres o al perder éstos la patria potestad, debe intervenir el juez más activamente; éste último debe ser, al lado del tutor, quien dirija la vida y bienes del menor. Por eso, no sólo se le deben dar al juez más facultades, sino también mayores deberes.

El doctor Saravia opina que se solucionaría la dificultad, si se enunciara expresamente el propósito que debe inspirar a la inversión, la indudable ventaja que debe perseguirse, sin entrar en especificaciones. Manifiesta que participa del pensamiento del doctor Spota. Realmente, no parece desprenderse ninguna limitación o norma que el juez deba tener en cuenta respecto de la inversión de los fondos retirados. Los bienes del pupilo no deben ser vendidos sino en caso de absoluta

necesidad; en cambio, cuando se trata de fondos, no se dice en ninguna disposición del Proyecto que será necesario su inversión ventajosa. La norma como se propone por el doctor Spota, tiene el inconveniente de exigir una inversión limitada, que restringirá en absoluto la forma cómo se realizará esa inversión. Es imposible, en una norma señalar todos los casos posibles de inversiones corrientes. Podría decirse: "será necesario al tutor la autorización del juez para retirar los depósitos en efectivo y los títulos de renta, así como para invertirlos con evidente ventaja".

El doctor Rey expresa que los términos: "manifiesta ventaja" o "evidente ventaja" no le parecen convenientes. Mejor sería decir: "... así como para invertirlos con beneficio para los intereses del menor".

Se pone a votación el agregado propuesto por el doctor Saravia que dice: "... así como para invertirlos en forma ventajosa para los intereses del menor". Se rechaza, aprobándose en cambio la proposición del doctor Spota y se resuelve mantener el inc. 4º del art. 534 del Proyecto.

El doctor Rayces observa que falta ahora resolver respecto de la parte final del agregado propuesto por el doctor Spota: "El tutor debe el interés de toda suma que haya dejado improductiva durante más de un mes". Se trata, agrega, de una norma que resultaría peligrosa para el tutor y no para el menor. Si esa suma permaneciese improductiva por culpa o negligencia del tutor, justo es que cargue con la responsabilidad de resarcir al menor; pero ocurre muchas veces que una suma de dinero puede permanecer improductiva sin que exista culpa por parte del tutor, sino por el contrario una gran prudencia. En la época que estamos cruzando, por ejemplo, el tutor podría estar perplejo en lo que se refiere a la colocación de dinero.

El doctor Lafaille formula una indicación, que cree aceptaría el doctor Spota y los demás colegas de la Sección, y que tiende a solucionar esta dificultad. Al final del art. 533, donde se dice que el tutor deberá depositar en los Bancos, a nombre del incapaz y a la orden judicial, los capitales o valores que pertenezcan al menor o que se hubieran obtenido por venta de sus bienes, se podría agregar: "En caso de retardo mayor de treinta días, correrán los intereses a cargo

del tutor''. Es esto cuanto se puede pedir y de ese modo, se lo incita a ser diligente y no aplicar los fondos del menor en cosas propias.

Se acepta la proposición del doctor Lafaille.

ARTÍCULO 534, INCISO 1º — El doctor Lafaille expresa que está decididamente en contra de la moción del doctor Spota, porque el tutor no podría contratar con su pupilo. Esta prohibición resulta de lo expresado en el art. 502, inc. 1º, donde se prohíbe a los padres, aunque los autorizare el juez, celebrar contrato con los hijos que se hallaren bajo su potestad. Esta norma es aplicable a la tutela ya que el art. 530 así lo establece.

Arriendo de bienes
por el tutor. Auto-
rización judicial.
(Art. 534, inc. 1º).

El doctor Saravia indica que también resulta esa prohibición del art. 906, inc. 2º, que prohíbe el contrato de compraventa a los representantes legales o convencionales. El art. 1015 dice que se aplicará, subsidiariamente, al contrato de locación, lo dispuesto sobre los requisitos esenciales de la compraventa. Quiere decir que el contrato de locación está prohibido.

El doctor Spota considera que se desprende de esas disposiciones que el tutor no podrá, ni con autorización del juez, tomar en arriendo bienes del menor. Ese es el problema; pero se pregunta si no habría algunos casos en que sería posible permitirlo, especialmente, si existiese manifiesta ventaja. Es lo que ha entendido el legislador italiano en el art. 376, del nuevo Código Civil, cuyo Libro I rige desde el 1º de julio de 1939, según el cual los tutores no pueden tomar en arrendamiento bienes del pupilo sin la autorización del juez y las debidas cautelas que éste prescriba. Y si a los padres se les prohíbe contratar con sus hijos menores, aún con autorización judicial, esa norma es conveniente, aun cuanto el caso planteado difícilmente se presentará. No así en la tutela, ya que el tutor no está vinculado al pupilo con el vínculo de la sangre, existente entre padre e hijo. En todo caso, convendría aclarar esta situación, desde que podría haber manifiesta ventaja en el arrendamiento considerado y determinar si se aplican las reglas de la patria potestad.

El doctor Rayces estima que si el padre no puede contratar con los hijos, no obstante que su cariño hacia ellos hace suponer que el contrato no podrá ser desventajoso para los

menores, ¿cómo se le puede conceder autorización al tutor para que contrate con sus pupilos?

El doctor Lafaille es partidario de suprimir lo de mani-
fiesta ventaja a que se refirió el doctor Spota. El tutor que
se encuentra en este caso, tiene el recurso de renunciar a la
tutela para poder contratar. Con ello el tutor está en me-
jor situación que el padre, porque éste no podría despren-
derse de la patria potestad.

El doctor Spota, ante las razones aducidas, no insiste en
su moción, quedando aclarado que se aplican las reglas de la
patria potestad.

Supresión. (Art.
534, inc. 4º).

Ventas que puede
autorizar el juez.
Caso de manifiesta
ventaja. (Art. 535).

ARTÍCULO 534, INCISO 4º — En virtud de lo resuelto al tra-
tarse el art. 533, no se acepta la moción del doctor Spota.

ARTÍCULO 535. — El doctor Saravia dice que para que el
pensamiento sea más completo, no sólo debería exigirse mani-
fiesta ventaja, sino también absoluta necesidad, porque mu-
chos de los incisos que este artículo enumera no se refieren
a manifiesta ventaja sino a absoluta necesidad. Por lo tanto,
no se trata de requerir ambas condiciones, sino una u otra.

Se modifica el art. 535, agregando, a continuación del proe-
mio, después de las palabras: "... pertenecientes al pupilo",
lo siguiente: "... en caso de absoluta necesidad o de mani-
fiesta ventaja, así como en los siguientes: ...".

Muebles.
Obligación de ven-
derlos. Sanciones.
(Art. 536).

ARTÍCULO 536. — El doctor Dassen expresa que corres-
pondería hacer una observación que ya hizo en otra oportu-
nidad. Hay casos en que el inventario ya ha sido levantado,
como, por ejemplo, mediando sucesiones.

El doctor Saravia manifiesta que, por su parte, desea
hacer dos observaciones a la fórmula propuesta por el doctor
Spota, aunque está de acuerdo con su pensamiento fundamen-
tal. En primer lugar, observa que para que corran intereses
la suma debe ser líquida; y en segundo lugar, que puede exis-
tir otro perjuicio: la depreciación de los muebles no vendidos
por causas fortuitas. Entonces, propondría que el concepto
de intereses a que se hace referencia en la fórmula, envuelva
el concepto de daños que es lo que se produce. De acuerdo
con el criterio adoptado para otro artículo, se diría: "Si el
tutor omite la venta o no la realiza en el plazo de un mes
después de concluido el inventario, es responsable de los da-

ños que se sigan al menor. Ese plazo puede ser prorrogado por el juez de la tutela por razones de conveniencia". No es una obligación realizar la venta de todos los bienes, porque pueden existir circunstancias especiales que señalen la inconveniencia de realizarla de inmediato. Lo que debe hacer el tutor es presentarse al juez y pedir la prórroga de ese plazo.

El doctor Lafaille observa que como el doctor Dassen ha objetado con razón que podría darse el caso de que el inventario hubiera sido levantado con anterioridad al nombramiento del tutor, debería decirse: "... en el plazo de un mes después de concluido el inventario o en su defecto, desde la aceptación del cargo...".

Se adopta la norma propuesta por el doctor Saravia con el agregado auspiciado por el doctor Lafaille: "Si el tutor omite la venta o no la realiza en el plazo de un mes después de concluido el inventario o, en su defecto, desde la aceptación del cargo, será responsable de los daños que se sigan al menor. Ese plazo puede ser prorrogado por el juez de la tutela por razones de conveniencia"; norma que se agregaría al final del art. 536.

ARTÍCULO 538, INCISO 2° — El doctor Spota estima que la venta de los inmuebles del pupilo debe ser efectuada en remate público. Sólo cede la regla, tratándose de la patria potestad, por razones atendibles, en casos muy especiales, ya considerados.

Venta privada. Su-
presión. (Art. 534,
inc. 2°).

El doctor Lafaille indica que aquí no se trata de inmuebles sino que se habla de la venta de un establecimiento social, el cual podría no comprender bienes de ese género. Pero ni aún habiendo inmuebles en el activo, debe exigirse la venta en subasta pública; es peligroso, porque puede haber ventas privadas que sean más favorables.

El doctor Spota repite que el principio es el de que las ventas de inmuebles correspondientes al pupilo se harán siempre en pública subasta. En un establecimiento comercial puede haber grandes valores inmuebles. Pero, aun tratándose de fondos de comercio en cuyo activo no existan inmuebles, es de observar que esas casas de comercio pueden constituir bienes de valor tanto o más apreciables que los inmuebles. No se justifica la desviación de los principios sino en casos

muy particulares: la regla, pues, debe ser la pública subasta; la excepción, la venta privada. Así se protegería con eficacia al menor.

El doctor Lafaille pone de relieve las razones que lo mueven a sostener la norma cuestionada: las ventas que se hacen de fondos de comercio no se prestan fácilmente a la subasta como las cosas materiales. El conocimiento de las personas del gremio, que están interesadas, les permite ofrecer por una casa establecida en el ramo, un precio que no se podría alcanzar fácilmente en un remate.

El doctor Rayces expresa que, dentro de las prácticas comerciales, no podría autorizarse una venta privada por valores inferiores a los que arroja el inventario o el balance. Debe, pues, establecerse una norma que sea una seguridad para los intereses del menor.

El doctor Rey considera que la valuación de un fondo de comercio tiene que resultar necesariamente de los inventarios y balances. No podrá tasarse el valor de un fondo de comercio, ni el juez podrá aceptar esa tasación, si no se hace referencia en ella a los inventarios y balances.

El doctor Rayces entiende que la tasación no debe resultar, necesariamente, de los inventarios y balances. Basta imaginar, en este sentido, que se produce una depreciación de artículos por cualquier causa, en razón de una mayor facilidad de introducción de artículos del exterior, y entonces, una cosa será el resultado que arrojen los libros y otra la realidad. Por eso los balances de liquidación son distintos de los anuales.

El doctor Lafaille manifiesta que con los siguientes requisitos quedan garantizados los intereses del pupilo: 1º, con la exigencia de que sea perjudicial para el menor continuar el giro del negocio; 2º, con la cláusula indicada por el doctor Rayces, de que nunca puede ser una venta privada inferior a esa tasación o estimación, y 3º, con el requisito de la aprobación judicial. Entonces, sería mejor modificar el inciso en esta forma: "... para enajenarlo en venta pública después de tasado o estimada la importancia del establecimiento. También podrá autorizarse la venta privada siempre que el precio ofrecido fuera superior al de dicha tasación o estimación".

El doctor Spota manifiesta que en el artículo anterior, es decir, en el 537, se establece que los bienes muebles e inmuebles, sólo serán vendidos en remate público, salvo cuando los primeros fueren de poca importancia o alguien ofreciere un precio razonable, a juicio del tutor y del juez. ¿La última hipótesis rige únicamente para los muebles? En ese caso, debería agregarse, para la hipótesis contemplada en el artículo 538, otro requisito: que fuera de conveniencia manifiesta la venta privada. Sólo puede quebrarse el principio de la pública subasta con recaudos y precauciones grandes, desde que un fondo de comercio, haya o no en él inmuebles, puede asumir gran importancia. Se trata de una universalidad jurídica, que debe contemplarse con cautela.

El doctor Lafaille expresa que si se arguye con que el fondo de comercio puede ser importante, el argumento tal vez tendría peso, pero si se razona con el régimen para los inmuebles, es de observar que no se trata de ninguno de ellos. El inmueble que formara parte del establecimiento, estaría sujeto a reglas distintas. Hasta ahora se ha aprobado el agregado al inc. 2º del art. 538, en el sentido de que se autorice la venta privada cuando el precio ofrecido fuere mayor de la tasación o estimación. Debe tratarse, ahora, si se agrega el requisito de la manifiesta ventaja.

El doctor Saravia propone que, por lo menos, el remate público fuera la regla y, le parece, que el art. 442 del Código vigente da un criterio al respecto: "El juez puede dispensar que la venta de inmuebles y muebles se haga en remate público, cuando, a su juicio, la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, o porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación". Cree que, con el remate público, se asegura la mayor concurrencia de interesados defendiéndose así mejor los intereses del pupilo. Dada la circunstancia de tratarse de fondo de comercio, cree que el remate público tiene valor relativo, pudiéndose dispensar que la venta se haga en subasta pública, cuando circunstancias extraordinarias indiquen la conveniencia de realizarlo privadamente.

El doctor Lafaille indica que la práctica nos ha mostrado que hay personas a quienes le conviene las ventas en remate

público, porque aprovechan a veces la concurrencia de pocos interesados para hacer ofertas y comprar barato. La base en los remates públicos son las dos terceras partes de la tasación, en la Capital Federal, y en otras partes el 80 %. Quiere decir que no es difícil que se adjudique por un precio menor que la estimación, mientras que, en la venta privada, eso no sería posible, si se estableciera la exigencia de que la oferta fuese más alta que el avalúo.

El doctor Rey considera que, a su juicio, hay una diferencia fundamental. En principio, los bienes muebles e inmuebles deben venderse en público remate. Bibiloni lo establece así en una nota donde se queja de situaciones provocadas por jueces complacientes; sin embargo, cuando se trata de fondos de comercio existe una razón poderosa y suficiente para que se autorice la venta pública o privada, según se considere conveniente, y es que, si para los muebles e inmuebles podría haber muchos interesados, el caso de un establecimiento o fondo de comercio o industrial es distinto, siendo reducidos los compradores. Estima que la mejor manera de vender esos establecimientos no es el remate público. Tan es así, que el mismo Bibiloni, si bien se quejaba de esas situaciones, autorizaba la venta pública o privada; probablemente, teniendo en cuenta una consideración semejante. Cree, también, que la fórmula propuesta por el doctor Lafaille es previsora, y a ella podría agregarse el requisito de la ventaja o conveniencia.

El doctor Lafaille añade que ha visto muchos casos de personas a quienes no se les aceptó una oferta en venta privada y que, luego, en remate público, mediante interpósita persona, han comprado más barato que su oferta primitiva.

El doctor Saravia estima que se podría fijar como base el monto de la tasación. Si el interesado es técnico, que concurrirá a la venta privada, también concurrirá al remate público.

El doctor Lafaille expresa que como precio fijaría el mismo de la tasación. El remate es un arma de dos filos cuando el número de postores es limitado y fracasa a veces hasta por el mal tiempo. Ahora, en cuanto a lo que se dice de la conveniencia, observa como está redactado el inc. 2º del art. 538: “Si el juez no concediera la autoriza-

ción mencionada en el inciso anterior, o juzgase luego que sería perjudicial al pupilo continuar el giro del negocio, facultará al tutor para enajenarlo en venta pública o privada, después de tasado o estimada la importancia del establecimiento". Le parece que son suficientes requisitos los que deben llenarse: que haya perjuicio para el menor en la continuación; que no se venderá si no hay avalúo previo, y nunca en venta privada, si la oferta no es mayor que la estimación. Además, la venta debe ser aprobada por el juez.

El doctor Dassen recuerda que queda en pie una observación del doctor Saravia respecto de la base. Como se hace distinción fundamental entre inmuebles y fondos de comercio, ¿con qué base se sacará a la venta si fuese en remate público?

El doctor Rey pregunta qué razón existe para poder fijar los dos tercios de la tasación como base, en inmuebles que valen miles de pesos, y no en fondos de comercio. No existe razón para establecer en un caso los dos tercios y en el otro no.

El doctor Saravia considera que el juez será quien fije la base.

Se resuelve, en definitiva, modificar el inc. 2º del art. 538, en la forma propuesta por el doctor Lafaille: "... para enajenarlo en venta pública después de tasado o estimada la importancia del establecimiento. También podrá autorizarse la venta privada siempre que el precio ofrecido fuera superior al de dicha tasación o estimación".

ARTÍCULO 539.— El doctor Spota explica que propone que, en vez de darse al tutor la décima clásica, se establezca esa décima como máximo, debiendo el juez fijar la remuneración dentro de tal máximo; de lo contrario, resultaría excesiva la remuneración en muchos casos, sobre todo tratándose de administraciones de importancia en lo atinente al "quantum" de los beneficios líquidos.

El doctor Lafaille considera que, para ello, bastaría agregar la expresión "hasta", después de la palabra "ellos" y antes de "la décima parte", porque si el juez, en vez de fijar el diez por ciento, fija tan sólo el cinco por ciento, lo mismo para hacer el cómputo tendrá que tomar en cuenta lo que se enumera en el art. 539.

Remuneración del
tutor. Hasta la dé-
cima parte. Fija-
ción por el juez.
(Art. 539).

Se acepta la moción del doctor Spota, en la forma dada por el doctor Lafaille, es decir, agregándose la expresión “hasta” después de “la décima parte...”, en el art. 539.

ARTÍCULO NUEVO. — El doctor Spota estima conveniente establecer la facultad de anular, a instancia del tutor o del menor o de sus herederos o sucesores particulares, todos los actos realizados en violación de los artículos precedentes. Sin embargo, el tutor que ha contratado con el menor o que ha adquirido bienes o derechos de éste, sea por sí, sea por interpósita persona, debe carecer de esa facultad: sólo el menor, sus herederos o sucesores pueden impugnar el acto.

El doctor Lafaille considera que esos actos están afectados de nulidad y corresponde, aplicar los principios generales sobre la materia. En el acto anulable no podrá procederse de oficio y sí tan sólo a instancia de las personas designadas por la ley.

El doctor Spota pregunta quiénes son las personas designadas por la ley en este caso. Debe señalarse, en efecto, que el art. 205 establece que en acto anulable deberá procederse “a instancia de las personas designadas por la ley”. Esta última, pues, debe designarlas y autorizar al mismo tutor que consintió en un acto anulable, para que solicite la declaratoria de la nulidad.

El doctor Dassen entiende que el tutor pide la nulidad en carácter de representante del menor.

El doctor Lafaille observa que habría también casos de nulidad absoluta, y para ellos regiría la primera parte del art. 205: “La nulidad puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca manifiesta en el acto o demostrada en juicio. El Ministerio Público y todos los interesados tendrán derecho para alegarla”. Si fuera anulable, la alegaría el Ministerio Público y el perjudicado (artículo 205, 2ª parte).

El doctor Spota insiste en su anterior observación. El art. 205 dice que en el acto anulable no podrá procederse de oficio y si tan sólo a instancia de las personas designadas por la ley. Entonces, la ley debe indicar cuáles son las personas a cuya instancia se puede deducir la acción de nulidad.

El doctor Lafaille explica que si se trata de abuso de la

representación, no hay necesidad de decirlo: corresponderá al menor o al representante que al efecto se le designe.

El doctor Spota plantea el supuesto de un acto que el tutor realiza en carácter de tal, pero con error. Ese acto es anulable y no nulo. ¿Podría él invocar tal circunstancia?

El doctor Lafaille contesta que, en ese caso, rigen las reglas del error. Todos los principios generales se aplican a la tutela, así como se aplican a las demás figuras. Si a cada institución jurídica se le va a trasplantar el problema de las nulidades, no valía la pena crear un título referente a la nulidad. Agrega que el doctor Spota está preocupado por esto: si el tutor, a pesar de ser el causante de la nulidad, tiene facultad para deducir la acción pertinente. Considera que el punto no se plantea cuando la nulidad es manifiesta, porque no habría entonces acción. Se tiene que admitir la hipótesis de que el tutor hubiera incurrido en error, por ejemplo; entonces, le corresponde la acción derivada de esta circunstancia, como también si mediara dolo o violencia. Si obligaron al tutor a firmar un documento por el pupilo, entonces tendrá la acción derivada de la nulidad; pero no es necesario decirlo.

El doctor Spota manifiesta que, en la cuestión planteada, le guía esta idea: hay un acto anulable; entonces, el tutor, a pesar de haber intervenido y ser —suponiendo— culpable del vicio que afecta al acto, debe tener derecho, no por sí, sino por el menor, a solicitar la restitución. En el caso de que se tratara de un contrato prohibido, que no puede el tutor realizar ni aún con autorización del juez, entonces, se le debe negar la acción: sólo al menor, a sus herederos y al Ministerio Público y al mismo juez —si el acto fuere nulo— corresponde la acción de nulidad o la declaración de oficio (art. 205).

El doctor Lafaille expresa que, en ese caso, le corresponde al menor, llegado a la mayoría de edad, pedir la acción de nulidad. La prescripción por error, dolo o violencia sólo corre desde que se tiene conocimiento de tales vicios.

El doctor Spota indica que su moción no resulta tan insólita cuando legislaciones extranjeras —como el nuevo Código Civil italiano (arts. 375 y 376)— han establecido una norma como la propuesta, desde que ello redundaría en la mayor pro-

tección del menor. El tutor, pues, que se arrepiente del acto vicioso, a pesar de ser culpable, y salvo el supuesto indicado, debe tener la acción respectiva.

El doctor Dassen estima que si el tutor se arrepiente se dirigirá al Ministerio Público para que se inicie la acción.

El doctor Saravia manifiesta que ese caso que contempla la hipótesis del error, no estaría comprendido dentro de la norma que se proyecta porque dentro de ella, simplemente, se contempla la hipótesis de la nulidad manifiesta, ya que se trata de todos los casos de violación de disposiciones precedentes y no cuando concurre un elemento de hecho o vicio de forma.

El doctor Lafaille recapitula el resultado de la discusión diciendo que si el tutor enajena bienes sin autorización del juez o comete una extralimitación, el doctor Spota considera que el tutor podría manifestar al juez que, como tutor, cometió ese hecho y como representante del menor quiere deducir la acción. Parece que es un desdoblamiento peligroso. Lo único que podría hacer es llevar la denuncia al juez de esa venta realizada sin autorización; entonces, el juez declarará nulo el acto y lo removerá de la tutela, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiese lugar. El doctor Spota se ha colocado en la hipótesis un poco extraña del arrepentimiento, cuando, en realidad, humanamente juzgando, si el tutor cometió extralimitación, él sería el principal interesado en callar lo ocurrido. Entonces, el menor puede reclamar rendición de cuentas y hacer efectiva la responsabilidad personal del tutor y sin perjuicio de perseguir la acción de nulidad del acto, en determinadas circunstancias.

El doctor Spota no insiste en su proposición.

ARTÍCULO 541. — El doctor Spota explica la razón de su ponencia, indicando que no está demás dar al juez la facultad que propone en ciertas cuentas complicadas o en otras hipótesis difíciles, que dependan del conocimiento del menor, de su vida, de su educación. No existiendo el Consejo de Familia o no proponiéndose éste con amplitud, parece razonable prever la hipótesis que señala en su moción.

El doctor Lafaille indica que ello, en parte, está previsto por el art. 566, cuando establece que podrá instituirse un consejo de familia, si el juez lo ordenare respecto de administra-

Examen de las
cuentas por parientes
del pupilo. (Art.
541).

ciones complicadas o que exijan conocimientos especiales. Ello va más lejos que la norma del doctor Spota. Si el juez quiere consultar a un pariente del menor, lo llama a su despacho, y no hay para qué consignarlo dentro del Código. El peligro que puede haber es que ese pariente esté enemistado, le tenga odio al tutor; hasta podría tratarse de un pariente desalojado del cargo por un tutor dativo.

El doctor Rey recuerda que en el art. 565 se ha previsto que el Ministerio Público, en ejercicio de sus funciones de vigilancia, podrá solicitar directamente de los representantes de incapaces, de los parientes de éstos, o de cualquier tercero, los informes que estimare necesarios sobre la persona y bienes de los menores o sujetos a interdicción, datos que los requeridos estarán obligados a suministrar. Desde que se le impone esta obligación al Ministerio Público, el juez tiene que decidir.

Ante las explicaciones dadas, el doctor Spota no insiste en su moción respecto del art. 541.

ARTÍCULO 542. — Ante la consideración de que las reglas de la sucesión establecen que todas las acciones pasan a los herederos, salvo las que la ley dice expresamente que nó, el doctor Spota no insiste en su proposición.

ARTÍCULO 545. — El doctor Spota expresa que, dentro del concepto de la rendición de cuentas, no está comprendida la aprobación de las mismas, ya que son actos distintos que se pueden separar. Es de desear que al pupilo —sometido, quizá, durante muchos años a la *auctoritas* del tutor— no se le acuerde el derecho de realizar convenios antes de aprobarse la rendición de cuentas. La misión del tutor es una función pública: no sólo el ex pupilo es el interesado en una buena rendición de cuentas, sino que el Estado, por intermedio de sus órganos —el juez y el Ministerio Público— debe intervenir a fin de considerar si las funciones han sido desempeñadas de acuerdo con preceptos de verdadero orden público. Por ello, el ex pupilo sólo debería estar facultado para concertar convenios con el ex tutor una vez aprobada la rendición de cuentas final. Tal es lo que se ha establecido en el art. 386, del nuevo Código Civil italiano. Es también lo que se deduce del cuidadoso régimen sancionado por el legislador suizo (arts. 451 a 453). Además, es lo que parece surgir —aunque en menor medida— del art. 472 del Código Civil francés. Por fin, el

Rendición de cuentas. Herederos del ex pupilo. (Art. 542).

Convenios posteriores. Validez. Aprobación judicial. (Art. 545).

Código Civil alemán organiza un sistema eficaz por la protección dada al menor (arts. 1890 a 1892).

El doctor Rey expresa que lo que interesa en esta situación son dos cosas: 1º) que el menor conozca el estado de las cuentas, y 2º) que una vez conocido el estado de las cuentas, transcurra un período para que reflexione independientemente de las sugerencias del tutor y proceda con libertad. Llenados esos requisitos no hay que agregar otros. Es una verdadera presunción de que el menor, durante esos treinta o noventa días, parece de libertad suficiente. Después de ellos puede aprobar las cuentas.

Se rechaza la moción.

Separación del tutor. Declaración de créditos contra el pupilo. (Art. 547, inc. 2º).

ARTÍCULO 547, INCISO 2º — El doctor Spota indica que se aceptó en la sesión pasada que el tutor, al hacerse cargo o aceptar la tutela, debe manifestar si es o no acreedor y, en caso afirmativo, expresar el monto y naturaleza del crédito. Puede plantearse el supuesto de que lo hace sin guardar fidelidad. Ello debe ser causa de su separación de la tutela.

Se resuelve agregar al inc. 2º del art. 547: “Queda comprendido en este inciso el caso de no haberse mencionado con exactitud los créditos que tuviere el tutor contra su pupilo”.

Vida desordenada. Insolencia. (Art. 547, inc. nuevo (4º)).

ARTÍCULO 547, INCISO NUEVO. — El doctor Rey observa que la referencia al tutor insolvente es innecesaria, porque hay una disposición que prohíbe ser tutor a los concursados.

El doctor Dassen agrega que, en lo atinente a la vida deshonesto ya está comprendido en el inc. 8º del art. 525. Si sobreviene esa notoria mala conducta existe inhabilidad.

El doctor Spota, ante esas consideraciones, retira su moción.

Suspensión del tutor. Audiencia al menor. (Art. 547, apart. nuevo).

ARTÍCULO 547, APARTADO NUEVO. — El doctor Lafaille considera que la suspensión del tutor que se prevé, presenta el inconveniente práctico de nombrar un tutor especial mientras ella se produce. Pero la medida es buena. A su juicio, sin embargo, habría que corregir la redacción así: “En caso de urgencia, el juez podrá, antes de decretar la separación de la tutela, suspender al tutor en sus funciones. No pronunciará dicha suspensión sin oír previamente al interesado”.

El doctor Dassen entiende que podría agregarse: “designando en ese mismo acto el representante”.

Se acepta la moción del doctor Spota, con la redacción hecha por el doctor Lafaille y el agregado del doctor Dassen.

Orden del Día para la sesión siguiente. — Preparación del Orden del Día a partir del art. 549.

REUNION N° 91

—Buenos Aires, dos de noviembre de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Julio Dassen, Alejandro Rayces y José Manuel Saravia.

ORDEN DEL DÍA

ARTÍCULO 534, INCISO 3° — El doctor Rey, de conformidad con lo que anunció en la sesión del 26 de octubre del corriente año, hace llegar a la Secretaría la siguiente comunicación:

“En una reunión anterior, la Sección resolvió suprimir el inc. 3° del art. 534 del Proyecto. Solicito que se reconsidere el punto, fundado en las siguientes reflexiones:

1°) En el Anteproyecto Bibiloni se estableció que la administración del padre se regiría por las reglas de la tutela (arts. 871 de la primera redacción y 796 de la segunda; edición oficial, t. 1°, págs. 366 y 556).

En la nota al artículo 871 Bibiloni subrayaba la conveniencia de unificar las reglas de la administración de los bienes de menores, partiendo de la base de que entre la administración de los sujetos a tutela y a patria potestad no media otra diferencia que la que resulta de la existencia del usufructo paterno.

2°) La Comisión optó por un procedimiento inverso y estableció (art. 530 del Proyecto) que la administración de la tutela se regiría, en lo pertinente, por las reglas de la patria potestad, pero mantuvo con ligeras variantes las disposiciones proyectadas por Bibiloni en cuanto al punto que me preocupa, como se verá a continuación.

3°) En el art. 927 de su primera edición (837 de la se-

Condominio. (Art. 534, inc. 3°). Supresión.

gunda) Bibiloni estableció lo siguiente: «El tutor necesita autorización del juez de la tutela para provocar la división del condominio de las cosas comunes con otro, o la división de la herencia en que tuviera alguna parte el menor, a menos que fuesen inoportunas por cualquier circunstancia.

No se autorizará por el juez esa división cuando convenga a los intereses del pupilo, o se hubiera dispuesto por el testador continuar en la explotación común de un establecimiento agrario, de comercio o de industria en que tenga parte, aunque el padre o tutor la tenga también en él.

Podrá el juez disponer la división en cualquier oportunidad cuando la continuación de la indivisión fuere notariamente perjudicial para el hijo o pupilo».

La nota al art. 927 de Bibiloni así como la correspondiente al art. 19 del título de la partición (t. IV de la edición particular, pág. 256) son muy ilustrativas y conviene tenerlas presente.

También establecía Bibiloni, en el art. 930, inc. 5°, que:

“El juez puede conceder licencia para la venta de los bienes raíces de los menores, en los casos siguientes: 5°), cuando el pupilo posea un inmueble con otra persona, y la continuación de la comunidad le fuera perjudicial”.

Parecería que, en lugar de ese precepto, hubiese sido más acertada una remisión, por lo demás superflua, al art. 927.

4ª) La Comisión aceptó aquellas disposiciones, y como había optado por establecer en el título de la patria potestad las normas comunes a la administración de ésta y de la tutela, resolvió:

- a) Establecer en el título de la patria potestad la norma general del art. 501, inc. 5°, del Proyecto, según la cual el juez no concederá la venia para dividir el condominio si la división fuera perjudicial para el incapaz; es decir, cambiando algo el concepto;
- b) poner en el título de la tutela una remisión a esa regla (inc. 3° del art. 534);
- c) separar la parte final del art. 927 del Anteproyecto Bibiloni y refundirla con el inc. 5° del

art. 930 del mismo, o sea en el inc. 4º del art. 535 del Proyecto.

5º) Es indudable que tal como quedaron redactadas, las disposiciones no armonizaban entre ellas, por lo que en la Sección se propuso:

- a) Por el doctor Dassen: suprimir el inc. 4º del art. 535;
- b) por el doctor Saravia: suprimir el inc. 3º del art. 534.

La Sección optó por la solución b) y como no ha modificado el inc. 5º del art. 501, nos encontramos en presencia de una distinción entre los casos de patria potestad y de tutela, que, a mi juicio, es injustificada, como lo ha demostrado Bibiloni en las notas que he citado.

Lo que en ambos casos debe considerarse es el interés del menor y es claro que ese interés, en cuanto al punto en examen, no variará según que se trate de un caso de patria potestad o de uno de tutela. Las ventajas o desventajas de la división del condominio existente entre el menor y un tercero son independientes de aquella circunstancia.

Propongo, pues, que se establezca el mismo criterio para los casos de patria potestad y de tutela; y, teniendo presente lo expuesto por Bibiloni en las notas recordadas, lo que establece el art. 1941, incs. 6º y 8º, del Proyecto de la Comisión, y la nueva forma del encabezamiento del art. 535, después del agregado introducido por la Sección a propuesta del doctor Spota (el juez podrá autorizar la venta de los inmuebles pertenecientes al pupilo cuando existiera manifiesta ventaja, así como en los siguientes casos:), pienso que es preferible aceptar la supresión del inc. 4º del art. 535 propuesto por el doctor Dassen y conservar el inc. 3º del art. 534.

Se incluye esta indicación de reconsideración como Punto 1º del Orden del Día.

NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS. — El doctor Rayces expresa que una cuestión que nunca resolvió la Sección definitivamente, es la relativa a la nulidad de los actos jurídicos. En la sesión anterior, se habló de nulidad manifiesta y oculta, terminología que emplea el Código actual. En el Proyecto de Reforma, parece que se tuvo la buena intención de modificar esa terminología y asimilar los actos nulos o anulables

Nulidad de los actos jurídicos.

a la nulidad absoluta o relativa, pero no quedó perfectamente traducida en el Proyecto. Observa que ha seguido la corriente de la asimilación y estima que son muchos los que se orientan en ese sentido; por eso le llamó más la atención que se continuara empleando aquel lenguaje. Indica que, al tratarse la nulidad de los actos jurídicos, se encomendó a los doctores Alsina y Rey la preparación de un proyecto, de acuerdo con las ideas expuestas ampliamente por el primero de los nombrados, ideas que él mismo aprovechó presentando más tarde a esta Sección un proyecto con sus fundamentos por escrito. Este último nunca, se consideró, ni los doctores Alsina y Rey presentaron el que se les había encomendado.

El doctor Lafaille observa que, con respecto al título de las nulidades, la aprobación se prestó en general. Lo que podría faltar es que las ideas motivo de la discusión fueran traducidas en un proyecto. El doctor Rayces podría, revisando las actas, considerar si estima necesario volver sobre el tema.

El doctor Rayces acepta el temperamento propuesto por el doctor Lafaille.

Sordomudos. Obligación de educarlos, etc. (Art. 549).

ARTÍCULO 549. — El doctor Dassen propone que se establezca una norma imponiendo al curador la obligación de educar, de enseñar a leer y escribir a los sujetos a interdicción por sordomudez, más aún dado que existen medios sumamente prácticos para ello.

El doctor Lafaille expresa que le parece conveniente incluir dicha norma en el art. 554, extraído del texto actual, es decir, establecer que no sea solamente la obligación de cuidar de la salud del incapaz, sino también de educarlo en lo posible, porque puede haber que un demente mismo pueda tener alguna educación.

Régimen de la demencia. (Art. 550).

Se resuelve incluir ese agregado en el art. 554.

ARTÍCULO 550. — El doctor Spota formula la indicación de que se considere la posibilidad, sea de un principio general incorporado al Código o de una ley reglamentaria, respecto del régimen de la demencia.

Supuesto de los parientes naturales. (Art. 552).

ARTÍCULO 552. — El doctor Spota dice que, más que una observación, formulará una pregunta: si, analógicamente, se aplicarán estas disposiciones en el supuesto de los parientes naturales. Hay una familia natural, y el Proyecto la con-

templa, pero como se habla de los legítimos, quizá fuese conveniente generalizar la norma y aplicar el régimen del art. 493.

El doctor Lafaille manifiesta que se aplicaría el mismo régimen que se ha aplicado para la tutela legítima.

Queda planteada la proposición.

ARTÍCULO 552.— El doctor Spota hace moción para que se considere, en el inc. 1º del art. 552, si conviene establecer claramente que ese inciso sólo guarda relación con los cónyuges no divorciados.

Limitación a cónyuges no divorciados. (Art. 552, inc. 1º).

ARTÍCULO 552.— El doctor Spota pregunta si los curadores legítimos, desempeñan una especie de carga impuesta por la ley; si pueden excusarse y si la excusación puede ser en el momento del nombramiento o en posterior oportunidad.

Curadores legítimos. Excusación. (Art. 552).

El doctor Lafaille indica que acaecería como en la tutela, porque podrían sobrevenir causas. Si esto se produce, surgirían, a veces, nuevos motivos de exclusión.

El doctor Spota considera que la curatela debe ser una carga pública tratándose de los esposos, de los hijos, de los padres; más allá, es justo que, transcurrido un plazo determinado, pueda admitirse la excusación. Por ello, habría que discriminar entre las personas enumeradas en el art. 552.

El doctor Lafaille aclara que esa consideración debe valer también para la tutela; es decir, que habría que rever las disposiciones de la tutela relativas a la excusación.

Queda planteada la indicación del doctor Spota.

ARTÍCULO 552.— El doctor Dassen pregunta si, en el caso del curador cónyuge, no convendría eximirlo de rendir cuentas anualmente. Como existe, también, la renta de los bienes propios de él, sería obligarlo a hacer un balance de su administración propia. Respecto de los bienes propios de la mujer, estaría bien esa exigencia, pero no en cuanto a la totalidad.

Rendición de cuentas anual. Exención para el cónyuge curador. (Art. 552).

El doctor Lafaille observa que esa cuestión se ha planteado en los tribunales y, en su opinión, ha sido mal resuelta. Desde hace unos años, los asesores de menores, con muy buena intención, entienden que debe aplicarse a los cónyuges administradores de la sociedad conyugal, principios exactamente iguales que a los curadores comunes. La ley actual, cuando habla de tal sociedad, establece que el cónyuge curador, en caso de demencia del otro, contará con las mismas

facultades del curador común. Es de preguntarse si ese marido que maneja los bienes comunes, pierde la libertad completa de administración por la demencia de la mujer y si la pierde hasta con referencia a los gananciales. Se explica que pudiera haber un desdoblamiento cuando se trata de la dote de la mujer, siendo ella demente; pudiera pretenderse entonces que hubiera una restricción, pero no sobre los que forman la masa —y menos aún si son el fruto de su trabajo—. Es inadmisibile que ese hombre que administra una casa de comercio, creada por él, esté sometido a las formalidades que pesan sobre el curador de incapaces. Con disposiciones como los arts. 1285 y 1286 del Código Civil actual, se le deja en principio, a la mujer, y con mayor razón al marido, las facultades del administrador legítimo de la sociedad conyugal. Es imposible, pues, prescindir de ellas. La Cámara, sin embargo, llegó a decir que cuando se produce la demencia, se aplican las reglas de la tutela, olvidándose de esos textos y de que en caso de muerte, el cónyuge supérstite administra en general la sucesión y también la sociedad conyugal, para realizar la liquidación de ella. Pero, cuando se administra una sociedad conyugal, rigen las reglas de la misma y no las concernientes a los incapaces. La jurisprudencia no estuvo acertada al declarar que ese marido no puede disponer ni aún de un bien ganancial sin autorización del juez. Entonces, ¿dónde queda el régimen expresamente establecido por la ley? Convendría estudiar este punto, a pesar de la solución clara del Código, ante ese criterio jurisprudencial erróneo.

El doctor Rayces observa que si la solución puede surgir claramente de la ley, habría, sin embargo, llegado el momento de estudiar cuál es la solución más conveniente. Parece razonable que el marido tenga amplias facultades de administración, y no las que existen para el caso de la curatela. Pero, ya que se está estudiando una nueva ley, debe considerarse cuál es la mejor solución.

Queda planteada la indicación del doctor Dassen.

ARTÍCULO 553.— El doctor Rayces se refiere a lo que sucede a diario en la Sociedad de Beneficencia sobre la materia reglada por el artículo. ¿Quién es el tutor de los niños depositados en la Institución, cuando dichos niños son hijos de un insano? ¿Es el curador de éste o es la Institución

Tutela a cargo del curador. Niños asilados. Primacía a los establecimientos que los tienen a su cargo. (Art. 558).

que ha asilado a aquéllos? El exponente siempre ha sostenido que es la Institución, por cuanto la ley 10.903, de Patronatos de Menores, establece que todo menor, depositado por sus padres, curadores o tutores en un establecimiento, quedará bajo la tutela definitiva del mismo. Pero aquí, en el Proyecto, mientras el art. 523 dice: “La tutela de los niños abandonados en hospicios o casas de expósitos, por cualquier título o denominación que sea, será desempeñada por las Comisiones administrativas de aquéllos”, el art. 553 establece que será siempre tutor de esos niños el curador del incapaz. Parece, pues, conveniente aclarar y darle primacía a los establecimientos donde esos niños están asilados.

Queda planteada la proposición del doctor Rayces.

ARTÍCULO 554.— Se acepta por unanimidad el agregado propuesto por el doctor Dassen al tratarse el art. 549: “... o que sea educado en la medida de lo posible”, agregado que iría después de la palabra: “salud”.

ARTÍCULO 555.— El doctor Lafaille indica que, cuando se trató el problema de la demencia, después de haberse encontrado aquella solución intermedia que contiene el art. 55, que permite en cierto modo una incapacidad relativa para los dementes, algunos tendían a crear una semi-incapacidad, pero no se aceptó. Solamente se admitió que el juez podía declarar en la sentencia el uso que se autorizaba sobre la renta y la facultad de ejercer ciertos actos de disposición. Aunque una exégesis inteligente pudiera extenderlo a este artículo, no estaría de más que se dijese. Parece que así lo pensamos todos; si no constase en las actas, sería el momento de hacerlo, ya dentro del art. 55 o aquí en la curatela. En el instante de fallar, con los informes médicos, el juez puede estudiar un régimen con cierta elasticidad, pero puede ocurrir, después de la sentencia, que el enfermo, sin recuperar la razón, mejore. Entonces, los peritos podrían sugerir al juez que ese individuo está en condiciones de administrar sus bienes o de recobrar en parte su capacidad.

La Secretaría informa que, en la sesión del 20 de marzo de 1937, se resolvió, a moción del mismo doctor Lafaille, considerar esta cuestión al tratar el art. 555 (sesión cit.; punto 7º ter). Ante este informe, se resuelve incluir en el Orden del Día la indicación del doctor Lafaille para que se extienda

Sordomudos. Obligación de educarlos. (Art. 554).

Epoca ulterior a la sentencia. Extensión de la norma del artículo 55. (Art. 555).

la norma del art. 55 a la época ulterior a la sentencia, debiéndose resolver si esta modificación iría en el art. 55 o en el 555 de la curatela.

Condenados en materia penal. (Art. 556).

ARTÍCULO 556. — El doctor Spota señala que el artículo dice: “Se dará curador a los bienes en los casos autorizados *por este Código*”. Debe, sin embargo, comprenderse también a los condenados en materia penal. ¿Tendrán, acaso, ellos un régimen especial en el Código Penal?

El doctor Lafaille contesta que así parece. Respecto de los ausentes declarados en juicio, no sólo se reglamenta la curatela de los bienes, sino también algunas cuestiones inherentes a la persona de ellos. Además, el Código Penal no sólo alude a la curatela de bienes, sino que instituye una incapacidad personal. El condenado tiene curador, porque es un incapaz mayor de edad. Se podría considerar el problema, no para incluirlo en la curatela de bienes, sino después de ella o en la curatela de los incapaces.

Se resuelve considerar, a indicación del doctor Spota, si conviene tratar, en un artículo especial o capítulo aparte, la representación inherente a los condenados en materia penal.

Herederos no domiciliados en el país. Redacción. (Art. 557).

ARTÍCULO 557. — El doctor Saravia manifiesta que la expresión: “... con los países a que pertenezcan aquéllos”, es un poco confusa. Parece que se refiere a los países donde estén domiciliados aquellos herederos.

Se resuelve tener presente, a los efectos de la redacción, que esa expresión debe ser tomada en sentido del domicilio y no de nacionalidad.

Herederos no domiciliados en el país. (Art. 557).

ARTÍCULO 557. — El doctor Spota señala que no parece que este artículo llene una función normativa, porque, si no existiera esa norma, ¿se procedería de otra manera? ¿Acaso es necesario decir que se procederá de conformidad con los tratados vigentes, si éstos constituyen, una vez ratificados, ley de la Nación?

El doctor Lafaille llama la atención sobre la posibilidad de tratados que, a veces, están un poco olvidados, porque, en muchas partes, los cónsules se atribuyen funciones excesivas.

Se resuelve incluir en el Orden del Día la indicación del doctor Spota.

ARTÍCULO 561.— El doctor Spota expresa que, por el art. 498, se presume que los hijos, los que están bajo patria potestad, cuando ejerzan cualquier empleo público, profesión o industria, se hallan autorizados por los padres para todos los actos y contratos concernientes a esa actividad, así como para estar en juicio. Ahora, en el art. 561, se hace una enumeración un tanto restrictiva de los actos que los menores emancipados pueden realizar con autorización judicial. Quiere decir que el menor emancipado, no obstante su condición de tal, se halla en peor situación que el que está bajo la patria potestad.

Actos que requieren autorización judicial. Carácter de la enumeración. (Art. 561).

El doctor Dassen considera que se trata de situaciones distintas. Aquel hijo a que se refiere el art. 498, procede de acuerdo con el padre; la ley supone que está bajo la vigilancia del padre y respaldado por él, pero aquí obra con completa libertad y sin dirección.

El doctor Lafaille recuerda que no sólo se otorga emancipación a los menores por subsiguientes matrimonios, sino también en los casos que la ley prevé. El art. 43, inc. 2º, establece la emancipación del menor cuando, cumplidos los diez y ocho años, lo solicite de acuerdo con el padre, o la madre, o, en su defecto, el juez. Pero, de todos modos, convendría considerar la cuestión planteada.

Queda planteada la indicación del doctor Spota.

ARTÍCULO 562.— El doctor Rayces expresa que, como en la primera parte del artículo sólo se habla de “atender a la salud, seguridad y educación moral e intelectual de los incapaces”, le llama la atención el influjo de los factores de carácter patrimonial que consigna la segunda parte del artículo.

Razones de la superintendencia del juez. (Art. 562, 2º apart.).

El doctor Lafaille dice que se trata siempre de los bienes de esos menores que, naturalmente, están destinados a ese fin superior de atender a la salud, seguridad y educación moral e intelectual de ellos. Para que ese patrimonio sea aplicado a esos fines tiene que caer bajo la superintendencia de los jueces.

Queda planteada la indicación del doctor Rayces

ARTÍCULO 563.— El doctor Dassen formula una indicación respecto de la parte final del art. 563, en el sentido de que, dada la terminología del Proyecto en materia de nulidad,

Confirmación por el Ministerio Público. (Art. 563).

sería conveniente expresar la posibilidad de que el Ministerio Público confirme los actos a que se refiere dicha disposición.

El doctor Lafaille dice que, entonces, habría que cambiar la expresión “nulo” del Código actual por otra que permitiera la confirmación. Explica que, en la Comisión Redactora, ha sido de los partidarios más entusiastas para la asimilación de nulo y anulable a nulidad absoluta y relativa. Parte de la dificultad está en si se toma, como centro para la unificación, la clasificación de nulo y anulable o la de nulidad absoluta y relativa. En el segundo caso se salvan algunos inconvenientes, aunque pocos. Este caso sería uno de ellos.

El doctor Rayces considera que toda nulidad establecida con un fin de protección al incapaz debería ser relativa, esto es, que el acto sea susceptible de confirmación. Así lo ha sostenido en el proyecto a que aludió hace un rato; como ha sostenido, también allí, la conveniencia de asimilar los conceptos “nulo” y “anulable” a los de “nulidad absoluta” y “nulidad relativa”, respectivamente, considerando que tal asimilación puede hacerse sin dificultad.

El doctor Lafaille expresa que en una primera época también pensó que se había encontrado la panacea, pero luego vió que no era así. En la Comisión Reformadora se emplearon sesiones enteras por las dificultades del tema. Se discutió nuevamente en Córdoba para llegar a la unificación de ambas categorías y cuando se creía haberla alcanzado, después de comisionarse al exponente y al doctor Tobal para la redacción definitiva, surgieron dificultades. Aún estilizando la teoría de las nulidades, hay una serie de casos en que es de preguntarse si procede hablar de nulidad de una clase o de la otra. En realidad es el eterno problema de las clasificaciones jurídicas: como en historia natural, aparecen los tipos medios que desbaratan las teorías.

El doctor Rayces manifiesta que, sin animarse a afirmar de manera terminante que todo esté resuelto, tiene, empero, la firme convicción de que sí lo está, si se toma como base de la clasificación de las nulidades las ideas básicas que expuso en su oportunidad. ¿La nulidad producida por los actos realizados por un menor de diez años, es relativa o absoluta? En otros términos: ¿el acto realizado por un menor de diez años, es nulo o anulable? Dentro de las ideas a que alude,

toda nulidad de protección debe ser relativa, y, por consiguiente, el acto viciado debe ser susceptible de confirmación, es decir, ha de quedar librado al representante legal del incapaz (con autorización judicial) convalidarlo si ello resulta conveniente para los intereses de su representado.

El doctor Lafaille observa que la posibilidad de confirmar no correspondería al representante, sino al menor, cuando llegara a la mayoría de edad.

El doctor Rayces estima que, en el caso, el acto debe confirmarlo el representante. Era nulo, porque no había existido la intervención del representante. Cumpliéndose este requisito, aunque sea *a posteriori*, desaparece o se borra la nulidad.

El doctor Lafaille considera que, de todas maneras, se trata de una cuestión que no se puede discutir ni resolver en abstracto. Todos son partidarios de la asimilación de ambas categorías: de la categoría de nulos y anulables con la de actos absoluta y relativamente nulos. En el fondo, la disidencia se concreta a versar entre los que aspiran llegar a una asimilación absoluta y los que se conforman con un resultado aproximativo.

ARTÍCULO 564. — A indicación del doctor Spota, se resuelve considerar la obligación, a cargo del Ministerio Público, de deducir las acciones de responsabilidad, o aquéllas que hubieren dejado de realizar los tutores.

Acciones no realizadas por los tutores. (Art. 564).

ARTÍCULO 565. — El doctor Lafaille aclara que, en vez de “interdictos”, debe decirse: “personas sujetas a interdicción”.

Redacción. (Art. 565).

Se resuelve tenerlo presente.

ARTÍCULO 565. — El doctor Spota considera que la facultad que se acuerda al Ministerio Público, va de suyo que también corresponde al juez. Sin embargo, no está claro. Por ello indica que se considere en el art. 565 si las facultades acordadas al Ministerio Público podría también ejercerlas el juez de oficio.

Facultades del Ministerio Público. Su ejercicio por el juez. (Art. 565).

Queda planteado el punto.

ARTÍCULO 566, INCISO 1º — El doctor Dassen formula una indicación de que se considere si, en el art. 566 inc. 1º, sería conveniente suprimir la palabra “legítimos”.

Redacción. (Art. 566).

ARTÍCULO 566, INCISO 2º — El doctor Spota, respecto del inciso 2º de este artículo, hace moción para que se lo amplíe, en el

Consejo de familia. Ampliación de las facultades del juez. (Art. 566, inc. 2º).

sentido de que el juez tiene la facultad de constituir el consejo de familia cuando así lo aconsejen las circunstancias.

Se resuelve incluir el punto en el Orden del Día.

Pequeña adopción o
afiliación.

PEQUEÑA ADOPCIÓN O AFILIACIÓN. — El doctor Spota recuerda que, en sesiones pasadas, al considerarse la adopción, se había resuelto examinar el problema que surge con la “pequeña adopción”, “adopción menos plena” o “afiliación”, para ser tratado al fin del Título V, del Libro II. En cuanto a la terminología, no está seguro sobre cuál sería la mejor, porque cualquiera de las indicadas designaciones sería adecuada. Presenta, ahora un proyecto que fué considerado y aprobado en la Comisión de la Asociación de Abogados que estudia desde el año 1937 las disposiciones contenidas en el Proyecto de Reforma. Ese proyecto regla la materia de la *afiliación*. Entre el afiliante y afiliado existen relaciones semejantes a las que hay entre el adoptante y adoptado, sea respecto del apellido, de las obligación alimentaria, etc., pero se diferencia de la adopción en que la afiliación, para llegar a serlo, necesita un período de prueba o que se den ciertas circunstancias. El proyecto es el siguiente:

TITULO VI. DE LOS MENORES AMPARADOS EN ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS O PRIVADOS Y DE LA AFILIACION

ARTÍCULO 1° — Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, las disposiciones del presente título se aplican a los menores de diez y ocho años que se encuentren en alguna de las siguientes condiciones:

- a) ser hijo de padres desconocidos;
- b) haber sido reconocido solamente por la madre y que ésta se encuentre imposibilitada de proveer a su asistencia y educación;
- c) estar recogido, para su mantenimiento y educación o reforma, en un establecimiento de beneficencia; y
- d) encontrarse en estado de abandono material o moral.

ARTÍCULO 2° — El establecimiento a cuyo cargo esté el amparo del menor, puede confiar la asistencia y educación del mismo a una persona que goce de buena fama, la cual,

transcurridos tres años desde la fecha en que lo recogió, puede pedir al juez de la tutela la afiliación del citado menor.

El mismo derecho se acuerda a la persona que ha tenido directamente a su cargo el cuidado del menor durante el indicado plazo de tres años sin intervención de establecimiento alguno.

Si el solicitante es casado, necesitará el consentimiento del otro cónyuge y para los casos de interdicción o ausencia de este último, se estará a lo dispuesto en el art. 476, párrafo 2º (artículo y párrafo de la Sección).

No podrán solicitar la afiliación de un menor las personas que no puedan ser tutores, conforme a lo que establece el art. 525.

ARTÍCULO 3º — Antes de acceder al pedido a que se refiere el artículo anterior, el juez deberá informarse acerca de las condiciones económicas, morales y familiares del solicitante; sobre el tratamiento que, en su caso, ha dado al menor y sobre las condiciones físicas, morales e intelectuales de este último.

Debe también oír al establecimiento en que el menor hubiese estado recogido, a los parientes próximos del mismo, al Ministerio Público y al propio menor cuando esté en condiciones de manifestar su voluntad.

De la resolución que acuerda la afiliación se tomará nota marginal en el acta de nacimiento del menor.

ARTÍCULO 4º — El cónyuge del afiliante, cumpliendo los mismos requisitos, podrá solicitar también la afiliación.

Esta atribuye al afiliante los poderes inherentes a la patria potestad, cuyo ejercicio corresponderá al marido en caso de que el menor sea afiliado a un matrimonio.

El menor llevará el apellido del afiliante y si se tratara de un hijo legítimo o de un hijo reconocido, el apellido del afiliante puede ser agregado al del menor.

El afiliante al hacerse cargo de los bienes del afiliado, lo hará bajo inventario y no gozará del derecho de usufructo sobre los mismos.

ARTÍCULO 5º — El vínculo de la afiliación quedará disuelto en los casos previstos en el art. 480.

ARTÍCULO 6º — El juez, mediando petición de los interesados y también de oficio, declarará extinguida la afiliación cuando el padre del menor que hubiese incurrido en la pér-

dida de la patria potestad o hubiese sido suspendido en su ejercicio, es reintegrado en los derechos inherentes a la misma.

En los casos de legitimación o reconocimiento del menor, en interés de éste, el juez resolverá si continúa la afiliación o si confiere al padre el ejercicio de la patria potestad, en cuyo último caso queda extinguida la afiliación. Si la afiliación continúa, el afiliado que adoptó el apellido del afiliante no puede usar el de su padre.

ARTÍCULO 7° — En todos los casos de los dos artículos anteriores, el juez oír a las partes vinculadas por la afiliación, a los padres del menor, al Ministerio Público, y, en su caso, al representante del establecimiento en que el menor estuvo amparado.

La resolución judicial por la cual concluye la afiliación se anotará en la forma prevista en la última parte del artículo 3°.

Se resuelve incluir este proyecto como último punto del Orden del Día.

A continuación se pasa a preparar el Orden del Día para la sesión siguiente.

Condominio. (Art. 534, inc. 3°). Supresión.

PUNTO 1° — Reconsideración, a pedido del doctor Rey, de la supresión del inc. 3° del art. 534, aprobada en la sesión del diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

Régimen de la demencia. (Art. 550).

PUNTO 2° — Indicación del doctor Spota, respecto al art. 550, para que se considere la posibilidad, sea de un principio general incorporado al Código o de una ley reglamentaria respecto al régimen de la demencia.

Supuesto de los parientes naturales. (Art. 552).

PUNTO 3° — Moción del doctor Spota, relativa al art. 552, para que se considere la situación de los parientes naturales y si no sería conveniente aplicar el principio del art. 493.

Limitación a conyuges no divorciados. (Art. 552, inc. 1°).

PUNTO 4° — Indicación del doctor Spota para que se considere, en el inc. 1° del art. 552, si conviene establecer claramente que dicho inciso sólo guarda relación con los conyuges no divorciados.

Curadores legítimos. Excusación. (Art. 552).

PUNTO 5° — Indicación del doctor Spota respecto del art. 552, para que se considere, tanto acerca de la curatela como respecto de la tutela, el régimen de excusación en el sentido de cuáles serán las causales; si ellas pueden ser alegadas con posterioridad al discernimiento, y si se considera

carga pública, la tutela y la curatela, respecto de todos los parientes comprendidos en la tutela y curatela legítimas.

PUNTO 6°—Indicación del doctor Dassen, respecto del art. 552, para que se examine la conveniencia de establecer, en el caso del cónyuge curador, mayores facultades que las acordadas a los curadores comunes de bienes de incapaces.

PUNTO 7°—Proposición del doctor Rayces para que se armonicen los arts. 523 y 553, en el sentido de acordar la primacía al establecimiento donde esté asilado el menor en lo que concierne a la curatela.

PUNTO 8°—Indicación del doctor Lafaille para que se extienda la norma del art. 55 a la época ulterior a la sentencia, debiéndose resolver si esta modificación iría en el 55 ó en el art. 555 de la curatela.

PUNTO 9°—Indicación del doctor Spota, de que se examine si conviene tratar, en un artículo especial o capítulo aparte, la representación inherente a los condenados en materia penal.

PUNTO 10°—Indicación del doctor Spota para que se estudie la conveniencia de suprimir el art. 557.

PUNTO 11°—Observación del doctor Spota para que se armonicen las disposiciones de los arts. 43, inc. 2°, y 498, en el sentido de que no se pueda conferir menores facultades al menor que fuere emancipado que al que quedare bajo la patria potestad.

PUNTO 12°—Indicación del doctor Rayces para que se examine si en la primera parte del art. 562 no fuere conveniente hacer referencia a los bienes de los incapaces, ya que de ellos se trata en la parte segunda.

PUNTO 13°—Observación del doctor Dassen respecto de la parte final del art. 563 en el sentido de que, dada la terminología en el Proyecto en materia de nulidad, sería conveniente expresar la posibilidad de que el Ministerio Público confirme los actos a que se refiere dicha disposición.

PUNTO 14°—Examen a pedido del doctor Spota, de la obligación a cargo del Ministerio Público de deducir las acciones de responsabilidad o aquellas que hubieren dejado de realizar los tutores.

Rendición de cuentas anual. Exención para el cónyuge curador. (Art. 552).

Tutela a cargo del curador. Niños asilados. Primacía a los establecimientos que los tienen a su cargo. (Art. 553).

Epoca ulterior a la sentencia. Extensión de la norma del artículo 55. (Art. 555).

Condenados en materia penal. (Art. 556).

Herederos no domiciliados en el país. (Art. 557).

Actos que requieren autorización judicial. Carácter de la enumeración. (Art. 561).

Razones de la superintendencia del juez. (Art. 562, 2º apart.).

Confirmación por el Ministerio Público. (Art. 563).

Acciones no realizadas por los tutores. (Art. 564).

Facultades del Ministerio Público. Su ejercicio por el juez. (Art. 565).

Redacción. (Art. 566, inc. 1°).

Consejo de familia. Ampliación de las facultades del juez. (Art. 566, inc. 2°).

Pequeña adopción o afiliación.

PUNTO 15° — Indicación del doctor Spota para que se considere, en el art. 565, si las facultades acordadas al Ministerio Público podría también ejercerlas el juez de oficio.

PUNTO 16° — Indicación del doctor Dassen para que se examine la conveniencia de suprimir, en el inc. 1° del art. 566, la palabra “legítima”.

PUNTO 17° — Consideración, a pedido del doctor Spota, de la conveniencia de ampliar el inc. 2° del art. 566 a los casos en que el juez estimase conveniente la organización del consejo de familia para la mejor defensa de los intereses y persona del incapaz.

PUNTO 18° — Consideración del proyecto respecto “De los menores amparados en establecimientos públicos o privados y de la afiliación” presentado por el doctor Spota y cuyo texto se transcribe en la presente acta (v. pág. 626).

REUNION N° 92

—Buenos Aires, ocho de noviembre de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Julio Dassen, Alejandro Rayces y Ricardo E. Rey.

ORDEN DEL DIA

Condominio. (Art. 534, inc. 3°). Supresión.

PUNTO 1° — El doctor Rey se refiere a los fundamentos que ya dió de su ponencia, e indica que la misma, en concreto, tiende a que sobre el punto en discusión, se establezca igual norma para la tutela que para la patria potestad suprimiéndose el inc. 4° del art. 535.

El doctor Spota manifiesta que en la reunión en la cual se aprobó el temperamento de suprimir el inc. 3° del art. 534, se expresó que cabía formular un distingo entre el caso de tutela y el supuesto de la patria potestad. En este último caso, el legislador sería menos riguroso, ya que se trata del padre del menor que solicita la división del condominio, salvo

que la misma resultare inconveniente (art. 501). En el caso de tutela, existiría la obligación de demostrar que la continuación del condominio perjudica los intereses del menor (art. 535, inc. 4°).

El doctor Lafaille considera que se trata de una cuestión objetiva que nada tiene que ver con los casos particulares. Lo que se considera es el beneficio para el incapaz.

El doctor Rey, del mismo modo, indica que ello es lo que sostiene Bibiloni, explicando su pensamiento con claridad en interesantes notas.

El doctor Lafaille dice que, tratándose de textos que son más o menos iguales, y que la Comisión los propuso como equivalentes, no hay ventaja en que se mantengan los dos, y si en que se apruebe la proposición discutida.

En virtud de la reconsideración pedida por el doctor Rey, queda aprobada la indicación del doctor Dassen, modificándose, en consecuencia, lo resuelto en sesiones anteriores.

PUNTO 2° — El doctor Spota indica que su ponencia responde a la preocupación que le inspira la situación de los dementes de hecho, es decir, no declarados y que, por ello, carecen de curador. La práctica consiste en que, para internar a una de esas personas en una casa de salud, basta un certificado suscripto por dos médicos. Con una norma como la establecida en el art. 550, en cuya virtud sólo por resolución judicial podrán recluirse los dementes declarados tales, es de preguntarse si esos dementes *de facto* no podrían internarse y si el director del hospicio o del sanatorio frenopático que no los recluyere, no incurriría en responsabilidad a pesar de munirse de los referidos certificados de dos médicos. Parece, pues, prudente establecer que la disposición contenida en el art. 550 regirá, sin perjuicio de lo que se establezca en las leyes especiales que dicten la Nación o las provincias en el ejercicio de sus poderes de policía. Quizá, también, podría decirse que los directores de los hospicios o sanatorios tendrán las obligaciones inherentes a los curadores, pero no sus facultades. Trae a colación, a título de mero antecedente no idéntico a la solución que propone, lo dispuesto por el nuevo Código Civil peruano (art. 560). En ese Código se estatuye, precisamente, que “los directores de

Régimen de la demencia. (Art. 550).

los asilos son curadores legítimos *interinos* de los incapaces asilados''. Claro está que, en la hipótesis que plantea, se trata más que de dementes *de jure*, de alienados *de facto* y, por ende, no incapaces mientras no llegue la declaración de insania. Pero, como pueden ser personas peligrosas y deben ser asistidos en los nosocomios, sin dilación, parece lógico dejar a salvo las facultades de la Nación o de las provincias para dictar leyes de policía, estableciendo que la reclusión puede verificarse en esas hipótesis y tornando menos absoluta la norma del art. 550. El derecho administrativo, que es de orden local, debe, en efecto, quedar incólume; si no, el precepto en cuestión invadiría el campo reservado al legislador provincial.

El doctor Dassen opina que esta materia debe ser objeto de una ley especial. Hace notar que en la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Abogados, al tratar el punto, se resolvió que, cuando se recluye a una persona, existe la obligación, después de tenerla un mes o dos, de dar cuenta al juez. A veces es preferible que no se ponga en movimiento la máquina judicial, porque sucede que los enfermos mejoran. Considera que en el Código no se deben contemplar esos casos.

El doctor Rey expresa que la ley especial no debe apartarse de las disposiciones del Código Civil, de modo que no puede haber inconveniente en que se reglamente en la ley no en el Código.

El doctor Rayces manifiesta que comparte la opinión del doctor Spota, en cuanto a los casos prácticos, algunos de los cuales ha tenido ocasión de comprobar. En lo que atañe a la faz jurídica, considera que no es posible que se establezcan disposiciones en el Código Civil que representen una traba al desarrollo de las normas del derecho administrativo. La cuestión que se trata, agrega, es absolutamente de derecho administrativo.

El doctor Lafaille entiende que el Proyecto establece que no pueden los dementes ser privados de su libertad, y se refiere únicamente a los declarados. Los que están en juicio se encuentran en la misma situación que los demás habitantes del país, bajo las garantías constitucionales. Hay casos en que un enfermo necesita ser observado, y para ello se re-

quiere su aislamiento. No se puede impedir que esa persona sea llevada a un sanatorio. Si se produce un abuso, están las sanciones penales. En lo demás, podrá quedar constancia en el acta.

El doctor Spota pregunta: ¿Y si se dijera, como en el Código Civil peruano, que los directores de los asilos son curadores *interinos*, en el sentido de que tendrán las obligaciones de los curadores? Esta declaración sería conveniente, ya que la ley local no puede designar curador legítimo sino observando, para esta hipótesis especial, la ley civil, única en todo el país.

El doctor Lafaille indica que si se trata de un demente declarado, ya tiene su curador.

El doctor Spota observa que ello no sucede en la práctica. En la inmensa mayoría de los casos no se está en presencia de dementes declarados tales: son alienados, no *de jure*, sino *de facto*.

El doctor Rayces adhiere a la idea de que se modifique el art. 550. Propone que quede redactado así: "Los incapaces comprendidos en el artículo anterior, podrán ser reclusos o asilados en virtud de resolución judicial, cuando fuere de temer algún daño para ellos o para terceros o lo exigiere su tratamiento. Tampoco podrán ser trasladados fuera de la República, sin expresa autorización judicial fundada en dictamen médico que declare conveniente el cambio para la salud del enfermo". De esta manera se le da al juez de la curatela la facultad de recluir.

El doctor Rey indica que bastaría con establecer la obligación de dar cuenta al juez.

El doctor Dassen propone que no se modifique el Proyecto, porque sanciona el principio general, y cuando la Sección eleve su informe aconseje al Congreso que toda la materia sobre interdicción sea objeto de una ley especial, como se ha hecho en Francia.

El doctor Spota, refiriéndose a esta última indicación, considera que tal ley, en cuanto implicara el ejercicio de poderes de policía, sólo podría ser local.

El doctor Lafaille adhiere a la supresión de la palabra "sólo" propuesta, en definitiva, por el doctor Rayces. Aclara que cuando en el art. 550 se habla de "reclusión" se debe

entender que no se *recluye* a una persona que se interna para atenderse, porque entonces podría creerse que está “recluído” o “asilado” quien se asiste en un sanatorio u hospital.

El doctor Rey manifiesta que si como lo ha dicho el doctor Lafaille, debe entenderse que los arts. 549 y 550 se refieren únicamente a los insanos declarados, no puede haber inconveniente en que se mantenga el término “sólo”, porque cuando se los recluya será por orden del juez. Como los artículos no se refieren a los insanos no declarados, nada se opone a que por vía de reglamentación los poderes locales establezcan la obligación para los administradores, de dar cuenta al Ministerio de Incapaces todas las veces que se interne a un insano no declarado tal. Hasta por decreto podrían los poderes locales establecer esa obligación, sin necesidad de una ley.

El doctor Lafaille concuerda con lo señalado por el doctor Rey. Añade que el art. 550, al referirse a los insanos declarados, no ha legislado sobre los *de facto*. Los dementes *de facto* no están comprendidos en el texto y puede llegarse por ley a establecer una reglamentación, tanto para ellos, como para las personas que en juicio, no hubieran llegado a la declaración de demencia. El doctor Lafaille resume la discusión producida, diciendo que se puede eliminar el término “sólo”, porque algunos de los presentes creen que de esa manera se evitan los inconvenientes de una interpretación demasiado rigurosa del principio, y para otros no tiene importancia y puede suprimirse sin peligro.

El doctor Dassen recuerda su moción a fin de que se emita un voto para que el Congreso dicte una ley reglamentaria de la declaración de demencia.

El doctor Spota indica que debería expresarse que se dicten “leyes”, a fin de que no resulten afectadas las atribuciones de los poderes locales.

Se resuelve: 1º, suprimir la palabra “sólo” del art. 550; 2º, emitir un voto para que se dicten las leyes reglamentarias pertinentes.

PUNTO 3º — El doctor Spota indica que el art. 552 sólo reglamenta el supuesto de la curatela legítima; pero no es posible desconocer —como no lo desconoce la misma ley vi-

gente— que puede existir una familia natural a la cual le alcanza, salvo las necesarias modificaciones, lo dispuesto en ese precepto. Por ello, el hijo y el hermano natural tendrían derecho a que se les acuerde la curatela del padre o del hermano. El padre natural debe ser curador legítimo de su hijo, siempre que lo hubiere reconocido voluntariamente. Si el reconocimiento fuere forzoso, el padre tendrá las obligaciones del curador pero no los derechos: habría que extender el principio que rige en la patria potestad para esos supuestos (art. 493, 2ª parte).

El doctor Rey entiende que debe regir la misma norma para la tutela y para la curatela. Según nuestro Código Civil (art. 395) la tutela legítima no rige con respecto a los hijos naturales, quizá porque el codificador entendió que ellos no tienen legalmente una familia. El Proyecto ha reproducido esa regla (art. 580, última parte), pero dentro del mismo no es igual la situación de los hijos naturales, pues las disposiciones se orientan en el sentido de reconocer la existencia de una familia natural. Parecería entonces preferible suprimir la prohibición final del art. 580 del Proyecto y al reglamentar lo referente a la tutela y la curatela de los hijos naturales, tener presente lo dispuesto en cuanto a las sucesiones (art. 2008), para establecer una limitación. Así podrían tener derecho los cónyuges, desde luego; los padres y, además, los hijos y los hermanos naturales.

El doctor Spota considera que deberían incluirse los tíos naturales como tutores o curadores de sus sobrinos naturales.

El doctor Rey no cree que corresponda incluir a los tíos, desde que no tienen derecho a herencia.

El doctor Lafaille considera que todo debe ser correlativo; parece que fuera injusto imponer las cargas del parentesco si no tienen vocación hereditaria. La forma de llevar a cabo este pensamiento sería suprimir la parte final del art. 520 que dice: “El presente artículo no regirá para los hijos ilegítimos” y en el mismo precepto establecer un agregado, para que luego se aplique a la curatela, las reglas que se han indicado. Habría que hacer referencia a los arts. 520 y 493.

El doctor Spota pregunta si, con respecto al supuesto del tío natural, no convendría separar el derecho sucesorio del de familia.

El doctor Dassen considera más importante el derecho hereditario que la tutela.

El doctor Lafaille admite la existencia de una familia natural, pero con extensión diferente de la familia legítima.

Es más reducido el núcleo de la familia natural y le parece que no existen verdaderas razones para extender esos derechos a la línea ascendente.

El doctor Spota observa que en la jurisprudencia francesa se ha llegado a reconocer derecho de alimentos a la —por así llamarla— “suegra” del concubino, lo que prueba como no se debe ser riguroso en la materia y sí reconocer los hechos tales como son: el legislador no puede pretender que las costumbres se supediten a las normas.

El doctor Lafaille estima que no se puede prescindir de la lógica pura y simple; dentro de ella, si se acuerdan derechos a la familia natural, hay que ser consecuente y admitir la correlación de esos derechos con las cargas; y por ello se deben establecer los derechos y los deberes paralelamente.

El doctor Dassen observa que, de todas maneras, en el Proyecto no se corta el camino, porque el juez puede nombrar tutor o curador, fuera de los que expresamente se indican, a cualquier otra persona.

El doctor Lafaille observa, en este sentido, que hace poco se designó, por resolución judicial, tutora de una menor a la madre adulterina.

El doctor Spota recuerda que, como lo ha señalado Crome en su prólogo a la obra de Zachariæ, la doctrina francesa no somete los hombres a las normas legales sino que considera que las normas deben concordar con las exigencias de la vida. En cambio, la doctrina alemana de otros tiempos —hoy felizmente superada— se embarcó en el campo abstracto de las construcciones jurídicas, a veces reñidas con la realidad, como con tan fina ironía lo señaló Ihering en su “Jurisprudencia en broma y en serio”. Lo que procede, pues, es acordar derechos de tutores o curadores legítimos al abuelo natural y al tío natural. De lo contrario, se llegaría a una solución extraña: el hermano natural podría ser tutor y no así una persona de mayor experiencia, de mayor conocimiento, que mejor substituya al padre natural, como lo puede ser el abuelo o el tío natural. La lógica estricta,

la lógica jurídica, no pueden constituir óbice para ello; el hecho de que esas personas no hereden al nieto o al sobrino natural, no puede implicar, necesariamente, que no estén obligados a cuidar de la persona vinculada por los lazos del parentesco natural.

El doctor Lafaille expresa que el doctor Rey había hecho una sugestión para armonizar las normas en juego. Y en ese sentido propone: 1º, la supresión de la última parte del art. 520 y después, en el mismo artículo, intercalar un párrafo que diría, con referencia a los parientes naturales, que corresponderá la tutela legítima a los hermanos, debiendo preferirse los bilaterales a los de un sólo lado, los del sexo masculino a los del femenino, los de más edad a los más jóvenes. En el art. 552 habría que hacer una remisión: "Regirá respecto de los parientes naturales la disposición del art. 520". Al adoptarse las indicaciones que se ha formulado, queda establecido que no puede haber tutela ni curatela legítima donde no hay derecho hereditario y al establecer la facultad del juez para apartarse del orden señalado, puede conferir la tutela a un hermano menor si es que tiene mejores condiciones que el hermano mayor; y lo mismo se le podría conferir la curatela a un pariente que fuera médico alienista. No adhiere a la proposición del doctor Spota en el sentido de extender a la familia natural las cargas de la tutela. Es suficiente, a su juicio, con los hermanos y los padres. De lo contrario se cae fuera de la realidad, porque esos parientes naturales son personas extrañas y a veces hostiles entre sí. En la familia legítima ocurre de otra manera.

Se resuelve aceptar la proposición del doctor Rey en la forma indicada por el doctor Lafaille y con la reserva del voto del doctor Spota.

PUNTO 4º — El doctor Spota entiende que el cónyuge divorciado culpable no puede ser curador del otro esposo. Propone, pues, que se formule la salvedad consiguiente.

El doctor Rayces estima que también debe excluirse al cónyuge culpable de la separación de hecho.

El doctor Lafaille, del mismo modo, considera que debe establecerse que son curadores el marido de la mujer y recíprocamente, quedando excluidos, en el supuesto de divorcio

Limitación a cónyuges no divorciados. (Art. 552, inc. 1º).

o separación de hecho, los que hubieran dado causa a esta declaración.

Se aceptan las mociones de los doctores Spota y Rayces en la forma propuesta por el doctor Lafaille.

Curadores legítimos.
Excusación. (Art.
552).

PUNTO 5°— El doctor Lafaille estima que la tutela o curatela son cargas públicas, lo que, por lo demás, está en la mente de todos y nadie lo discute.

El doctor Dassen considera que el régimen de la excusación debe dejarse a la jurisprudencia. Podría haber muchos casos. Por ejemplo, un hombre que tiene cinco hijos podría estar en condiciones de aceptar la tutela y, en cambio, otro con dos hijos podría no estarlo. Y esos supuestos particulares no se pueden establecer en un Código.

El doctor Lafaille expresa que el juez puede apreciar si las causales de excusación son suficientes.

El doctor Rayces manifiesta que no es posible enumerar todos los casos.

El doctor Dassen aclara, además, que el art. 515 dice que nadie puede excusarse sin causa justificada.

El doctor Spota hace presente que el espíritu de su proposición es este: es cierto que los parientes legítimos más próximos no pueden excusarse, salvo en supuestos muy especiales. Pero, hay algunos casos, como el de los tíos y hermanos que, pasado cierto tiempo, pueden tener el derecho a ser relevados de la carga. El nuevo Código Civil italiano establece que nadie está obligado a ejercer las funciones de curador por un término mayor de diez años, salvo si se tratare del cónyuge, de los ascendientes o de los descendientes (art. 420). Toda la cuestión, entonces, se reduce a si el solo transcurso de un plazo más o menos lato, durante el cual el curador que no sea una de esas personas desempeñó sus funciones, lo autoriza a ser exonerado de las cargas consiguientes. Cabe, pues, la excusación a la cual se refiere el art. 515, en su 2ª parte y el art. 546, en su inc. 2ª? ¿Procede establecer el *favor legis* al cual se refiere Butera en su reciente comentario al nuevo Código italiano? ("Il codice civile italiano commentato", Turín, 1939, págs. 495/6, art. 420).

Se rechaza la ponencia.

Rendición de cuentas anual. Exención para el cónyuge curador. (Art. 552).

PUNTO 6°— El doctor Rayces manifiesta su conformidad con la indicación del doctor Dassen, porque parece muy

natural que se acuerden mayores facultades al cónyuge curador que las acordadas a los curadores comunes de bienes de incapaces.

El doctor Lafaille manifiesta que es necesario establecer el distingo entre los bienes de la sociedad y los propios de cada cónyuge. La norma sería la de extender las facultades del cónyuge curador en cuanto se refiere a los bienes de la sociedad conyugal, y respecto de los bienes propios del incapaz, no tendría mayores atribuciones que las acordadas a los curadores ordinarios.

El doctor Spota pregunta si ello no implicaría una facultad muy lata respecto a los bienes gananciales.

El doctor Lafaille contesta que ello está resuelto en el título de la sociedad conyugal, cuando se establece que no podrán realizarse donaciones.

El doctor Rayces entiende que cualquier situación se salva con el artículo referente a los deberes del Ministerio Público (art. 564).

El doctor Lafaille considera, además, que la sociedad conyugal, situación de derecho, no ha caído ni puede caer en demencia; es uno de los esposos el incapaz. Los bienes de éste no son sino los propios y, a lo sumo, los que puedan corresponderle eventualmente en la liquidación de los comunes. El Ministerio Público debería vigilar solamente los intereses del insano.

El doctor Spota estima que el cónyuge sólo debe tener las facultades de un curador, no sólo respecto de los bienes propios del esposo insano, sino también de los que éste haya adquirido con su trabajo o profesión y los gananciales que administraba, es decir, los provenientes de sus bienes propios. Además, la facultad acordada al Ministerio Público puede, eventualmente, extenderse a los bienes gananciales adquiridos por el cónyuge curador.

Se resuelve tratar el Punto 6°, así como las precedentes mociones, en la próxima sesión, pasándose a preparar el Orden del Día para la misma.

PUNTO 1° — (El 6° del anterior. Ver pág. 629).

PUNTO 2° — (El 7° del anterior. Ver pág. 629).

Rendición de cuentas anual. Exención para el cónyuge curador. (Art. 552).

Tutela a cargo del curador. Niños asilados. Primacía a los establecimientos que los tienen a su cargo. (Art. 553).

Epoca ulterior a la sentencia. Extensión de la norma del artículo 55. (Art. 555).

Condenados en materia penal. (Art. 556).

Herederos no domiciliados en el país. (Art. 557).

Actos que requieren autorización judicial. Carácter de la enumeración. (Art. 561).

Razones de la superintendencia del juez. (Art. 562).

Confirmación por el Ministerio Público. (Art. 563).

Acciones no realizadas por los tutores. (Art. 564).

Facultades del Ministerio Público. Su ejercicio por el juez. (Art. 565).

Redacción. (Art. 566, inc. 1º).

Consejo de familia. Ampliación de las facultades del juez. (Art. 566, inc. 2º).

Pequeña adopción o afiliación.

PUNTO 3º — (El 8º del anterior. Ver pág. 629).

PUNTO 4º — (El 9º del anterior. Ver pág. 629).

PUNTO 5º — (El 10º del anterior. Ver pág. 629).

PUNTO 6º — (El 11º del anterior. Ver pág. 629).

PUNTO 7º — (El 12º del anterior. Ver pág. 629).

PUNTO 8º — (El 13º del anterior. Ver pág. 629).

PUNTO 9º — (El 14º del anterior. Ver pág. 629).

PUNTO 10º — (El 15º del anterior. Ver pág. 630).

PUNTO 11º — (El 16º del anterior. Ver pág. 630).

PUNTO 12º — (El 17º del anterior. Ver pág. 630).

PUNTO 13º — Consideración del proyecto del doctor Spota respecto “De los menores amparados en establecimientos públicos o privados y de la afiliación”. (Ver texto, pág. 626).

REUNION N° 93

—Buenos Aires, quince de noviembre de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTES: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Julio Dassen, Ricardo E. Rey y José Manuel Saravia.

ORDEN DEL DIA

PUNTO 1° — El doctor Spota dice que, en la última sesión, se trató este punto, quedando, en definitiva, postergado a los efectos de que se considerasen diversas ponencias planteadas a lo largo de su discusión. Dijo en aquella oportunidad, y lo repite ahora, que estima que el cónyuge únicamente debe tener facultades de un curador, no sólo respecto de los bienes propios del cónyuge insano, sino también de los que éste haya adquirido con su trabajo o profesión y de los gananciales que administraba, es decir, los provenientes de sus bienes propios. Además, la facultad acordada al ministerio público puede, eventualmente, extenderse a los bienes gananciales adquiridos por el cónyuge curador. Está de acuerdo que, con respecto a los gananciales, el cónyuge curador tenga amplias facultades de administración y disposición, pero debería limitarse esa facultad en ciertos supuestos: 1°) Cuando se trata de los bienes propios del cónyuge insano; cree que, al respecto, existe acuerdo en el sentido de que ellos están dentro de la sociedad conyugal, pero como capital y no como fruto de la actividad de la sociedad misma. 2°) Además de los bienes propios del cónyuge insano, debería también comprenderse en esa categoría, que estaría sujeta a las facultades limitadas del curador, los que la mujer hubiere adquirido con su trabajo personal; es decir, los gananciales de administración reservada y también los que hubiere administrado dentro de esa administración separada que el Proyecto establece, cuando considera que la mujer puede asumir la administración de todo o parte de sus bienes propios. Es lógico proseguir esa política del Proyecto al presentarse la circunstancia de que la mujer caiga en demencia.

Rendición de cuentas anual. Exención para el cónyuge curador. (Art. 552).

Repítese que, eventualmente, en casos excepcionales, el ministerio público podría ejercer sus funciones de contralor sobre todos los bienes de la sociedad conyugal. Quizá no haya necesidad de decirlo, porque se considera que ello está dentro de las facultades del ministerio público, pero parece conveniente discutirlo.

El doctor Lafaille manifiesta que la proposición del doctor Spota conduce a que la persona que ejerza la curatela, si es el esposo, quede en la misma situación que cuando la mujer estaba en uso de su razón. Ese criterio parece, a primera vista, equitativo, pero hay una objeción muy seria: supon-gamos la hipótesis inversa, es decir, cuando el marido hubiese adquirido los bienes por su trabajo personal y la esposa es la curadora. Resultaría en ese caso que la mujer curadora tiene facultades más amplias que las acordadas al varón curador.

El doctor Spota observa que el espíritu de su proposición fué establecer facultades idénticas para uno de los esposos —sea el marido o la mujer— cuando el otro cae en insania. Aclara que tomó como ejemplo la situación del marido curador, porque es evidente que éste no puede tener, en su calidad de curador, mayores facultades que en su condición de administrador legítimo de la sociedad conyugal. La mujer curadora debe tener, pues, *a fortiori*, todas las limitaciones que pesarían sobre el marido curador en la situación recíproca, lo cual es tanto más razonable, no sólo porque hay que tratar las situaciones similares en forma también similar, sino porque, corrientemente, es el marido el único administrador y el que conoce a fondo la esfera patrimonial del hogar.

El doctor Lafaille prosigue expresando que las limitaciones que deberían pesar sobre la mujer curadora, se justificarían no por razones de incapacidad jurídica, sino que vendría a producirse una verdadera incompetencia real derivada de su falta de aptitudes para los negocios en general y en particular para los del cónyuge. La moción del doctor Spota, por lo tanto, podría recibir esta otra forma: que cuando uno de los esposos ejerza la curatela del otro, tendrá esa curatela que limitarse, restringirse, en lo que se refiere a los bienes propios y a los adventicios adquiridos por esa persona,

así como aquellos cuya administración estuviese reservada a la mujer, en cuyo caso se aplicarán las mismas normas para el marido. Cree que debe ser así, porque no se puede colocar a éste en peores condiciones que a la mujer. Suponiendo que el esposo estuviese al frente de un comercio o industria, habría que establecer entonces limitaciones para la curatela de la mujer. Corresponde buscar una forma sintética para establecer el precepto con referencia al art. 425, pero especificando, porque este artículo se refiere a la situación de la mujer y habría que aplicar el mismo concepto al marido. Agrega que se podría encomendar al doctor Spota, que es el proponente, que, de acuerdo con lo resuelto en el debate, redactase dicho precepto.

El doctor Rey pregunta si ese precepto iría a continuación de los arts. 423 y 424, relacionándolo con ellos.

El doctor Lafaille contesta que le parece bien que se incluya después de esos artículos. En otros términos, el régimen de la curatela de los esposos debe tratarse en la sociedad conyugal y no en la curatela especial, puntualizando así el inconveniente de la jurisprudencia que los equipara a curadores comunes.

El doctor Spota indica que el modo como el doctor Lafaille expuso la proposición encierra su verdadero pensamiento. En cuanto al nuevo precepto, le parece que hay conveniencia en redactar uno independiente, porque hay artículos que se refieren a la administración del marido (arts. 418 a 424) y otros a los bienes administrados por la mujer (arts. 425 a 433), sin perjuicio de preverse dentro de los primeros, supuestos de administración por parte de esta última, tal como acaece con los arts. 423 a 424. Quizá convendría con estos dos preceptos y el nuevo a redactar, formar un párrafo independiente que constituiría parte integrante del capítulo que regula la administración de la sociedad conyugal. Agrega que resta aún por considerar la última parte, concerniente a las facultades del ministerio público. Ya se han salvado gran parte de las dificultades, pero podría presentarse el caso de que el esposo dilapidara los bienes del patrimonio familiar. Si bien sabe que es un caso excepcional, pregunta qué remedio existe para que ello no suceda.

El doctor Lafaille indica que muchas de esas dificultades

están resueltas, cuando se habla de la función general de contralor que se confiere a los jueces y ministerio público. Cuando se presentare el caso a que alude el doctor Spota, que sería excepcional por definición, se ejercerá el patronato de superior vigilancia. El art. 562, que rige siempre que se trate de representaciones de incapaces, comprende tanto a los padres como a los tutores y curadores.

El doctor Spota observa que si se le da gran amplitud a esa función tutelar, se podría trabar la administración del esposo curador. Cabe preguntar a título de qué podría intervenir el ministerio público, cuando el esposo está disipando —aun onerosamente— si él tiene facultad de disponer sin expresar los motivos de la disposición. Su proposición tiende a apuntalar las atribuciones del esposo curador, o sea, a que, por una parte, no intervenga constantemente el ministerio público, y, por otro lado, a que no se cierre la puerta de la protección al cónyuge insano y a los hijos, asegurándose el patrimonio familiar; son los dos intereses a tener en cuenta.

El doctor Saravia entiende que, si bien es cierto que en una administración normal, el marido no debe dar cuenta de los motivos de la disposición, en casos extraordinarios existe la posibilidad de que, a raíz de una denuncia o de oficio, pueda el ministerio público cumplir la misión que le está encomendada.

El doctor Lafaille considera que cuando el marido administra normalmente los bienes de la sociedad conyugal, la libre administración tiene un sentido tan vasto que, en realidad, actúa a título de dueño, pero cuando esa administración se ejerce existiendo un incapaz, aun cuando ese incapaz no sea el verdadero titular inmediato del derecho porque él corresponde a la sociedad conyugal, existe una intervención del ministerio público y no sólo de este último, porque estas facultades corresponderán también al juez del domicilio del matrimonio. Es decir que, en realidad, es el juez quien, de oficio, con denuncia del ministerio público, podría intervenir a los fines de una superior vigilancia. Es muy cierto que conviene considerar con cautela este punto y no despertar un exceso de interés mal entendido, porque podría prestarse a abusivas intromisiones.

El doctor Dassen expresa que no debe olvidarse que el es-

posó, en el caso, es siempre un curador y que, como tal, hasta puede ser removido.

El doctor Spota pregunta si en el caso de que la mujer insana por intermedio del ministerio público solicitare la separación de bienes, sería ésta acordada.

El doctor Lafaille contesta que, en ese caso no, por que el supuesto de la mujer insana no está previsto. Se prevé el del marido o cónyuge que goza de buena salud y que se lo despoja de la administración nombrándose un tercero (arts. 423 y 424).

El doctor Spota insiste en que se considere tal situación porque, como la mujer no puede actuar, ya que es insana, es de preguntarse si el ministerio público podría alegar una mala administración del marido para solicitar la separación de bienes.

El doctor Rey estima que, en esas circunstancias, puede ser removido como curador y, además, se puede pedir la separación de bienes por medio del representante que se designe.

El doctor Lafaille dice que, en la hipótesis planteada por el doctor Spota, se nombrará un representante ad-hoc que deducirá las acciones, pudiéndose llegar hasta la remoción. La única diferencia es que no la puede deducir el marido, pero, de acuerdo con la norma general, cuando hay intereses encontrados, se le nombra representante.

Con las explicaciones dadas, el doctor Spota no insiste sobre la última parte de su proposición, quedando aceptada la primera parte de la misma, en la forma dada por el doctor Lafaille, debiendo el primero proponer la redacción consiguiente.

PUNTO 2° — Se acepta sin discusión la indicación del doctor Rayces, resolviéndose agregar, al final de la primera parte del art. 553, lo siguiente: "... sin perjuicio de lo prescripto por el art. 523".

PUNTO 3° — El doctor Lafaille señala que en el art. 55 se habla de que el juez puede, en el momento de dictar sentencia, en cierta manera, crear una atenuación a la incapacidad; pero si se interpreta de una manera restrictiva dicho artículo, parecería que sólo fuese posible en ese preciso instante y no más tarde. Una exégesis sana conduciría a lo contrario, pero es mejor prevenir. Propone, en consecuencia, que

Tutela a cargo del curador Niños asilados. Primacía a los establecimientos que los tienen a su cargo. (Art. 653).

Epoca ulterior a la sentencia. Extensión de la norma del artículo 55. (Art. 555).

se agregue un apartado que diga: "Igual medida podrá ser adoptada con ulterioridad a la sentencia, dándole intervención del caso al curador", apartado que le parece mejor incluir en el art. 55, en vez del 555. Esta moción obedece a que puede ocurrir que haya habido omisión en la sentencia o un cambio de salud en el enfermo que, sin significar una mejoría definitiva, autorizare esta medida. Ahora, la pregunta que se presenta es si en esos supuestos será necesaria la intervención de los facultativos. Por su parte, no la recomienda; en todo caso, el juez tendrá derecho, si considera que es mejor, a ordenarlo.

Se acepta el apartado propuesto, en esta forma: "Igual medida podrá adoptarse con ulterioridad a la sentencia", debiéndose agregar al art. 55.

Condenados en materia penal. (Art. 556).

PUNTO 4° — El doctor Spota indica que le parece útil que se considere el problema que crea la interdicción o inhabilitación civil del penado. Al respecto, observa que en el Código Civil peruano (arts. 587 a 589) se fijan reglas tendientes a asegurar el patrimonio del mismo imponiendo al fiscal la obligación de pedir, ante una sentencia que lleve consigo la "interdicción civil", el nombramiento de curador, solicitud que también podrán formular el cónyuge y parientes del "interdicto". Además, se prevé que el curador deberá cuidar de la persona y bienes de los menores o incapaces que se hallaren bajo la autoridad del "interdicto" hasta que se les provea de otro tutor o curador. Se presenta, pues, una serie de problemas que convendría analizar y que, entre nosotros, han preocupado a la más reciente doctrina.

El doctor Saravia expresa que existe, como cuestión previa, un punto central a resolver: si en el Código Civil corresponde legislar sobre incapacidad civil de los penados, porque en el vigente, así como en los de otros países, salvo el mencionado por el doctor Spota, no se dice nada al respecto. Orgáz sostiene, en una tesis interesante, que, como esta incapacidad se funda en el hecho de la privación de la libertad y no es una accesoria de la pena, en realidad, debería legislarse dentro del Código Civil. Si la Sección entendiese que así debe ser, propondría más bien que se hiciera un proyecto en base de una correlación de los preceptos vinculados. Indudablemente, habría que fijar en la ley el *mínimum* de las penas privativas

de la libertad que determinan esta incapacidad. Sería necesario legislar el funcionamiento, la organización de esta curatela, la situación de estos incapaces en materia de tutela de bienes y la administración de éstos últimos; es decir, que sería menester una reglamentación con visión de conjunto. Es interesante la indicación del doctor Spota porque, en presencia de este problema concreto, cualquiera sea la solución adoptada, sería necesario concordar las soluciones del Proyecto. Se debe, repite, resolver ese punto principal, porque sería interesante que el Proyecto contuviera una solución especial sobre esta materia de la incapacidad de los penados, que podría ser la última palabra en legislación comparada.

El doctor Lafaille considera que podría partirse de la base de una disposición del Código Penal, cuando la hubiere, o si no de la situación que, como dice el doctor Saravia, existe en la realidad. Por de pronto, merece examinarse si dentro de la ley que nos rige, el Código Penal de 1922, hay propiamente tal incapacidad de los penados o bien únicamente, imposibilidad de hecho.

El doctor Saravia insiste en que sería interesante que se hiciera un anteproyecto en esta materia, sea en base de una sistematización de los preceptos atinentes, sea concordando las distintas normas del Proyecto que se refieran a la misma. En la parte relativa a patria potestad existen disposiciones vinculadas a esta cuestión. Lo mismo en la tutela: así el art. 525, inc. 9°, cita, entre quienes no pueden ser tutores, a los condenados a reclusión o prisión por más de tres años. Entre otros problemas interesantes, vinculados a esta materia, se encuentra el del sujeto que goza de libertad condicional. Parece acertado, por razones morales, no permitirle que sea tutor, pero ¿debe mantenerse la misma norma en materia de administración de sus bienes? Como se ve, es interesante esta moción, porque permitirá hacer una revisión general de todos los preceptos que se vinculan a ella.

Se posterga la moción del doctor Spota, contenida en el punto 4° del Orden del Día. El doctor Saravia, teniendo debidamente en cuenta el art. 41 del proyecto de Código Penal Coll-Gómez, informará en una sesión próxima.

PUNTO 5°— Se acepta la moción del doctor Spota de suprimir el art. 557 del proyecto, por innecesario.

Herederos no domiciliados en el país.
(Art. 557).

Actos que requieren autorización judicial. Carácter de la enumeración. (Art. 561).

PUNTO 6° — El doctor Spota dice que, por el art. 43, inc. 2°, cesa la incapacidad de los menores que, habiendo cumplido diez y ocho años y de acuerdo con el padre o la madre, soliciten ese beneficio. Ahora, el art. 498 del título de la patria potestad, establece la presunción de que los hijos que ejerzan empleo público, profesión o industria, están autorizados por los padres para ello, creándose, así, una presunción que rige con relación a los terceros. Quiere decir que los hijos menores que no han contraído matrimonio tienen capacidad bastante amplia, como se desprende de la lectura de este último artículo. ¿No sería conveniente que, tratándose del menor que ha contraído matrimonio, la ley por el solo hecho del matrimonio lo autorizara a ejercer esas actividades? Cree que tratándose de un matrimonio, es menester que el esposo que ha formado un nuevo hogar, tenga las facultades necesarias para desenvolverse en la vida, facultades que, sin duda, le serán más indispensables que al menor que continúa bajo la patria potestad. Si bien es cierto que éste último actúa bajo la vigilancia del padre, no se debe desconocer o cerrar los ojos a la situación del nuevo hogar que se constituye. Parece, pues, conveniente extender a dichos menores las facultades del art. 498.

El doctor Lafaille observa que el art. 43, inc. 2°, no está en contradicción con los arts. 560 y 561, porque a ellos se refiere expresamente el inciso. En cualquiera de los dos supuestos de emancipación que prevé el art. 43, se aplican los arts. 560 y 561 tanto para el caso de originarse por el matrimonio como para el de emancipación a solicitud de los padres o tutores. Repite que no hay un problema de autonomía; lo que puede haber es uno de modificación del Proyecto, en las normas citadas.

El doctor Saravia estima que el art. 498 se refiere a un caso especial, una autorización especial, que contempla una situación también especial: cuando el hijo desempeñar un empleo público, profesión o industria. De manera que, si el hijo, al casarse o en la otra hipótesis del art. 43, estuviere en situación, regiría de pleno derecho este artículo. Si no, el problema estaría, más bien, en entrar a revisar los arts. 560 y 561 para ver si se le dan las facultades que debiera tener.

El doctor Lafaille puntualiza que aquí se presenta una situación de capacidad que es la del menor emancipado por

matrimonio o a solicitud de los padres. En ambos supuestos ha cesado, en efecto, la incapacidad del menor, y dice el proyecto expresamente, que en el caso del art. 498 se presume la autorización del padre para realizar determinados actos. Si hubiera acuerdo, piensa, que no hay inconveniente, cuando se trata del menor emancipado, que ejerza empleo público, profesión o industria; además de las facultades que ya se le dan, debía reconocérsele esta otra o sea la que emerge del citado artículo.

El doctor Spota observa que el art. 561 establece en contra de los menores emancipados por subsiguiente matrimonio, ciertas prohibiciones. Por ejemplo, no pueden contraer deudas superiores a mil pesos. ¿Quiere decir que, si el menor tiene un negocio o industria y necesita contraer una deuda que exceda de esa cantidad, debe pedir autorización al juez?

El doctor Lafaille contesta que, en ese supuesto, en realidad, no necesita la autorización judicial, porque ya tiene la de su padre, pues, por el art. 498, ella se presume. Si luego de haberse emancipado crea una industria, sería el caso único que se podría considerar. Por su parte, no ve inconveniente en que se agregue un apartado que diga más o menos: “El ejercicio de los actos comprendidos en el art. 498, sea con anterioridad o ulterioridad a la emancipación, estará autorizado para esta clase de menores”.

Se acepta la moción del doctor Spota en la forma indicada por el doctor Lafaille.

PUNTO 7° — De acuerdo con la moción del doctor Rayces se modifica el final del primer apartado del art. 562 en la siguiente forma: “... atender a la salud, seguridad, educación moral e intelectual de los incapaces, así como a los intereses de los mismos”.

PUNTO 8° — El doctor Spota expresa que en el art. 206 se establece que los actos nulos no son susceptibles de confirmación, salvo cuando fueren ejecutados por incapaces que procedan con discernimiento o en el caso del art. 203, inc. 6°. Entonces, se solucionaría el problema, al prever en el art. 206 el supuesto del art. 563, agregándole: “... si fuere manifiestamente ventajoso para el menor”.

El doctor Lafaille también se inclina a que la facultad se prevea en el artículo. Es decir: “salvo cuando fueren... o en

Razones de la superintendencia del juez. (Art. 562).

Confirmación por el Ministerio Público. (Art. 563).

el caso previsto en el art. 563, cuando fuere de manifiesta ventaja para el incapaz''.

Se acepta la moción del doctor Dassen en la forma indicada precedentemente por los doctores Spota y Lafaille.

Acciones no realizadas por los tutores.
(Art. 564).

PUNTO 9°— El doctor Spota indica que su moción tiende a que se coloque en un mismo pie de igualdad la acción de responsabilidad contra los representantes de los incapaces con la facultad y deber que prevé el art. 564, cuando determina que el Ministerio Público podrá promover las acciones que dejen de ejercer dichos representantes. Así, se ha establecido por esta Sección que existe responsabilidad para los parientes que no hubieren promovido la representación del menor o incapaz y, por ende, el nombramiento de tutor o curador. Como en todos estos casos el incapaz se encuentra indefenso, es de preguntarse si el Ministerio Público tiene personería para deducir acciones de responsabilidad. En ese supuesto, como en las hipótesis de mal desempeño de los representantes de los incapaces debería el Ministerio Público tener personería para iniciar acciones de responsabilidad. Trae a colación las minuciosas normas que, para materias semejantes, prevén códigos extranjeros y en especial el suizo.

El doctor Lafaille expresa que en esos códigos se establece una organización pupilar más complicada. Opina que todo lo que sea convertir el Ministerio Público de un organismo de contralor en un elemento que proceda junto con los representantes, le parece peligroso.

El doctor Rey considera que el art. 564 da amplias facultades al Ministerio Público para deducir las acciones que los incapaces hubieren dejado de promover. De modo que el supuesto en cuestión estaría contemplado.

El doctor Lafaille observa que se han planteado dos cuestiones: 1° si el Ministerio Público tiene derecho a promover las acciones que los tutores dejaron de instaurar; y 2° si pueden iniciar demandas por responsabilidad. Lo mejor es designar tutores especiales para que las promuevan cuando haya lugar. No parece conveniente que el Ministerio Público tenga funciones independientes de las que corresponden a los representantes y que no sean las de contralor.

El doctor Spota expresa que aceptaría que el Ministerio Público pudiera promover la designación del representante,

si el incapaz no lo tuviere, para deducir las acciones contra los que hubieren estado en la tutela o curatela.

El doctor Saravia entiende que de los arts. 542 y 544 surge eso. El primero de ellos establece que la rendición de cuentas, después de terminada la tutela, se hará a quien represente al pupilo. Y el art. 544 determina que el menor o su representante contra el tutor que no dé cuenta justificada de su administración o fuese convicto de dolo o culpa, tendrá derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio sufrido. De manera que eso supone la posibilidad del ejercicio de una acción para hacer efectiva la responsabilidad.

El doctor Spota, ante las consideraciones expuestas, no insiste en su moción.

PUNTO 10° — El doctor Spota dice que la observación que encierra su ponencia, fué presentada con motivo de la norma que regla el examen de las cuentas del tutor (art. 541). Propone que el juez tuviera facultad para recabar informes de parientes antes de expedirse y se contestó que ello estaba implícito en el art. 565, desde el momento que el Ministerio Público puede recabar los informes necesarios. ¿Va de suyo que ésto puede ejercerlo el juez? ¿Por qué no generalizar el art. 565?

El doctor Lafaille expresa que en el art. 562 ya se dice que el patronato del Estado será ejercido por los jueces. Entonces, ¿cómo no podrá llamar a los parientes, tutores, etc., para solicitar los informes necesarios? El inconveniente que le encuentra a generalizar es de técnica, de ordenación. Se ha dicho, en el art. 562, que son facultades privativas del juez del domicilio y en el art. 565 se habla de las facultades del Ministerio Público. De ese modo, se confundirían ambas.

En esa inteligencia, el doctor Spota no insiste.

PUNTO 11° — El doctor Dassen considera que conviene armonizar el art. 566 con el hecho de que existe una familia natural contemplada por la ley.

De acuerdo con la proposición del doctor Dassen, se modifica el inc. 1° del art. 566 en esta forma: “cuando el padre o la madre lo hubieren dispuesto”.

PUNTO 12° — El doctor Spota expresa que su moción es, más bien, de carácter ampliatorio. El art. 566 se refiere a la institución del consejo de familia, cuando la madre o el padre

Facultades del Ministerio Público. Su ejercicio por el juez. (Art. 565).

Redacción. (Art. 566, inc. 1°).

Consejo de familia. Ampliación de las facultades del juez. (Art. 566, inc. 2°).

lo hubieren dispuesto o cuando el juez lo ordenare respecto de administraciones complicadas o que exijan conocimientos especiales. Ahora es de preguntarse si no sería conveniente dar, en el inc. 2º, facultades al juez para que instituya dicho consejo, cuando se tratare de defender los intereses y la persona del incapaz. Como el consejo de familia sólo tendrá un voto consultivo y como se trata de una mera facultad del juez, y siendo implícito —por lo que se dijo hace unos instantes—, en las facultades del juez el llamar a los parientes a fin de oírlos en cuanto a la conducta a seguir, no parece que sea peligroso ampliar ese inciso. Es notorio que falta prever el supuesto de que la educación y los intereses morales del menor hagan necesaria la institución del consejo de familia.

El doctor Lafaille considera que los intereses morales ya están protegidos por el art. 562. No parece necesario que se instituya un consejo; bastaría que consultase y conversase al respecto a los parientes, pero sin llegar a tanto, a la creación de un rodaje en el mecanismo. Supóngase que un buen día se pretendiera instituirle al padre un consejo de familia, basado en esa supervisión que se le confiere al juez.

El doctor Dassen expresa que creía que el consejo de familia sólo era compatible con la tutela y curatela y no con la patria potestad. Entonces, sólo acepta esta moción con respecto a la tutela o curatela.

Los doctores Saravia y Lafaille adhieren a este punto de vista. El doctor Spota vota por el mantenimiento del art. 566, con la ampliación que propone. Se acepta modificar el art. 566 así: “Podrá instituirse en las tutelas y curatelas un consejo de familia para los siguientes casos: ... 2º Cuando el juez lo ordenase en ejercicio de las facultades del art. 562”.

Pequeña adopción o
afiliación.

PUNTO 13º — Se resuelve ubicar, por ahora, este título nuevo después del de la adopción. Se suspende la consideración del proyecto y se acuerda distribuir entre los miembros de la Sección copia de lo resuelto al tratarse el título de la adopción.

Rendición de cuentas
anual. Exención
para el con-
yuge curador. (Art.
552).

A continuación se pasa a preparar el Orden del Día para la sesión siguiente.

PUNTO 1º — Consideración de la redacción propuesta por el doctor Spota, de conformidad con lo resuelto en la sesión anterior al examinar el punto 1º. Se propone establecer, como parte

del capítulo III, tít. II, sec. I, lib. III, (Administración de la sociedad conyugal), un párrafo 3º intitulado: *De la administración en caso de curatela de uno o ambos esposos*:

Art. 1º ... (el art. 423, modificado por la Sección).

Art. 2º ... (el art. 424, modificado por la Sección).

Art. 3º ... El esposo designado curador tendrá las facultades inherentes a la administración de la sociedad conyugal, pero sólo le corresponderá las que atañen al tutor:

1º) Si el marido fuere el curador respecto de los bienes propios de la mujer, *de los gananciales adquiridos con los frutos de los mismos* y de los demás bienes enunciados en el art. 425.

2º) Si la mujer fuere la curadora, respecto de los bienes propios del marido, de los adquiridos con los frutos de éstos y de los provenientes de su profesión lucrativa, comercio e industria.

PUNTO 2º — (El 13º del anterior. Ver pág. 640).

A los fines de considerar el punto 2º, se insertan las proposiciones aprobadas en materia de adopción:

1º) La adopción requiere la intervención del Juez de lo Civil del domicilio del adoptante.

2º) No se requerirá la conformidad del otro cónyuge, prescripta en el art. 476, si éste se encontrara, en razón de su incapacidad o ausencia declarada, imposibilitado para prestarla.

3º) Los sujetos a interdicción no pueden ser adoptados, suprimiéndose la palabra “curador” del art. 477, 2º parte.

4º) Respecto de la conformidad de los padres del adoptado, si éstos se hallaran divorciados, se aplicará lo dispuesto en el art. 476 modificado.

5º) El menor a adoptar debe ser oído si tiene más de catorce años y se requerirá su conformidad si cumplió los diez y ocho años.

6º) La disolución del vínculo de la adopción puede verificarse a pedido del Ministerio Público fundado en motivos derivados de las buenas costumbres.

7º) El auto aprobatorio de la adopción, como la disolución de la misma debe inscribirse en el Registro.

8º) El adoptante debe levantar inventario, a su costa, tra-

Pequeña adopción
afiliación.

tándose del incapaz. El incumplimiento de este deber hace perder al adoptante la administración de los bienes del adoptado.

- 9º) El adoptado asume el apellido del adoptante, agregándolo al que le corresponde por derecho de familia. Sólo podrá autorizarse la sustitución del apellido del adoptado por el adoptante, cuando el primero no corresponda por derecho de familia.
- 10.) No corresponde al adoptante derechos sucesorios con relación al adoptado; pero sí a este último con respecto al primero.
- 11.) Se suprime el inc. 1º del art. 480.
- 12.) El vínculo de la adopción se disuelve, si el adoptado durante su minoridad lo solicitare al año de haber adquirido la capacidad, fundado en justas causas aceptadas por el Juez (modifícase el art. 480, inc. 2º).
- 13.) Se aplican respecto del adoptante, las sanciones que corresponden a los padres por pérdida de la patria potestad.
- 14.) La obligación alimentaria sólo existe entre adoptante y adoptado.
- 15.) La adopción se disuelve por el matrimonio entre adoptante y adoptado, pero existe impedimento matrimonial entre uno y otro, de carácter meramente prohibitivo, entre los ascendientes y descendientes del adoptado y adoptante y entre éstos y aquéllos. La votación acerca de si hay impedimentos queda empatada.
- 16.) La patria potestad se pierde, cuando, ejerciéndola la esposa, el marido adoptase al hijo de la misma.
- 17.) La adopción sólo puede verificarse si existen justos motivos y si presentan ventaja para el adoptado.
- 18.) La adopción produce efectos entre las partes desde el momento de la homologación judicial y puede ser opuesta a los terceros después de la adopción en el Registro.
- 19.) La muerte del adoptante con anterioridad a la homologación no impedirá que ésta sea decretada en favor del adoptado y se considera como ocurrida en vida de aquél. En tal caso, los herederos del adoptante podrán

presentar ante el Juez observaciones tendientes a demostrar la inadmisibilidad de la adopción.

- 20.) Mientras la homologación no haya sido pronunciada por el Juez, tanto el adoptante como el adoptado pueden revocar su consentimiento.
- 21.) En caso de muerte del adoptante y antes de la aprobación judicial de la adopción, los herederos del adoptante podrán presentar ante el Juez memorias u observaciones para oponerse a ella.
- 22.) Para autorizar adopciones sucesivas se requieren motivos fundados que hará constar el Juez en su resolución.

REUNION N° 94

—Bucnos Aires, veintidós de noviembre de mil novecientos treinta y nueve.

PRESENTE: Doctores Héctor Lafaille (presidente), Alberto G. Spota (secretario), Julio Dassen y Alejandro Rayces.

ORDEN DEL DIA

PUNTO 1° — El doctor Spota expresa que ya se habían resuelto los puntos básicos que comprendería la norma relativa a la situación del cónyuge curador. Por ello propone que se considere la redacción que ha dado a un nuevo artículo a preverse, así como el método propiciado de agrupar en un párrafo todo lo atinente a esta materia.

El doctor Lafaille considera que, en el art. 3° propuesto, debería hacerse referencia a “los frutos de los mismos y de los bienes adquiridos con éstos”. De ahí que podría quedar redactado el inciso del artículo en la siguiente forma: “Si el marido fuere el curador, respecto de los bienes propios de la mujer, de los frutos de los mismos y de los gananciales adquiridos con ellos, como también de todos los demás enumerados en el artículo 425”.

Se aprueba la redacción transcrita.

El doctor Lafaille indica respecto del inciso 2°, que al

Rendición de cuentas anual. Exención para el cónyuge curador. (Art. 552).

determinar las facultades de la mujer curadora, se establece una individualización de los bienes que no se presentaba en el caso anterior.

El doctor Rayces considera que quizá se podría salvar la dificultad, si se dijera que se refiere solamente a los que se encuentren individualizados.

El doctor Lafaille manifiesta que el marido, que es el más apto, tendría menos facultades para administrar. Nos exponemos a que se haga lírica la cláusula respecto del esposo y le daríamos una protección desmedida a la mujer.

El doctor Spota se inclina a que se establezca la cláusula en términos amplios. Prácticamente, las facultades de la mujer van a estar limitadas a las de la curadora en la mayoría de los casos. El contralor judicial en ese aspecto de la administración de la mujer no está de más, porque, hoy por hoy, hablando en términos generales, esta última no tiene la experiencia del marido.

El doctor Lafaille concuerda con lo dicho por el doctor Spota, pero sin establecer lo relativo a la individualización.

El doctor Rayces, también, estima que no es necesario que se individualice, porque resultaría evidente que la mujer en ningún caso podría llegar a tener la administración amplia, sino la administración de la curadora.

En definitiva se acepta este punto de vista. En consecuencia, queda así redactado el art. 3º: “El esposo designado curador tiene las facultades inherentes a la administración de la sociedad conyugal, pero sólo le corresponderán las facultades que atañen al curador:

- 1º— Si el marido fuere el curador, respecto de los bienes propios de la mujer, de los frutos de los mismos y de los gananciales adquiridos con ellos, como también de todos los enumerados en el art. 425.
- 2º— Si la mujer fuere la curadora, respecto de los bienes propios del marido, de los frutos de los mismos y de los gananciales adquiridos con ellos, como también de los provenientes de su profesión lucrativa, comercio o industria”.

Pequeña adopción o
afiliación.

PUNTO 2º— El doctor Lafaille recuerda que se había conversado sobre la conveniencia de denominar al nuevo título —que se ubicará después de la adopción— con los tér-

minos: “De la afiliación”. Así lo propone y resulta aprobado.

Se pasa a considerar cada uno de los preceptos contenidos en la presente moción.

ARTÍCULO 1º — “Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, las disposiciones del presente Título se aplican a los menores de diez y ocho años que se encuentren en alguna de las siguientes condiciones:

- a) ser hijo de padres desconocidos;
- b) haber sido reconocido solamente por la madre y que ésta se encuentre imposibilitada de proveer a su asistencia y educación;
- c) estar recogido, para su mantenimiento, educación o reforma, en un establecimiento de beneficencia; y
- d) encontrarse en estado de abandono material o moral”.

El doctor Rayes expresa que le llama la atención el inciso que se refiere a la madre. ¿Por qué tiene que perder la patria potestad la madre que no tiene recursos?

El doctor Spota indica que el Proyecto se inspira en la idea de protección al menor. La madre que no está en condiciones de darle asistencia, no puede oponerse a que lo hagan otros, funcionando las normas tuitivas de la afiliación.

El doctor Lafaille dice que el supuesto del padre natural imposibilitado para prestar al menor educación y cuidado, puede entrar en uno de estos dos incisos: en el que se refiere al abandono o en el de la colocación en un instituto de beneficencia. Por ello propone suprimir el inc. b).

El doctor Spota observa que el niño puede estar abandonado inculpablemente por la madre natural que lo reconoció. Conviene prever, pues, esa hipótesis, en el sentido de que la sociedad tiene derecho a protegerlo a pesar del abandono no culpable, porque, considerado objetivamente, ese abandono no deja de ser tal, porque no haya culpa de la madre natural evitándose así causas de perturbación en su cuerpo social.

El doctor Lafaille estima que ese supuesto puede estar incluido en el inc. d). El abandono no tiene que ver con la culpa. Cree que con los incs. a), c) y d), se contemplarían

todos los casos. Pero, sin establecer que implica la pérdida de la patria potestad.

Se aprueba el art. 1º, con la supresión del inc. d).

ARTÍCULO 2º — “El establecimiento a cuyo cargo esté el amparo del menor, puede confiar la asistencia y educación del mismo a una persona que goce de buena fama, la cual, transcurridos tres años desde la fecha en que lo recogió, puede pedir al juez de la tutela la afiliación del citado menor. El mismo derecho se acuerda a la persona que ha tenido directamente a su cargo el cuidado del menor durante el citado plazo de tres años sin intervención de establecimiento alguno. Si el solicitante es casado, necesitará el consentimiento del otro cónyuge, y para los casos de interdicción o ausencia de este último, se estará a lo dispuesto en el art. 476, párrafo 2º (artículo y párrafo de nuestra Sección). No podrán solicitar la afiliación de un menor, las personas que no puedan ser tutores, conforme con lo que establece el art. 525”.

Se aprueba sin observación.

ARTÍCULO 3º — “Antes de acceder al pedido a que se refiere el artículo anterior, el juez deberá informarse acerca de las condiciones económicas, morales y familiares del solicitante; del tratamiento que en su caso ha dado al menor y las condiciones físicas, morales e intelectuales de este último. Debe también oír al establecimiento en que el menor hubiese estado recogido, a los parientes próximos del mismo, al Ministerio Público, y al propio menor cuando esté en condiciones de manifestar su voluntad. De la resolución que acuerda la afiliación se tomará nota marginal en el acta de nacimiento del menor”.

El doctor Dassen pregunta: ¿Los padres que no pueden cuidar a sus hijos y los llevan a una sociedad de beneficencia, qué derecho tienen para oponerse a que la sociedad delegue el cuidado del menor? Agrega que se puede estar conforme en que quede bajo la tutela de la sociedad, pero no que se lo afilie a otra familia.

El doctor Lafaille estima que una vez que los padres entreguen un niño a esas entidades públicas autorizadas, dejan de tener derechos sobre ellos.

El doctor Rayces formula consideraciones generales sobre el Proyecto diciendo que el mismo revela todo el cuidado

que ha dedicado el doctor Spota a la protección de los menores. Pero no cree que constituya una innovación, porque todo eso está sucediendo en la actualidad sin que exista reglamentación especial. La única innovación o novedad consiste en conferir al afiliante los derechos de la patria potestad, en lugar de los de la tutela.

El doctor Lafaille entiende que, de todas maneras, no está de más que se reglamente esa situación,

El doctor Rayces continúa expresando que así, entra un niño a la Sociedad de Beneficencia, quedando bajo la tutela de esta Institución según la ley 10.903. La Sociedad, más tarde, confía el niño a un guardador, sin perjuicio de que continúe gravitando sobre ella toda la responsabilidad. Ha pasado un tiempo, y el guardador, que le ha cobrado cariño a la criatura, pide la incorporación de su apellido al del niño, y los jueces lo consienten, oyendo previamente a la Sociedad. Si el niño ha sido reconocido, el apellido del afiliante se agrega al del padre que lo reconoció; si no ha sido reconocido, usará el apellido del afiliante o, mejor dicho, guardador, exclusivamente. Y si el guardador desea la tutela, también puede obtenerla, con la conformidad de la Sociedad, si ello es beneficioso para el menor”.

El doctor Lafaille anota una diferencia: en la afiliación, al afiliante le corresponde el ejercicio de la patria potestad sobre el afiliado, aunque con restricciones.

El doctor Spota repara, además, que el vínculo es más íntimo, desde que se trata de un vínculo de derecho de familia, o, para emplear los términos de Butera (“Il codice civile italiano commentato”, Turín, 1939, pág. 482), “es la fórmula más lánguida y descolorida del parentesco”.

Se aprueba el art. 3°.

ARTÍCULO 4° — “El cónyuge del afiliante, cumpliendo los mismos requisitos, podrá solicitar también la afiliación. Esta atribuye al afiliante los poderes inherentes a la patria potestad, cuyo ejercicio corresponderá al marido en caso de que el menor sea afiliado a un matrimonio. El menor llevará el apellido del afiliante, y si se tratara de un hijo legítimo, o de un hijo reconocido, el apellido del afiliante puede ser agregado al del menor. El afiliante, al hacerse cargo de los bienes

del afiliado, lo hará bajo inventario y no gozará del derecho de usufructo de los mismos”.

El doctor Lafaille entiende que no se debería afiliar, si no están los dos esposos de común acuerdo.

El doctor Spota pregunta: ¿Y en el caso de una mujer soltera o viuda que después contrae matrimonio?

El doctor Lafaille considera que no basta la conformidad, sino que tendría que ser afiliado por ambos. Y si hay divergencia mejor que no lo afilie ninguno. Debe armonizarse respecto de las disposiciones que rigen la adopción en el sentido de que debe ser conjunta de ambos cónyuges. Y que se agregue también, dentro de ese mismo orden de ideas, el caso de que habiendo sido reconocida la paternidad o la maternidad, pasa la patria potestad al otro cónyuge.

El doctor Spota anota que la afiliación perdura a pesar del matrimonio de la mujer. Se deberá, pues, decidir quién ejerce la patria potestad.

El doctor Lafaille entiende que debe aplicarse la misma regla que rige cuando se trata de hijos de un matrimonio anterior. La mujer conserva la patria potestad.

El doctor Spota observa que se resolvió otra cosa con respecto a la adopción, o sea que pasaba la patria potestad al marido.

El doctor Dassen observa que el marido puede no conocer al niño ni tener los mismos afectos que la madre.

El doctor Lafaille entiende que lo más sensato es dejarle la patria potestad a la mujer. En materia de adopción se asimila ésta al vínculo de la sangre, pero la afiliación es algo más borroso. En cuanto a quiénes debe adoptar o afiliar, mediando matrimonio, no debe haber diferencias; no basta el consentimiento, sino la adopción o la afiliación conjunta.

Se deja constancia de ello, rigiendo tanto para la afiliación como para la adopción.

Queda así, modificado el art. 4°.

ARTÍCULO 5° — “El vínculo de la afiliación quedará disuelto en los casos previstos en el art. 480” (artículo de la Sección).

Se aprueba sin observación.

ARTÍCULO 6° — “El Juez, mediante petición de los interesados, y también de oficio, declarará extinguida la afiliación,

cuando el padre del menor que hubiese incurrido en la pérdida de la patria potestad o hubiese sido suspendido en su ejercicio, es reintegrado en los derechos inherentes a la misma. En los casos de legitimación o reconocimiento del menor, en interés de éste, el Juez resolverá si continúa la afiliación o si confiere al padre el ejercicio de la patria potestad, y en este último caso queda extinguida la afiliación. Si la afiliación continúa, el afiliado que adoptó el apellido del afiliante no puede usar el de su padre”.

El doctor Rayces entiende que el afiliado debe poder usar el apellido del padre.

El doctor Lafaille considera que la afiliación nunca puede estar por encima del derecho de familia.

El doctor Dassen estima que no se puede establecer la obligación de no usar el apellido del padre.

El doctor Lafaille añade que en ningún caso se puede alterar el estado civil de las personas. El hijo legitimado es el hijo, esté afiliado o no. El apellido y el ejercicio de la patria potestad son puntos independientes de la afiliación. El ejercicio de la patria potestad puede perderse por diversas causas, pero no por la afiliación.

El doctor Spota manifiesta que hay un interés que proteger, que es el del afiliado que ha convivido con el afiliante y ha usado su apellido, y no puede ser lógico que luego se vea precisado a alterar el *status* que se creó con su apellido usado durante años por el posterior reconocimiento del padre o de la madre, que pudo haberse efectuado en perjuicio del menor.

El doctor Lafaille expresa que el caso no es tan frecuente; pero si se produce puede haber un cambio de apellido, caso previsto en el régimen del nombre de las personas. Lo que no se puede cambiar es el estado. Se puede establecer que el régimen de la afiliación conduzca a la pérdida de la patria potestad, pero no a ninguna alteración en el estado civil de las personas.

Se acepta el artículo 6°, pero se suprime el último párrafo del mismo.

ARTÍCULO 7° — “En todos los casos de los dos artículos anteriores el Juez oirá a las partes vinculadas por la afiliación, a los padres del menor, al Ministerio Público, y en su caso al

representante del establecimiento en que el menor estuvo amparado. La resolución judicial por la cual concluye la afiliación, se anotará en la forma prevista en la última parte del artículo 3°.

Se aprueba sin observación.

El doctor Lafaille estima que habría que agregar un artículo que dijera que la afiliación no crea parentesco ni produce sus efectos jurídicos.

El doctor Spota considera que debería dejarse en salvo el derecho del afiliante a los alimentos, por lo menos, los estrictamente necesarios, ya que hay un parentesco en embrión.

El doctor Lafaille manifiesta que las obligaciones del afiliante derivan de los deberes de la patria potestad. Pero el afiliado no tiene obligaciones respecto del afiliante, sin perjuicio de los deberes de conciencia.

El doctor Spota pregunta: Si llega un día en que el afiliante esté en necesidad, ¿por qué no podría tener acción de alimentos?

El doctor Rayces estima que si quería fortificar el vínculo lo hubiera adoptado.

El doctor Lafaille expresa que la afiliación es una relación de beneficencia y la caracteriza el desinterés del afiliante. Sólo tiene el deseo de proteger a un desvalido y no se le acuerda ninguna retribución, ni aspira a ella.

El doctor Spota estima que habría que preguntarse que peligro podría haber en darle esa acción de alimentos, en caso de necesidad.

El doctor Lafaille indica que, en ese caso, habría casi un parentesco y entiende que debe dejarse constancia que la afiliación no produce parentesco ni crea derechos.

El doctor Spota dice que el legislador debe propender a que el menor arraigue en la familia del afiliante.

El doctor Lafaille contesta que, en ese caso, lo pueden adoptar, como decía el doctor Rayces.

El doctor Spota observa que, a veces, eso no es posible, por faltar las condiciones legales, v. gr., si en la familia del afiliante existen hijos, en cuyo caso la adopción no procede.

El doctor Lafaille considera que, en ese supuesto, deben atenerse a lo dispuesto para afiliación. Todo lo que se refiere

al valor moral, el Proyecto lo ha tenido en cuenta. Es un régimen inestable que debe conducir casi siempre a la adopción.

El doctor Rayces opina como el doctor Lafaille, agregando que todos los guardadores a que se ha referido tienden a la adopción.

El doctor Lafaille repara, además, que así se evitarán los impedimentos matrimoniales; podría casarse el afiliado con un hijo o hija del matrimonio afiliante. Por eso, sostiene que se debe incluir un artículo que establezca que la afiliación no produce parentesco, ni crea ninguna de sus consecuencias jurídicas.

El doctor Rayces así lo considera.

El doctor Spota entiende que, a lo sumo, se podría decir que no crea derechos, con excepción de los naturales; pero que siempre hay un vínculo de familia, más o menos tenue, entre afiliado y afiliante.

El doctor Lafaille expresa que la afiliación no puede producir sino los efectos que se establecen en el Proyecto. Es partidario de la protección del menor, pero no al punto de que sirva de ataque a la familia legítima. Propone la siguiente redacción para el nuevo artículo:

“Los efectos jurídicos de la afiliación son de carácter restrictivo y limitados a los previstos en este Capítulo”.

Se aprueba el artículo propuesto.

INDICE ANALITICO

- ACEPTACION DE HERENCIA.
Véase: Patria potestad. Actos prohibidos.
- ACTA DE MATRIMONIO. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Prueba.
- Firma. Impresión digital. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Diligencias previas.
- ACTOS JURIDICOS. MUJER CASADA. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Derechos y obligaciones de los esposos. Ejercicio de profesiones, industrias, etc.
- ADOPCION. DE LA.
- Adopciones sucesivas, 402, 437, 450, 461, 462, 464.
- Adoptante; fallecimiento; homologación judicial, 460.
- Alimentos; situación del adoptante en orden a sucesiones y alimentos, 385, 399, 407, 417, 434, 436, 446.
- Apellido del adoptado, 382, 385, 399, 407, 417, 433.
- Bienes del adoptado; usufructo por el adoptante, 383, 408, 417, 436, 449, 457.
- Caducidad; inscripción en registro, 382, 384, 399, 416, 433.
- Conformidad del menor, 381, 384, 396, 398, 405, 416, 430.
- Consentimiento de ambos esposos, 380, 384, 394, 398, 402, 416, 423, 424.
- Cónyuge; adopción del hijo del otro; patria potestad, 408, 417, 436, 449, 456.
- Cónyuges divorciados; hijos de, Adopción, 395, 398, 404, 416, 427.
- Demente; adopción del, 395, 398, 403.
- Descendientes legítimos del adoptado, 381, 384, 398, 405, 416, 430, 435, 437.
- Disolución del vínculo: 432, 435, 436, 441, 442; causas imputables al adoptante, 381, 384, 399, 416, 432, 444; ingratitud respecto al pariente del adoptante, 382, 385, 399, 417, 436, 446; intervención judicial, 382, 384, 399, 416, 433; limitaciones, 435, 442; motivos derivados de buenas costumbres, 382, 384, 399, 406, 416, 433.
- Edad del adoptante, 401.
- Herederos del adoptante. Derecho de oposición, 415, 418, 437, 450, 460.
- Hijos: de padres divorciados, 395, 398, 404, 416, 427; nacidos fuera de matrimonio, 382.
- Homologación judicial. Fallecimiento del adoptante, 460.
- Impedimentos en materia de matrimonio, 406.
- Impuesto a la herencia. Evasión, 429.

- Incapaz. Adopción de. Consentimiento del representante legal. 380, 384, 395, 398, 416.
- Inscripción, 460.
- Interdicto. Adopción de, 425; adopción por, 425.
- Intervención judicial. 380, 384, 391, 409, 410, 414, 417, 437, 450, 459.
- Inventario a cargo del adoptante. 382, 384, 399, 406, 416, 433.
- Juez competente, 409, 414, 417.
- Liberalidades del adoptado respecto del adoptante. Legítima, 434, 436, 445.
- Límite de edad. Ampliación de la excepción. 417, 436, 449, 454.
- Menores bajo guarda. Intervención de las personas que los acogan, 381, 384, 396, 398, 405, 416, 430.
- Patria potestad. Adopción por un cónyuge del hijo del otro, 408, 417, 436, 449, 456.
- Pequeña adopción, 398, 401, 409, 416, 418, 572, 574, 578, 626, 630, 640, 652, 653, 656.
- Régimen sucesorio. Aspecto fiscal, 437, 450, 460, 466.
- Requisitos: carencia de descendencia legítima, 402, 417, 436, 449, 455; conformidad del menor, 381, 384, 396, 398, 405, 416, 430; consentimiento de ambos esposos, 380, 384, 394, 398, 402, 416, 423, 424; edad del adoptante, 401; justos motivos y ventajas para el adoptado, 383, 385, 399, 417, 436, 446, 450, 459; momento en que deben hallarse reunidos, 411, 415, 418, 459.
- Revocabilidad anterior a la homologación judicial, 414, 415, 418, 460.
- Vínculo de adopción. Impedimento para el matrimonio, 383, 385, 399, 417, 436, 446, 449, 450, 462.
- Véase también: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Impedimentos.
- AFILIACION.** Véase: Adopción. Pequeña adopción.
- ALIMENTOS:** cónyuge culpable. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Disolución de la sociedad conyugal.
- Adopción.
- Filiación. Filiación ilegítima. Hijos adulterinos e incestuosos.
- Matrimonio. Régimen de las personas en el. Divorcio.
- Parentesco y prestación de alimentos.
- ANULABILIDAD DEL MATRIMONIO.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Matrimonios nulos y anulables.
- APELLIDO DEL ADOPTADO.** Véase: Adopción.
- APELLIDO. USO. MUJER CULPABLE.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Divorcio.
- ASTREINTES.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Derechos y obligaciones de los esposos. Exoneración del deber de cohabitar.
- BIENES:** Administrados por la mujer. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Administración de la sociedad conyugal;
- adoptado. Véase: Adopción;
- gananciales. Véase: Matrimonio.

Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal. Principio de la sociedad. Aportes y haber social;

—hijos. Véase: Patria potestad;

—matrimonio. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Disposiciones generales;

—mujer casada. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal;

—propios de la mujer. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Administración de la sociedad conyugal. Administración del marido;

—sociedad conyugal. Enajenación. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Administración de la sociedad conyugal. Administración del marido.

—Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el.

BIGAMIA. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Disolución de la sociedad conyugal.

CAPITULACION Y DONACIONES PRENUPCIALES. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el.

CARGAS DE LA SOCIEDAD. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal.

CODIGO CIVIL. Extensión de la reforma. Consideración. 123, 124.

COMUNIDAD DE BIENES. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Divorcio.

COPROPIEDAD ENTRE PADRES E HIJOS. Véase: Patria potestad.

CONSEJO DE FAMILIA. Véase: Incapaces. Autoridad y vigilancia en lo concerniente a los.

CONTRATACIONES MATRIMONIALES. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Capitulaciones y donaciones prenupciales.

CONVENCIONES MATRIMONIALES OTORGADAS EN EL EXTRANJERO. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Disposiciones generales.

CONVENIOS: nulos. Véase: Tutela. Cuentas de la tutela;

—nulos o anulables. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Capitulaciones y donaciones prenupciales.

CONYUGE: administrador. Facultades. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Disolución de la sociedad conyugal;

—divorciado. Véase: Adopción.

—menor de edad. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Disolución de la sociedad conyugal.

CURADOR EXTRAÑO. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Administración de la sociedad conyugal. Administración del marido.

CURADORES LEGITIMOS. Véase: Curatela. Curatela de los incapaces.

CURATELA DE LA.

CURATELA DE BIENES. De la.

Condenados en materia penal. 622, 629, 640, 646.

Herederos no domiciliados en el país. 622, 629, 640, 647.

CURATELA DE LOS INCAPACES. De la.

Curadores legítimos. Excusación. 619, 628, 638.

Dementes. 618, 628, 631.

- Epoca ulterior a la sentencia. Extensión de la norma del artículo 55, 621, 629, 640, 645.
- Limitación a cónyuges no divorciados, 619, 628, 637.
- Parientes naturales, 618, 628, 634.
- Rendición de cuentas anual. Exención para el cónyuge curador, 619, 629, 638, 639, 641, 652, 655.
- Sentencia. Epoca ulterior. Extensión de la norma del artículo 55, 621, 629, 640, 645.
- Sordomudos. Obligación de educarlos, etc., 618, 621.
- Tutela a cargo del curador. Niños asilados. Primacia a los establecimientos que los tienen a su cargo, 620, 629, 639, 645.
- Véase: Tutela. Disposiciones generales.
- DELITO GRAVE.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Divorcio.
- DELITOS POLITICOS.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Divorcio.
- DEMENTE.** Véase: adopción.
- Véase: Curatela. Curatela de los incapaces.
- DERECHOS REALES. TRANSFERENCIA.** Véase: Patria potestad; derechos reales.
- DIVORCIO.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el.
- Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Impedimentos.
- DOMICILIO CONYUGAL.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Disposiciones generales.
- DONACIONES.** Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Capitulaciones y donaciones prenupciales;
- de uso o conveniencia. Véase: Patria potestad.
- DOTÉ.** Véase: Patria potestad.
- ENFERMEDADES TRANSMISIBLES.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Impedimentos.
- Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Matrimonios nulos y anulables. Profilaxis. Leyes de.
- ESPOSA SEPARADA DE HECHO.** Véase: Parentesco y prestación de alimentos.
- ESPOSOS DEMANDADOS. DEFENSA. GASTOS.** Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal. Cargas.
- ESTERILIDAD.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Matrimonios nulos y anulables.
- FALLECIMIENTO O MUERTE PRESUNTA DE UNO DE LOS CONYUGES.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Disolución del matrimonio.
- FALLIDO.** Véase: Tutela. Disposiciones generales.
- FILIACION. DE LA.**
- FILIACIÓN ILEGÍTIMA.** De la. *Hijos adulterinos e incestuosos.* De los. Alimentos, 372.
- Extensión de la norma del artículo 473 a los hijos naturales, 354, 358.
- Oposición de la filiación adulterina, 360, 361, 372, 379.
- Prestación alimentaria, 372.

Reconocimiento. Filiación resultante de una sentencia. 378, 383, 391.

Reconocimiento voluntario de los padres. Reconocimiento expreso, 360, 361, 370.

Hijos naturales. De los.

Concepto. En relación a la madre, 359, 360, 361.

Hijo premuerto. Reconocimiento, 360, 361, 366.

Impugnación de la filiación, 360, 361, 368.

Indagación de la maternidad: 360, 361, 368, 372, 376, 383, 386; artículo 469; supresión, 372, 376; atenuación de la norma: filiación natural que surja de la sentencia civil o criminal. 386, 398, 399; esposa muerta o incapaz y posesión de estado del hijo natural, 388; esposa viuda al deducirse la demanda, 389; matrimonios nulos, 386; mujer divorciada, 388.

Nieto natural. Reconocimiento por el abuelo paterno, 367, 372, 373.

Revocación del reconocimiento por testamento, 359, 360, 364.

Sentencia. Efecto de la, 360.

FILIACIÓN LEGÍTIMA. De la.

Hijos legítimos. De los.

Acción por reconocimiento de legitimidad. Imprescriptibilidad, 341.

Ascendientes y descendientes. Calificación de legítimos, 342.

Impugnación de la filiación. Principio de prueba por escrito, 341, 343, 353.

Impugnación de la legitimidad, 341, 342, 343, 350, 353.

Posesión de estado. Prueba, 342, 343, 353.

Reconocimiento de legitimidad. Imprescriptibilidad de la acción, 341.

Legitimación. De la.

Matrimonio de personas no domiciliadas en el país al contraerlo, 354, 358.

FILIACION ADULTERINA. Véase: Filiación. Filiación ilegítima. Hijos adulterinos e incestuosos.

FRUTOS. PRODUCTOS. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal. Principios de la sociedad, aportes y haber social.

HEREDEROS NO DOMICILIADOS EN EL PAÍS. Véase: Curatela. Curatela de bienes.

HERMANOS. OBLIGACION ALIMENTARIA. Véase: Parentesco y prestación de alimentos. Alimentos.

HIJOS: adulterinos e incestuosos: Véase: Filiación. Filiación ilegítima.

—de padres divorciados. Véase: adopción;

—ilegítimos. Véase: Patria potestad;

—ilegítimos de los naturales. Véase: Parentesco y prestación de alimentos.

—incestuosos. Véase: Filiación. Filiación ilegítima;

—legítimos. Véase: Filiación. Filiación legítima.

—mantenimiento. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el.

- Disolución de la sociedad conyugal.
- naturales. Véase: Filiación. Filiación ilegítima. Hijos adulterinos e incestuosos.
- naturales. Derechos de la madre durante la gestación. Véase: Parentesco y prestación de alimentos.
- naturales. Procedimiento para obtener alimentos. Véase: Parentesco y prestación de alimentos.
- por nacer. Véase: Patria potestad.
- premuerto. Véase: Filiación. Filiación ilegítima. Hijos naturales.
- IDIOMA NACIONAL. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Celebración.
- IMPEDIMENTOS EN MATERIA DE MATRIMONIO. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el.
- Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el.
- IMPOTENCIA. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Matrimonios nulos y anulables.
- IMPRESION DIGITAL. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Diligencias previas.
- IMPUESTO A LA HERENCIA. EVASION. Véase: Adopción.
- INCAPACES. AUTORIDAD Y VIGILANCIA EN LO CONCERNIENTE A LOS.
- Acciones no realizadas por los tutores. 625, 629, 640, 650.
- Confirmación por el Ministerio Público, 623, 629, 640, 649.
- Consejo de familia. Ampliación de las facultades del juez, 625, 630, 640, 651.
- Facultades del Ministerio Público. Su ejercicio por el juez, 625, 630, 640, 651.
- Juez. Superintendencia del, 623, 629, 640, 649.
- Ministerio Público. Facultades del, 625, 630, 640.
- Superintendencia del juez, 623, 629, 640, 649.
- Tutores. Acciones no realizadas por los, 625, 629, 640, 650.
- Véase también: Adopción.
- INCAPACIDAD DE DERECHO DE LA MUJER CASADA. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Derechos y obligaciones de los esposos.
- INDAGACION DE LA MATERNIDAD. Véase: Filiación. Filiación ilegítima. Hijos naturales.
- INDEMNIZACION POR INCAPACIDAD DE TRABAJO. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal. Principio de la sociedad, aportes y haber social.
- INTERDICCION. Personas sujetas a. Véase: Adopción.
- INVENTARIO DE LOS BIENES. Véase: Patria potestad.
- JUEGO. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Divorcio.
- Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal. Cargas de la sociedad.
- JUICIO SUMARIO. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Diligencias previas.
- LEGITIMACION. Véase: Filiación. Filiación ilegítima.

- MARCAS DE FABRICA. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal. Principios de la sociedad, aportes y haber social.
- MATERNIDAD. INDAGACION. Véase: Filiación. Filiación ilegítima. Hijos naturales.
- MATRIMONIO. REGIMEN DE LAS PERSONAS EN EL. CELEBRACIÓN. De la. Celebración del matrimonio religioso en la oficina del Registro, 97, 105. Celebración fuera de la oficina. Excepción, 95, 105, 115. Designación del oficial público, 93, 104, 108. Formalidades que deben cumplirse en el acto, 96, 105, 116. Gratuidad de las actuaciones. Registro, 99, 106, 119. Idioma nacional. Contrayentes que no lo poseen, 97, 105, 118. Matrimonio civil y matrimonio religioso. Precedencia, 116, 123, 124. Matrimonio "in extremis", 98, 105, 106, 118, 119. Matrimonio por poder, 93, 94, 104, 108. Matrimonio religioso en la oficina del Registro, 97, 105. Requisitos. Nacionalidad de los contrayentes, 97, 105, 118. Solemnidad, 97.
- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ESPOSOS. Actos de la vida doméstica, 103, 107, 123, 135. Actos jurídicos. Realización por mujer casada, 103. Actos realizados sin conformidad. Impugnación, 104, 107, 124, 135, 150, 161. Acuerdo entre los cónyuges; inscripción; retiro, 104; necesidad del, 107, 123, 135, 139, 150, 151; presunto; supresión del artículo 366, 104, 107, 124, 135, 150, 161. Astreintes; exoneración del deber de cohabitar, 103, 106, 123, 134. Competencia, 8, 19. Conformidad de los esposos, 104, 107, 124, 135, 149, 150, 158. Deber de cohabitar; exención; plazo para solicitarla, 25, 38; exoneración; astreintes, 103, 106, 123, 134; medidas de compulsión, 107, 123, 135. Derechos y obligaciones de los esposos, 165, 170, 171, 179; denominación del capítulo, 102, 106, 123, 133. Efectos del matrimonio en cuanto a los cónyuges; deberes y derechos de ambos, 102, 106, 123, 133. Ejercicio de profesiones, industrias, etcétera, y realización de actos jurídicos por mujer casada, 103. Incapacidad de derecho de la mujer casada; reglas del título preliminar, 170, 175, 179. Incidencia entre los cónyuges; procedimiento sumario para su solución; suspensión de los actos que las motivan, 104, 107, 124, 135, 150, 161. Industria, profesión, etc.; ejercicio por la mujer casada, 103. Inscripción del acuerdo y su retiro, 104. Mujer casada, ejercicio de profesiones, industrias, etc., y realización de actos jurídicos, 103; incapacidad de derecho; reglas del título preliminar, 170, 175, 179. Profesiones, industrias, etc., ejercicio por mujer casada, 103.

- Sociedad entre esposos, 149, 150, 158.
- DILIGENCIAS PREVIAS. De las.
- Acta: firma; impresión digital, 52.
- Denuncia: responsabilidad, 52, 54, 70, 77.
- Impresión digital: acta; firma, 52.
- Juicio sumario: suspensión del matrimonio, 84.
- Oposición: juicio sumario: suspensión del matrimonio, 84; rechazada: causa de rescaramiento, 52, 54, 70, 75, 77; trámite, 52.
- Partida de nacimiento: prueba supletoria, 51, 53, 68.
- Publicaciones, 52, 53, 69, 74.
- Trámite de la oposición, 52.
- Venia: falta; facultades judiciales, 52, 53, 69, 75.
- DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO. De la.
- Disolución con arreglo a la ley del domicilio conyugal, 258, 275, 276.
- Fallecimiento o muerte presunta de uno de los cónyuges, 190, 192, 206, 258, 274, 276, 282, 290, 296, 307, 317, 326, 334, 342, 354.
- DISPOSICIONES GENERALES.
- Bienes: régimen, 8, 24, 31, 36, 52, 65, 69, 70; matrimonio celebrado en el extranjero, 54, 69, 70.
- Competencia: domicilio de los cónyuges, 8, 18.
- Concepto del matrimonio: declaración de principios, 7, 10, 23, 26.
- Convenciones matrimoniales otorgadas en el extranjero; validez y efecto, 8, 22, 24, 26, 36, 38, 52.
- Declaración de principios, 7, 10, 23, 26.
- Derechos y deberes de los cónyuges, 8, 22.
- Domicilio de los cónyuges; competencia, 8, 18.
- Efecto del matrimonio en cuanto a los cónyuges, 8.
- Intervención del ministerio público, 7, 14.
- Leyes aplicables: nulidad, 7, 17; validez, 8, 20, 24, 26.
- Matrimonio celebrado en el extranjero: régimen de los bienes, 54, 69, 70.
- Ministerio público: intervención, 7, 14.
- Nulidad: leyes aplicables, 7, 17.
- Promesa de matrimonio: acciones rescimatorias, 9, 24, 31, 37, 39.
- Validez: leyes aplicables, 8, 20, 24, 26.
- DIVORCIO. Del.
- Abandono malicioso y fijación del domicilio conyugal, 179, 181.
- Alimentos, 180, 187, 188, 192, 203.
- Apellido; mujer culpable, 181, 189.
- Ascendientes como testigos: prueba, 180, 187.
- Atentado contra la vida del cónyuge, 180, 187.
- Bienes: comunidad; conformidad de los cónyuges para continuarla, 180, 188.
- Causales de nulidad y de divorcio, 179, 184.
- Comunidad de bienes: conformidad de los cónyuges para continuarla, 180, 188.
- Conducta deshonorosa, 185.
- Cónyuge inocente; indemnización del perjuicio material y moral; alimentos al cónyuge culpable, 180, 187, 192, 203.
- Delito grave, 184.
- Delitos políticos, 185.
- Divorcio a vínculo, 163.

- Donaciones al marido: revocación, 180, 189, 192, 205.
- Juego: causal de divorcio, 180, 184.
- Juez competente: domicilio conyugal: libertad de elegir la jurisdicción, 180, 185, 192, 202.
- Mujer culpable: uso del apellido, 181, 189.
- Prueba: ascendientes como testigos, 180, 187; confesión y juramento, 180, 187.
- Residencia de la mujer, 180, 185.
- Separación por mutuo consentimiento, 182, 192, 194.
- Testigos: ascendientes como, 180, 187.
- IMPEDIMENTOS.** De los.
- Adopción, 9, 24, 33.
- Divorcio: supresión del inc. 10, art. 339 y del 386. 10, 25, 38, 53, 66.
- Edad: requisito: dispensa, 9, 25, 35, 37, 49, 193.
- Enfermedades transmisibles, 45, 193, 211.
- Falta de discernimiento o de la voluntad, 9, 25, 37, 49, 53, 65, 70, 79, 81, 83.
- Matrimonio contraído sin venia: sanción, 10, 25, 38, 50, 53, 67.
- Parientes consanguíneos del tercer grado, 9, 25, 34, 37, 47, 80, 81.
- Profilaxis: leyes de, 45, 193.
- MATRIMONIOS NULOS Y ANULABLES.** De los.
- Anulabilidad: dolo o error, 323; personería del curador para pedirla, 229, 238, 239, 258, 259; quiénes pueden ejercer la acción, 268.
- Causales de la nulidad: discriminación: efectos sobre los hijos, 191, 193, 212, 218, 225, 227, 239, 252; impedimentos, 226.
- Causas no previstas, 190.
- Daño moral, 191, 193, 212, 223.
- Esterilidad, 191.
- Funcionarios: usurpación de facultades, 191, 193, 211, 212.
- Impotencia absoluta o manifiesta: concepto, 191, 193, 209.
- Nulidad: dispensa, 192, 209.
- Parto dentro del término: la no aplicación de la norma, 192, 193, 212, 223.
- Profilaxis: leyes de, 45, 191, 193, 211, 216.
- Publicidad: requisito: matrimonio anulable, 231, 239, 249, 258, 264, 275, 276, 282, 290, 296, 307, 317, 326, 334, 342, 354.
- PRUEBA DEL MATRIMONIO.** De la.
- Acta: "irregularidades": alcance del término, 100, 106, 120, 123, 129; omisión en el Registro, 101, 106, 123, 132.
- Matrimonio anterior, 99, 106, 119.
- Poseción de estado: irregularidades del acta, 100, 106, 120, 123, 129.
- Prueba supletoria, 100, 106, 123, 132, 135, 136.
- MATRIMONIO. REGIMEN DE LOS BIENES EN EL.**
- ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.**
- Administración del marido. De la.*
- Actos irregulares del marido: oposición de la mujer, 281, 283, 290, 293.
- Actos que obligan a la esposa: bienes propios de la mujer, 281, 283, 290, 291.
- Actos regulares del marido: limitación de la responsabilidad de la mujer, 281, 283, 290, 293.
- Bienes: enajenación: conformidad de ambos cónyuges, 281, 283, 288; propios de

- la mujer; actos que obligan a la esposa, 281, 283, 290, 291.
- Curador extraño; facultades del, 282, 283, 291, 294, 296, 299, 308, 309.
- Mujer. Obligaciones contraídas después del matrimonio: patrimonio propio, 281, 283, 291, 294, 295, 296, 308; responsabilidad: limitación; actos regulares del marido, 281, 283, 290, 293.
- Responsabilidad del marido por las obligaciones de la esposa autorizada, 282.
- Bienes administrados por la mujer. De los.*
- Actos otorgados por la mujer, 295, 296, 300, 308, 311.
- Administración; derecho de la mujer para asumir la; derechos del marido, 296, 297, 304; mandato; revocación; término, 307.
- Carácter del bien; prueba, 296, 297, 308, 313.
- Fiscalización del marido; casos de "manifiesta urgencia", 296, 297, 303.
- Herencia, legado o donación, 282, 283, 291, 295.
- Mandato; revocación; término, 307.
- Responsabilidad de un cónyuge por las obligaciones del otro, 296, 297, 302.
- Usufructo legal, 282.
- CAPITULACIONES Y DONACIONES PRENUCIALES.** De las.
- Administración; régimen de la ley 11.357, 223, 225, 232.
- Contrataciones matrimoniales; inscripción, 224, 225, 234.
- Convenios nulos o anulables, 224, 225, 234.
- DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.**
- Alimentos al cónyuge culpable, 325, 326, 330.
- Bigamia, 326, 327, 331, 334, 337, 342, 343, 354.
- Cesación de la separación; cónyuges menores de edad; intervención del juez, 328, 337.
- Cónyuge administrador; facultades, 325, 326, 329.
- Cónyuges menores de edad; cesación de la separación; intervención del juez, 328, 337; tutela especial, 325.
- Hijos; mantenimiento, 325.
- Sentencia; efectos de la; desde cuando rigen, 326, 330, 334.
- Tutela especial; esposos menores de edad, 325.
- SOCIEDAD CONYUGAL.** De la.
- Bienes de la mujer. De los*
- Bienes propios de la mujer, 281, 282, 287.
- Mujer menor; depósito de los dineros; concordancias con disposiciones sobre menores emancipados, 280, 282, 286; retiro de los dineros de la menor, 280, 282, 287, 290, 291.
- Responsabilidad de la sociedad y del cónyuge que administra, 280, 282, 287.
- Cargas de la sociedad.*
- Alimentos; extensión de las prestaciones alimentarias, 273, 275, 278.
- Bien propio; enajenación; inversión del precio; prueba, 273, 275, 279.
- Defensa de los esposos demandados; gastos, 274.
- Juego, 274, 275, 280.

Pago con dinero de su propio peculio, 274.

Prestación alimentaria; extensión de la, 273, 275, 278.

"Reparación" y "conservación", 273, 275, 279.

Principio de la sociedad, aportes y haber social.

Bienes: gananciales, 224, 225, 238, 272, 275, 277; propios: inventario, 273, 275, 278; que se presumen gananciales, 273; separación de.; régimen convencional, 224, 225, 234, 239, 258, 269, 296, 297, 308, 313, 317, 326, 327, 328.

Boleta compraventa anterior al matrimonio, 224.

Frutos: productos, 272.

Propiedad intelectual, marcas de fábrica, etc., 271, 275, 276, 282, 284.

Separación de bienes: régimen convencional, 224, 225, 234, 239, 258, 269, 296, 297, 308, 313, 317, 326, 327, 328.

Usufructo, derecho de, 271.

MATRIMONIO NULO: VINCULO DE AFINIDAD. Véase: Parentesco y prestación de alimentos.

MENORES: abandonados. Véase: Tutela. Disposiciones generales.

—amparados en establecimientos públicos o privados y de la afiliación. Véase: Adopción. Pequeña adopción.

—asilados. Véase: Curatela. Curatela de los incapaces.

—bajo guarda. Véase: Adopción.

MENORES EMANCIPADOS. DE LOS.

Actos que requieren autorización judicial; carácter de la enumeración, 623, 629, 640, 648.

MUJER CASADA. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Derechos y obligaciones de los esposos.

MUJER DIVORCIADA. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Divorcio. Residencia.

MUJER MENOR. Depósito de los dineros. Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal. Bienes de la mujer.

NIETO NATURAL. RECONOCIMIENTO POR EL ABUELO PATERNO. Véase: Filiación. Filiación ilegítima. Hijos naturales.

NIÑOS ASILADOS. Véase: Curatela. Curatela de los incapaces.

NULIDAD DE MATRIMONIO. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Matrimonios nulos y anulables.

—Leyes aplicables. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Disposiciones generales.

PARENTESCO Y DE LA PRESTACION DE ALIMENTOS. DEL.

Alimentos: acción de reembolso; venia judicial previa a la prestación, 515; falta de derechos a alimentos; repetición, 473, 475, 487, 502, 508; hijos naturales: procedimiento para obtener alimentos, 484, 487, 488, 501, 503; obligación entre hermanos, 470,

- 474, 483; pedido de esposa sin mediar juicio de divorcio, 475, 487, 502, 510; prestados por extraño; repetición: los anticipados por el erario público, 472, 475, 487, 502, 504, 515, 516; recursos del alimentante, 470, 474, 483; reembolsables; estado de indigencia del alimentado y limitación de la asistencia, 515.
- Cómputo de grados. Autor común, 468.
- Esposa separada de hecho, 473.
- Hijos: fallecimiento del hijo sin descendencia, 471, 474, 487, 497; ilegítimos de los naturales, 471, 474, 487, 495; naturales: derechos de la madre durante la gestación, 470, 474, 484, 487, 488; reintegrados al hogar, 473, 475, 487, 502, 509.
- Parentesco: distinción entre el legítimo e ilegítimo, 468, 474, 476.
- Parentesco ilegítimo: supresión del enunciado general, 469, 474, 483.
- Prestación alimentaria: comienzo: forma de cumplimiento, 472; limitación, 473, 475, 487, 502, 509, 515, 520; medidas para asegurársela, 471, 475, 487, 498; reducción y supresión, 473, 475, 487, 502, 508.
- Vínculo de afinidad: caso de matrimonio nulo, 469, 474, 482.
- PARTIDA DE NACIMIENTO.**
Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Diligencias previas.
- PATRIA POTESTAD. DE LA.**
Aceptación de herencia, 530, 531, 540.
- Actos celebrados por el padre en representación de los hijos. Normas, 530, 531, 537.
- Actos prohibidos, 546, 560, 562, 566, 568; aceptación de herencia, 530, 531, 540.
- Administración por los padres: excepciones; redacción, 529.
- Autorización judicial, 546, 560, 561, 564, 567; requisito de avalúo, 529, 531, 535.
- Bienes correspondientes a los hijos: inventario, 541, 546, 552, 561, 563; requisito de remate público, 530, 531, 536, 545, 548; usufructo; transferencia del, 538, 546, 549; usufructo y administración; falencia del padre, 542.
- Concepto, 512, 516, 520.
- Copropiedad entre padres e hijos, 531, 540, 546, 549.
- Deber alimentario; suministros a prestarse, 529, 532.
- Derechos reales; transferencia, 539.
- Dominio; peculio de los hijos, 546, 557, 561, 563.
- Donaciones de uso o conveniencia, 538.
- Dote, 515, 516, 524.
- Facultades del padre: alcance de las, 513, 516, 523; limitación, 529, 531, 532.
- Falencia del padre: usufructo y administración de los bienes de los hijos, 542.
- Hijos: ilegítimos, 513; por nacer, 515, 516, 526.
- Inventario; bienes correspondientes a los hijos, 541, 546, 552, 561, 563.
- Madre; segundas nupcias; requisito de inventario, 545, 546, 559.
- Mala administración del padre; derecho de usufructo al que lo substituya, 543, 546, 553.
- Nulidad de matrimonio y separación judicial; cuidado de los hijos, 512.

Patronato del Estado, 545.

Peculio de los hijos; derecho de disponer de los mismos; propiedad, 543, 546, 557.

Peligro material o moral para los hijos, 544, 546 559.

Pérdida de la patria potestad, 544, 545, 546, 559.

Remate público; bienes de los hijos; limitación, 530, 531, 536, 545, 548.

Segundas nupcias; madre; requisito de inventario, 545, 546, 559.

Separación judicial y nulidad de matrimonio; cuidado de los hijos, 512.

Usufructo; transferencia del, 538, 546, 549; usufructo y administración; supuesto de la falencia del padre, 542.

Venia judicial; limitación de las facultades del padre, 529, 531, 532.

PATRONATO DEL ESTADO.
Véase: Patria potestad.

PECULIO DE LOS HIJOS. Véase: Patria potestad.

PEQUEÑA ADOPCION. Véase: Adopción.

—Véase también: Tutela. Disposiciones generales.

POSESION DE ESTADO. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Prueba.

—Véase, también: Filiación. Filiación legítima. Hijos legítimos.

PRESTACION ALIMENTARIA.
Véase: Filiación. Filiación ilegítima. Hijos adulterinos e incestuosos.

—Véase: Parentesco y prestación de alimentos.

PROFILAXIS. LEYES. Véase: Matrimonio. Régimen de las per-

sonas en el. Impedimentos. Matrimonios nulos y anulables.

PROMESA DE MATRIMONIO.
Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Disposiciones generales.

PROPIEDAD INTELECTUAL.
Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal. Principios de la sociedad, aportes y haber social.

Prueba: matrimonio. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el.

—posesión de estado. Véase: Filiación. Filiación legítima. Hijos legítimos.

PUBLICACIONES. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Diligencias previas.

PUPILLO MAYOR DE 18 AÑOS.
Véase: Tutela. Administración de la.

RECONOCIMIENTO: hijos adulterinos e incestuosos. Véase: Filiación. Filiación ilegítima. Hijos adulterinos e incestuosos.

—hijo premuerto. Véase: Filiación. Filiación ilegítima. Hijos naturales.

—legitimidad. Imprescriptibilidad de la acción. Véase: Filiación. Filiación legítima. Hijos legítimos.

REFORMA DEL CODIGO CIVIL.
Véase: Código Civil.

REGIMEN CONVENCIONAL DE SEPARACION DE BIENES.
Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal. Principios de la sociedad, aportes y haber social.

REGIMEN SUCESORIO. ASPECTO FISCAL. Véase: Adopción.

- RENDICION DE CUENTAS.** Véase: Curatela. Curatela de los incapaces.
- Véase: Tutela. Cuentas de la tutela.
- SEGUNDAS NUPCIAS.** Véase: Patria potestad.
- SEPARACION DE BIENES.** Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el. Sociedad conyugal. Principios de la sociedad, aportes y haber social.
- SEPARACION JUDICIAL Y NULIDAD DE MATRIMONIO.** Véase: Patria potestad.
- SEPARACION POR MUTUO CONSENTIMIENTO.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Divorcio.
- SOCIEDAD CONYUGAL. ADMINISTRACION.** Véase: Matrimonio. Régimen de los bienes en el.
- SOCIEDAD ENTRE ESPOSOS.** Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Derechos y obligaciones de los esposos.
- SORDOMUDOS.** Véase: Curatela. Curatela de los incapaces.
- SUJETOS A INTERDICCION.** Véase: Adopción.
- TUTELA. DE LA.**
- ADMINISTRACIÓN DE LA TUTELA.**
- Arriendo de bienes por el tutor: autorización judicial. 584, 598, 603.
- Audiencia del tutor: intervención del pupilo mayor de 18 años: elección de carrera: oposición del tutor: decisión por el juez. 584, 596.
- Bienes: arriendo por el tutor: autorización judicial. 584, 598, 603;
- muebles: obligación de venderlos: sanciones. 585, 598, 604.
- Carrera del pupilo: elección: decisión por el juez. 584, 596.
- Condominio: división: autorización del tutor. 582, 583, 590, 599, 615, 628, 630.
- Fondos del menor: sobrantes: inversión: requisito para el retiro de los fondos: sumas improductivas: intereses. 584, 598, 599.
- Pupilo mayor de 18 años: elección de carrera: intervención: decisión por el juez. 584, 596.
- Remuneración del tutor: hasta la décima parte: fijación por el juez. 585, 598, 609.
- Sanciones. 585, 598, 610.
- Venta privada. 585, 598, 605.
- Ventas que puede autorizar el juez. 582, 583, 585, 588, 591, 598, 604.
- COMIENZO DE LA TUTELA.** Del. Discernimiento: requisito de la garantía. 584, 591.
- Garantía por el tutor. 584, 591.
- Inventario: plazo: intervención del pupilo: medidas urgentes: interpelación acerca del crédito contra el incapaz. 584, 593.
- CUENTAS DE LA TUTELA.**
- Aprobación judicial: convenios posteriores: validez. 585, 598, 613.
- Convenios nulos: ampliación del término. 583, 584, 591.
- Convenios posteriores a la rendición de cuentas: validez: aprobación judicial. 585, 598, 613.
- Examen de las cuentas por parientes del pupilo. 585, 598, 612.
- Rendición de cuentas. 583, 585, 591, 598, 613.
- Término: ampliación: convenios nulos. 583, 584, 591.

DISPOSICIONES GENERALES.

Afiliación: niños abandonados: pequeña adopción, 398, 401, 409, 416, 418, 572, 574, 578, 626, 630, 640, 652, 653, 656.

"Amigo" y "amigo íntimo": concepto, 571, 574, 578.

Bienes: administración: curatela, 570, 574, 575.

Cláusulas permitidas y prohibidas: redacción, 570.

Competencia: supuesto de padres fallecidos en el extranjero, 569, 573, 575.

Curatela para la administración de ciertos bienes, 570, 574, 575.

Designación de más de un tutor, 570, 574, 576.

Facultades del juez: tutela legítima, 571, 574, 576.

Fallido: supuesto del tutor quebrado, 572, 574, 579, 583, 586.

Incapaz: pleito con el, 573, 575, 581.

Menores de cierta edad: conveniencia de que sean oídos, 571, 574, 577.

Niños abandonados: pequeña adopción, 572, 574, 578.

Padres fallecidos en el extranjero: competencia, 569, 573, 575.

Pequeña adopción: niños abandonados, 398, 401, 409, 416, 418, 572, 574, 578, 626, 630, 640, 652, 653, 656.

Pleito con el incapaz, 573, 575, 581.

Prohibición por el padre del nombramiento de determinada persona, 573, 575, 581.

Quienes no pueden ser tutores, 572, 574, 579.

Tutela: concepto, 568; dativa, 571, 574, 577, 578; especial, redacción, 572, 574, 578; legítima: orden: facultades del juez, 571, 574, 576; niños abandonados: pequeña adopción, 398, 401, 409, 416, 418, 572, 574, 578, 626, 630, 640, 652, 653, 658.

TERMINACIÓN DE LA TUTELA.

Insolvencia del tutor: vida desordenada, 585, 598, 614.

Separación del tutor: declaración de créditos contra el pupilo, 585, 598, 614.

Suspensión del tutor: audiencia al menor, 585, 598, 614.

Tutor: vida desordenada; insolvencia, 585, 598, 614.

USUFRUCTO. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Sociedad conyugal. Principio de la sociedad, aportes y haber social. —Véase: Patria potestad.

VENIA. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Diligencias previas.

VENIA JUDICIAL. Véase: Patria potestad.

VENTA PRIVADA. Véase: Tutela. Administración.

VIDA DOMESTICA. ACTOS. Véase: Matrimonio. Régimen de las personas en el. Derechos y obligaciones de los esposos.

INDICE POR ARTICULOS (Proyecto)

Art. 333, págs. 7, 10, 23, 26.	Art. 351, págs. 93, 104, 108.
.. 334, págs. 7, 14. (Segunda parte), págs.
.. 335, págs. 7, 17.	93, 104, 108.
.. 336, págs. 8, 18.	.. 353, págs. 95, 105, 115.
.. 337 (Inciso 1º), págs. 8, 20,	.. 354, págs. 96, 97, 105, 116,
24, 26.	118, 124.
.. (Inciso 2º), págs. 8, 22.	.. 355 (Inciso 2º), págs. 97,
.. (Inciso 3º), págs. 8, 22,	105, 118.
24, 26, 36, 38, 52, 54,	.. 356, págs. 98, 105, 106,
69, 70.	118, 119.
.. (Inciso 4º), págs. 8, 24,	.. 357, págs. 99, 106, 119.
31, 36, 52, 65, 69, 70.	.. 358, págs. 99, 106, 119.
.. (Inciso 5º nuevo), pági-	.. 359, págs. 100, 106, 132,
na 70.	136.
.. 338, págs. 9, 24, 31, 37, 39.	360, págs. 100, 106, 132,
.. 339, págs. 9, 10, 24, 33, 45.	136.
.. .. (Inciso 2º), págs. 9, 25,	.. 361, págs. 102, 106, 133.
34, 37, 47, 80, 81.	.. 362, págs. 8, 19, 25, 38,
.. (Inciso 4º), págs. 9, 25,	103, 106, 107, 134,
35, 37, 49, 193.	135.
.. (Inciso 8º), págs. 9, 25,	.. 364, págs. 103, 107, 135.
37, 49, 53, 65, 79, 81,	.. 365, págs. 103, 107, 139,
83.	151, 165, 167, 171.
.. (Inciso 9º), págs. 193.	(Inciso 3º), págs. 104,
.. (Inciso 10), págs. 25, 38,	107, 149, 158.
50, 53, 67.	.. (Inciso 4º), págs. 104,
341, págs. 10, 25, 38, 50,	107, 149, 158.
53, 67.	(Inciso 5º), págs. 104,
.. 342, págs. 31, 53, 68.	107, 149, 158.
.. 343, págs. 52.	(Inciso 6º), págs. 104,
.. 344, págs. 52, 53, 69, 74.	107, 149, 158.
.. 346, págs. 52, 53, 69, 75.	.. 366, págs. 104, 107, 161,
.. 348, págs. 52.	167.
.. 349, págs. 52, 54, 70, 75,	.. 367, págs. 104, 167.
84.	.. 368, págs. 167.
.. 350, págs. 52, 54, 70, 77.	

- Art. 369, págs. 104, 107, 161, 168.
 370, págs. 104, 107, 161.
 371, págs. 182, 192, 194.
 372 (Inciso 5º), págs. 179, 181.
 (Inciso 6º), págs. 179, 184.
 (Inciso 6º, bis), págs. 180, 184.
 .. 373, págs. 180, 185, 202.
 .. 375, págs. 180, 185.
 .. 375 (bis), págs. 180, 187.
 .. 376, págs. 180, 87.
 376, págs. 180, 187.
 .. 377, págs. 180, 187.
 .. 382 (Inciso 3º), págs. 180, 187, 203.
 (Inciso 4º), pág. 180.
 (Inciso 6º), págs. 180, 189, 205.
 .. 383 (2ª parte), pág. 66.
 .. 384, págs. 181, 189.
 .. 384 (Inciso 4º), pág. 188.
 .. 385, págs. 190, 192, 206, 258, 274, 275, 276, 282, 290, 296, 307, 317, 326, 334, 342, 354.
 386, págs. 10, 25, 38, 53, 276.
 .. 389 (Inciso 1º), págs. 190, 192, 209, 229, 238, 239, 259.
 (Inciso 1º, párrafo 2º), págs. 231, 239, 249, 264, 275, 276, 282, 296, 307, 317, 326, 334, 342, 354.
 (Inciso 3º), pág. 190.
 (Inciso 4º), pág. 323.
 (Inciso 5º), págs. 191, 193, 209, 268.
 .. (In fine), págs. 191, 193, 209, 212.
- Art. 390, jág. 323.
 .. (Inciso 3º), pág. 193.
 .. 395 (Inciso 3º), págs. 191, 193, 218, 225, 227, 252.
 .. 397, págs. 191, 193, 223.
 .. 398, págs. 192, 193, 223.
 .. 399 (Inciso 3º), págs. 223, 232.
 .. 400, págs. 224, 225, 234.
 .. 401, págs. 224, 225, 234.
 .. 404, págs. 224, 225, 234, 269.
 .. 405 (Inciso 7º), págs. 224, 225, 233.
 .. 406, pág. 224.
 .. 407, págs. 224, 271.
 .. 409 (Apartado 2º, inciso 3º), pág. 272.
 .. (Inciso 5º), págs. 272, 275, 277.
 .. 410, pág. 273.
 .. 411, págs. 273, 275, 278.
 .. 412 (Inciso 1º), págs. 273, 275, 278.
 (Inciso 2º), págs. 273, 275, 279.
 (Inciso 5º), págs. 273, 275, 279.
 (Inciso 6º), pág. 274.
 (Inciso 7º), págs. 274, 275, 280.
 .. (Inciso 10), pág. 274.
 .. 413, págs. 280, 282, 286.
 .. 414, págs. 280, 282, 287, 291.
 .. 416, págs. 280, 282, 287.
 .. 417, págs. 281, 282, 287.
 .. 419 (Inciso 1º), págs. 281, 283, 287.
 .. 420, págs. 281, 283, 291.
 .. 421, págs. 281, 283, 294, 295, 296, 308.

- Art. 422, pág. 282.
 .. 424, págs. 282, 283, 294, 299, 309.
 .. 425 (Inciso 3º), págs. 282, 283, 295.
 .. (Inciso 5º), pág. 282.
 426 págs. 295, 296, 300, 311.
 427, págs. 296, 297, 313.
 428, págs. 296, 297, 302.
 430, págs. 296, 297, 303.
 431, pág. 296.
 432, págs. 296, 297, 304, 307.
 .. 433, pág. 296.
 .. 434 (parte final), pág. 325.
 .. 435, págs. 325, 326, 329.
 .. 437 (Apartado 3º), páginas 325, 326, 330.
 (Apartado 4º), páginas 326, 330, 334.
 438, págs. 328, 337.
 441, págs. 326, 327, 331, 337, 343, 354.
 447 (parte final), pág. 340.
 448 (Apartado 2º), página 341.
 449, págs. 341, 342, 350.
 451, págs. 341, 343, 353.
 452, pág. 341.
 453, págs. 342, 343, 353.
 455, pág. 342.
 457, pág. 342.
 460, págs. 354, 358.
 464, págs. 359, 360, 361.
 465, págs. 359, 360, 361, 364, 372, 373.
 467 (Parte final), págs. 360, 361, 368.
 469, págs. 360, 361, 368, 372, 376, 383, 386, 398, 399.
 470, pág. 360.
 .. 472, págs. 360, 361, 370, 372, 378, 383, 391.
- Art. 473, págs. 354, 358, 360, 361, 372, 378.
 .. 475, págs. 380, 384, 391, 398, 401, 409, 417, 418, 455.
 .. 476, págs. 380, 384, 394, 398, 402, 417, 423, 454.
 .. (parte final), págs. 417, 454.
 .. 477, págs. 380, 384, 395, 398, 404, 427, 430.
 .. 478, págs. 381, 384, 398, 430, 435, 437.
 480, págs. 382, 383, 384, 406.
 .. (Inciso 1º), págs. 432, 435, 436, 441.
 (Inciso 2º), págs. 435, 442.
 (Inciso 3º), págs. 381, 382, 384, 432, 444, 446.
 .. (Inciso 4º), págs. 383, 385, 446, 450, 462.
 .. 481, pág. 468.
 .. 482, págs. 469, 474, 482.
 .. 483, págs. 469, 474, 483.
 .. 484 (Inciso 1º), págs. 470, 474, 483.
 .. (Inciso 3º), págs. 470, 474, 483, 484.
 (Inciso 3º in fine), págs. 475, 510.
 (Inciso 5º), págs. 470, 474, 488, 495.
 (Inciso 6º), págs. 471, 474, 497.
 (Inciso 7º), págs. 471, 475, 498.
 486, págs. 472, 475, 504, 515, 516.
 488, págs. 473, 475, 484, 488, 501, 503, 508.
 .. 489, págs. 473, 475, 508.

- Art. 490 (Inciso 1º), págs. 473, 475, 509, 515, 520.
 .. (Inciso 2º), pág. 473.
 .. 491, págs. 512, 515, 520.
 .. 492, págs. 512, 516, 523.
 .. 493, págs. 513.
 .. 494 (in fine), págs. 515, 516, 524.
 .. 495, págs. 529, 531, 532.
 .. 496, págs. 529, 531, 532.
 .. 500 (in fine), pág. 529.
 .. 501, págs. 529, 531, 535, 540, 545, 546, 548, 560, 561, 564, 567.
 502, págs. 530, 540, 546, 560, 562, 566.
 (Inciso 2º), págs. 531, 546, 549, 568.
 (Inciso 5º), págs. 538, 546, 549.
 .. 504, págs. 541, 546, 552, 561, 563.
 .. 505, pág. 542.
 .. 508, págs. 543, 546, 553.
 .. 509, págs. 543, 546, 553.
 .. 510, págs. 543, 546, 557, 561, 563.
 .. (Incisos 1º y 2º), págs. 546, 557.
 512, págs. 544, 545, 546, 559.
 (Inciso 6º, ap. c), págs. 544, 546, 559.
 .. 513, págs. 545.
 .. 515, págs. 568.
 .. 516, págs. 569, 573, 575.
 .. 518, págs. 570, 574, 575.
 .. 519, págs. 570, 574, 576.
 .. 520, págs. 571, 574, 576, 577.
 .. 521 (Ap. 1º), págs. 571, 574, 577.
 (Ap. 2º), págs. 571, 574, 578.
 .. 522, págs. 571, 574, 578.
- Art. 523, págs. 572, 574, 578.
 .. 524, págs. 572, 578. . .
 .. 525, págs. 573, 574, 581.
 .. (Inciso 5º), págs. 572, 574, 579, 583, 586.
 .. (Inciso 10), págs. 572, 574, 579.
 .. (Inciso 12), pág. 573.
 526, págs. 584, 591.
 .. 527, págs. 584, 593.
 .. 531, págs. 584, 596.
 .. 533, págs. 584, 599.
 534, (Inciso 1º), págs. 584, 603.
 .. (Inciso 3º), págs. 591, 615, 628, 630.
 (Inciso 4º), págs. 484, 604.
 535, págs. 582, 583, 585, 591, 604.
 .. (Inciso 3º), págs. 582, 583, 587.
 (Inciso 4º), págs. 582, 583, 590.
 (Inciso 5º), págs. 582, 583, 588.
 536, págs. 584, 604.
 538 (Inciso 2º), págs. 585, 605.
 .. 539, págs. 585, 609.
 .. 541, págs. 583, 585, 591, 613.
 542, págs. 585, 612.
 545, págs. 583, 584, 585, 591, 613.
 547 (Inciso 2º), págs. 585, 614.
 .. (Inciso nuevo: 4º), páginas 585, 614.
 (Apartado nuevo), páginas 585, 614.
 .. 549, pág. 618.
 .. 550, págs. 618, 628, 631.

Art. 552, págs. 618, 619, 628, 634, 638, 641, 652, 655. (Inciso 1º), págs. 619, 628, 637.	Art. 562 (Apartado 2º), páginas 623, 629, 649.
„ 554, págs. 621.	„ 563, págs. 623, 629, 649.
„ 555, págs. 621, 629, 645.	„ 564, págs. 625, 629, 650.
„ 556, págs. 622, 629, 645.	„ 565, págs. 625, 630, 651.
„ 557, págs. 622, 629, 647.	„ 566, pág. 625.
„ 561, págs. 623, 629, 648.	„ „ (Inciso 1º), págs. 630, 651. (Inciso 2º), págs. 625, 630, 651.