



INEFICACIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA (REALIDADES DIVERSAS QUE RECLAMAN RESPUESTAS JURÍDICAS DIVERSAS)

GUILLERMINA ZABALZA¹

MARÍA VICTORIA SCHIRO²

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

PALABRAS INTRODUCTORIAS

El tema que nos convoca integra una de las problemáticas que aborda el Derecho Privado en general, observándose consideraciones propias del Derecho de Familia, que nos suscitan diversos interrogantes acerca de la posibilidad de una captación abarcativa de la doctrina general sobre nulidades de los actos jurídicos, o de la necesidad de una especificidad en su tratamiento.

Algunos aspectos de la problemática sujeta a análisis se encuentran abordados por el Derecho de Familia, en tanto que existen otras hipótesis que plantean la remisión a los principios generales del Derecho Privado, lo cual lleva a cuestionarnos sobre su sistematización, en aras de procurar la mayor armonización posible.

Esta mirada integral del fenómeno jurídico es conteste con entender que la

¹ Magister en Derecho Privado, Profesora en Derecho de Familia y Sucesiones, Introducción al Derecho, Bioderecho, Facultad de Derecho, UNICEN. Directora del Centro de Estudios Jurídicos de la persona y la familia, Facultad de Derecho, UNICEN.

² Magister en Derecho Privado, Doctora en Derecho, Profesora en Derecho de Familia y Sucesiones, Bioderecho, Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, UNICEN. Becaria Postdoctoral del CONICET.

“Ciencia del Derecho más allá de la autonomía que posee cada rama reclama ante los casos que se suscitan en la realidad el análisis de una manera integral de todo el Derecho en su conjunto” (CIURO CALDANI, 1998: p.35). Si bien existen autonomías históricamente consagradas como el Derecho Público y el Derecho Privado, no podemos dejar de considerar que en esta nueva era se vislumbra la privatización del derecho público y la publicitación del derecho privado. Destaca Ciuro Caldani, que la distinción obedece fundamentalmente, a una especial exigencia de justicia, expuesta en criterios generales orientadores y en fraccionamientos propios, que implican su “espíritu especial”. A su vez, dentro de esta histórica división, se observa la existencia de “subramas” signadas por especiales exigencias del valor justicia; advirtiéndose, por ejemplo, un espíritu particularista en el derecho civil patrimonial y un espíritu más comunitarista que da origen al derecho civil de familia.

A la luz de estos postulados, hemos escogido algunos supuestos de análisis paradigmáticos en razón de responder a realidades jurídicas diversas. Así, el abordaje de las ineficacias del acto jurídico matrimonial, nos coloca ante el estudio de la especialidad de las nulidades en el Derecho de Familia; mientras que los casos de reconocimiento de la filiación y del acto de disposición otorgado sin asentimiento del cónyuge, visibilizan la aplicación de la teoría de las nulidades de los actos jurídicos en aras de hallar soluciones no previstas en el Derecho de Familia en particular.

1. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO MATRIMONIAL. ¿ESPECIALIDAD O SUBSIDIARIDAD?

Al introducirnos en el estudio de la ineficacia del acto jurídico matrimonial, necesariamente tenemos que recurrir al análisis de las condiciones de existencia y de validez del mismo, contemplando que en esta materia se admite la teoría de la inexistencia del acto.

Estructuralmente, el acto jurídico matrimonial es subjetivamente complejo, constituido por el consentimiento de los contrayentes (art. 172 CC) y el control de legalidad realizado por el oficial público encargado del Registro Civil en un típico acto administrativo (art. 186 CC)³. En consecuencia, el acto jurí-

³ ZANNONI (2002-I: 333)

dico matrimonial se integra de elementos estructurales que materializan su existencia, siendo tales: la presencia de ambos contrayentes⁴, la prestación del pleno y libre consentimiento y la intervención del oficial público del Registro Civil.

En la temática que nos convoca ha existido una profunda reforma, ya que durante el año 2010, se sancionó la Ley 26.618⁵, que implicó un cambio paradigmático en materia de Matrimonio Civil, al ampliarse la figura del matrimonio a las personas del mismo sexo, haciéndose extensivo todos los efectos personales y patrimoniales, con fundamento en los principios de igualdad, razonabilidad y no discriminación⁶; resaltándose a su vez este principio de trato igualitario en el artículo 42⁷, el cual establece el criterio general orientador que debe guiar la tarea de interpretación en aras de su posterior aplicación. En tal sentido, el actual artículo 172 CC⁸ quedó redactado de la siguiente manera “*Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos*”

⁴ “A un año y dos mil casamientos después de aquella fría noche en el Congreso, cuatro parejas gays cuentan por qué la ley de matrimonio igualitario cambió sus vidas. No es el anillo, ni el vestido, ni la torta lo que más recuerdan de ese día. *Es una misma sensación: la de dejar de ser tan distintos*”, PEREZ ZABALA (2011).

⁵ Sancionada 15/07/2010 – Promulgada 21/07/2010 – Publicada B.O. 22/07/2010

⁶ Véase LEVY-MONTEAVARO (2011).

⁷ Cláusula complementaria, Artículo 42. “Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo”.

⁸ Con anterioridad a la ley 26.618, el artículo 172 del Código Civil establecía “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.

civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente". El objetivo de la reforma fue reconocer el derecho a contraer matrimonio a toda persona, cualquiera sea su orientación sexual, y a los fines de hacerlo efectivo se introdujeron modificaciones terminológicas, reemplazándose varios textos centrados en la diferencia de género, por otros con nociones neutras; de tal modo, se sustituyeron las palabras "hombre" y "mujer" por "cónyuge", y las voces "padre" y "madre" por "progenitores". Tal solución legislativa ha sido captada en el artículo 406 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2013.

Así, como en el año 2010 los elementos estructurales del acto jurídico matrimonial fueron modificados en atención a una realidad social que propiciaba su captación, en el año 1987 el mundo de las conductas requería de nuevas respuestas jurídicas⁹, receptándose en el cuerpo normativo la posibilidad de disolución del vínculo matrimonial por divorcio vincular.

Si bien los planteos de nulidad de matrimonio, cuantitativamente, resultaban más comunes con anterioridad a la vigencia de la ley 23.515 de Matrimonio Civil¹⁰, en razón de que no existía en el ordenamiento normativo la posibilidad de disolución del vínculo matrimonial en vida de ambos esposos, siendo la nulidad la vía para readquirir la aptitud nupcial, a partir de la reforma mencionada las causas planteadas en sede civil han disminuido notoriamente¹¹; no obstante lo cual, no es menor contemplar las diversas tesis existentes en materia de nulidad, en razón de los diferentes efectos que conllevan cada una.

Entonces, a las condiciones de existencia (que denotan los elementos es-

⁹ "Pocas veces como en nuestros días el derecho a sufrido tantas transformaciones y pocas veces los cambios se han incorporado con tanta fuerza a los ideales dominantes en las sociedades modernas. Sin embargo la actual doctrina jurídica permanece a nuestro parecer principalmente apegada a los planteos de carácter estático, descuidando en medida considerable el aporte que debe realizar para la solución de la problemática contemporánea. Es así como nuestro pensamiento jurídico nos refiere principalmente a meras normas, cuando debería apuntar a las "respuestas" como soluciones a nuestra existencia esencialmente problemática" (CIURO CALDANI, 1976: 5).

¹⁰ "Aunque las normas tradicionales del Derecho de Familia han tenido fuerte sentido **institucional**, con roles consagrados por milenio, en nuestro tiempo, de la **negocialidad**, hay importante penetración **consensual**, al punto que se busca incluso establecer negocialmente los roles de esposo y esposa y de padre e hijo, a través de contratos nupciales, uniones homosexuales...", (CIURO CALDANI, 1994: 13).

¹¹ SOLARI (2011: 7).

tructurales del mismo), se suman las *condiciones de validez*, requiriéndose que el acto no esté afectado en los *presupuestos* que la ley determina para que produzca, en plenitud, todos sus efectos propios¹². Consecuentemente, para que el matrimonio emplace a los contrayentes en el estado de cónyuges y se sucedan los efectos legales de ese emplazamiento, deben darse al momento de la celebración de las nupcias las condiciones de validez exigidas para la constitución de una relación matrimonial idónea, pudiendo sólo predicarse la nulidad del acto jurídico existente, cuando el mismo está afectado de vicios coetáneos a su celebración¹³. En virtud de lo expuesto, será necesario entonces, determinar los defectos que conducen a la nulidad del matrimonio, observando que esta es una de las cuestiones que ha dividido a la doctrina; despertándose en la misma, las corrientes que abogan por un lado por la *especialidad* y, por el otro, por la *subsidiaridad*.

Realizando una mirada retrospectiva, observamos que el Código Civil Argentino, en su versión original, previó una teoría general del acto jurídico, regulando de manera genérica sobre las nulidades que podían afectar al mismo, (respectivamente, en los artículos 944 y siguientes y, en el artículo 1037 y siguientes). De este modo se estructuró un régimen de ineficacias abarcativo respecto de todos los actos jurídicos, dentro del cual se encontraba el matrimonio¹⁴, estableciéndose en el artículo 228 que “*Las disposiciones de este código sobre la nulidad de los actos jurídicos, son extensivas a los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia Católica*”¹⁵. Hasta la sanción de la ley 2393, la cuestión no suscitaba mayores dificultades en cuanto a la aplicación subsidiaria de la doctrina de nulidades de los actos jurídicos en general, pero a partir de la reforma matrimonial, la doctrina ha quedado dividida en esta materia, manteniéndose aún hoy ambas tesis. Si bien el proyecto de ley 2393 reprodujo en el artículo 93 el principio plasmado en el artículo 228 del

¹² ZANNONI (2002-I: 334).

¹³ LORENZO DE FERRANDO (1994: 136-137).

¹⁴ ZANNONI (2002-I: 335).

¹⁵ La previsión legal sólo se aplicaba a los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia Católica, en razón de que para los matrimonios celebrados ante la Iglesia Católica o con su autorización era susceptible de aplicación las normas sobre nulidad captadas en el Código Canónico.

Código Civil en su versión original, el mismo fue suprimido al momento de suscitarse el debate parlamentario, fundándose la eliminación en las palabras del senador Derqui, al expresar “*si estudiamos las causas de nulidad de los actos jurídicos, veremos que ofrecerá grandes inconvenientes al consignar una disposición tan general, que, por otra parte, no tendría objeto, desde que en las modificaciones que proponemos están previstas y claramente expresadas todas aquellas causas que, dada la naturaleza y los fines del contrato que nos ocupa, pueden ser bastantes para servir de fundamento a una acción de nulidad. Creemos, pues, que este artículo debe suprimirse*”¹⁶. Los móviles que motivaron la supresión del artículo mencionado, fueron contestes con las doctrinas dominantes de la época¹⁷ que consideraban que las causales de nulidad del matrimonio debían constituir un régimen expreso y especial. Muchas de ellas se sustentaban en razones axiológicas, que sostenían que el matrimonio es un acto jurídico, pero de naturaleza trascendental para el orden social, que requiere de normas especiales que regulen su invalidez, ya que éstas pueden acarrear la disolución de la familia, la colocación de los esposos en la condición de concubinos, y la filiación ilegítima de los hijos; con lo cual, es muy diferente anular un acto jurídico que sólo produce efectos patrimoniales con uno que da origen a un sinnúmero de relaciones de orden familiar¹⁸. Se aboga, entonces, por la tesis de la especialidad¹⁹; actuando un principio de importancia dentro de la tradición jurídica como es el *principio favor matrimonii*²⁰, ad-

¹⁶ Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1888-524; citado también en ZANNONI, (2002: 335).

¹⁷ Así, por ejemplo, la doctrina y jurisprudencia de la Corte de Casación francesa sintetizaba “*pas de nullité sans texte*”, no hay nulidad de matrimonio sin precepto que la establezca, PLANIOL –RIPERT (1997: 188). Véase ZANNONI (2002-I: 336).

¹⁸ LORENZO DE FERRANDO (1994: 138).

¹⁹ Véase RÉBORA (1946: 133); ZANNONI (2002-I: 178); Belluscio, A., *Derecho de Familia*, T. 2., n° 340 y sigs., López del Carril, J., *Nulidad de Matrimonio*, pág. 22, Fassi, S., *De la inexistencia y de la nulidad de matrimonio*, en *Estudios de Derecho de Familia*, págs. 57 y sigs.; “Nulidad de Matrimonio”, *LL*, T. 26, pág. 99; entre otros, cit. por ZANNONI (2002-I).

²⁰ Significa “La actitud o predisposición del legislador a conceder un trato especial de protección a matrimonio en orden a la conservación de su esencia y mantenimiento de sus finalidades”, Véase BERNÁNDEZ CANTÓN (1966: 57), citado por ZANNONI (2002-I: 335). Véase también PÉREZ LLANTADA Y GUTIÉRREZ–MAGAZ Y SANGRO (1987: 101); MENDEZ COSTA (2006: 56).

virtiéndose –no obstante- entre sus exponentes, ciertos matices. Así, por ejemplo, Díaz de Guijarro, si bien rechazó la aplicación subsidiaria del artículo 1.037 y siguientes del Código Civil, estimó aplicable el artículo 18 de dicho cuerpo normativo que hace referencia a las nulidades virtuales o implícitas para los supuestos en que existiera una prohibición de la ley para celebrar matrimonio sin sanción prevista^{21/22}; por su parte, Molinario extendía los casos de inexistencia a situaciones en que la nulidad no estaba contemplada²³. A la par de estos criterios, existieron voces disidentes que bregaron por la aplicación subsidiaria de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos²⁴, considerando: que nuestro Código Civil legisla de manera general sobre la nulidad de los actos jurídicos, a diferencia del derecho francés, destacando que la ley 2393 formaba parte del Código Civil²⁵; que los antecedentes que motivaron la supresión del artículo 93 del proyecto original no tienen valor interpretativo; que la aplicación subsidiaria del artículo 1.037 y siguientes del Código Civil no afecta la naturaleza del acto jurídico matrimonial, sino que por el contrario permitiría integrar y subsanar ciertas lagunas del régimen previsto en la ley 2393, fundamentalmente en lo que respecta a la declaración de oficio; y que la tesis de la especialidad conduce a resultados escasamente positivos, debiéndose recurrir a un sistema paralelo de ineficacia, como es la inexistencia matrimonial²⁶.

²¹ DÍAZ de GUIJARRO (1965).

²² Como es el supuesto de matrimonio contraído por personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio, artículo 13, ley 12. 331 y artículo 1, ley 16. 668.

²³ MOLINARIO (1960); MOLINARIO (*LL*, 108-1059); MOLINARIO (1969).

²⁴ Véase LAFFAILE, *Curso de Derecho Civil. Familia*, págs. 179 y sigs., n° 240 y sigs.; BUSSO, *Código Civil Anotado*, T. II, comentario al art. 84 LMC, n° 9 y sigs.; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, T I, n°165, 9 Ed., t. I, n° 155; SPOTA, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. II., vol. 1 (11), págs. 783 y sigs., n° 129 a 132; MAZZINGHI, *Derecho de Familia*, T.I., pág. 350, n° 129; entre otros, cit. por ZANNONI (2002-I).

²⁵ “La Ley 2393 formaba parte del Código Civil (artículos 1 y 118, L.M.C.). El artículo 118 ordenaba “...se incorporará esta ley en lugar del Título I, Sección II, Libro Primero, arreglando la numeración que corresponda a los artículos”. se deducía por tanto que las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil se incorporaban al Código y debían funcionar en armonía con el sistema general que éste organiza, cuya aplicación no había sido expresamente excluida”, LORENZO DE FERRANDO (1994: 140).

²⁶ Véase ZANNONI (2002-I: 339); LORENZO DE FERRANDO (1994).

Con posterioridad a la sanción de la ley 23.515, siguen subsistiendo ambas tesis. Pero creemos que por la particularidades que subyacen en el acto jurídico matrimonial, signado por el principio favor matrimonii, que induce al legislador y al intérprete a conceder un trato de especial protección al matrimonio en atención a la naturaleza de la unión y de su trascendencia respecto de los lazos familiares que constituye, debe darse preeminencia a la postura que aboga por la especialidad. Contestes con este hilo conductor, sostenemos que los presupuestos de validez del acto jurídico matrimonial se refieren a la inexistencia de impedimentos dirimentes (artículo 166 CC), o de vicios del consentimiento (artículo 175 CC) o de impotencia (artículo 220, inciso 3 CC). En consecuencia, sólo en estos supuestos, podremos hablar de nulidad matrimonial.

De lo expuesto se desprende que no hay otras causales que pueden motivar una nulidad absoluta o relativa, que las expresamente previstas en los artículos 219 y 220 del Código Civil (proyectadas hoy en los artículos 424 y 425), propugnándose una interpretación restrictiva y no admitiéndose los supuestos de nulidades virtuales o implícitas previstas en el artículo 18²⁷ del cuerpo legal mencionado.

Estaremos frente a una nulidad absoluta, cuando el matrimonio se hubiese celebrado no obstante mediar impedimento de parentesco por consanguinidad, por afinidad, los que derivan de la adopción plena y de la adopción simple, impedimento de ligamen y de crimen. Son los mismos impedimentos contemplados en el artículo 160 del Código Civil que se consideran de orden público internacional, en razón de lo cual no se reconocerá un matrimonio celebrado en el extranjero si se hubiese llevado a cabo mediando alguno de estos obstáculos legales, aun cuando en el país de celebración sea válido. En estos supuestos, la acción compete a cualquiera de los cónyuges –incluido el cónyuge de mala fe, y a aquéllas personas que se podrían haber opuesto a la celebración del matrimonio²⁸. Dado que el régimen de nulidades matrimoniales es especial,

²⁷ Artículo 18 Código Civil, “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

²⁸ Artículo 177 Código Civil, “El derecho a deducir oposición a la celebración del matrimonio por razón de impedimentos compete: 1° Al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio; 2° A los ascendientes, descendientes y hermanos de cualquiera de los futu-

aun tratándose de una nulidad absoluta donde está en crisis el interés de la moral o de la ley (con trascendencia del interés meramente circunstancial de las partes), no se admitirá la declaración de oficio de la nulidad del matrimonio, careciendo de aplicación el artículo 1.047 del Código Civil²⁹.

Cuando el vicio o la causa de nulidad esta sólo prevista en interés de los particulares, la nulidad del matrimonio ha de ser relativa. El artículo 220 del Código Civil³⁰ prevé la nulidad relativa para el matrimonio que ha sido celebrado mediando impedimento de edad, privación permanente o transitoria de la razón, impotencia³¹ o vicios del consentimiento, tales como la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente o de las cualidades personales del mismo.

En materia de error, el régimen actual establecido por ley 23.515, recibe el criterio amplio al admitirse el error no sólo respecto de la persona sino tam-

ros esposos; 3° Al adoptante y al adoptado en la adopción simple; 4° A los tutores o curadores; 5° Al ministerio público, que deberá deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos”.

²⁹ Artículo 1.047 Código Civil, “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.

³⁰ Artículo 220 Código Civil, “*Es de nulidad relativa: 1° Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 5 del artículo 166. La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. No podrá demandarse la nulidad después de que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, si hubieren concebido. (Inciso sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.618 B.O. 22/7/2010). 2° Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 8° del artículo 166. La nulidad podrá ser demandada por los que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. El mismo incapaz podrá demandar la nulidad cuando recobrase la razón si no continuare la cohabitación, y el otro cónyuge si hubiere ignorado la carencia de razón al tiempo de la celebración del matrimonio y no hubiere hecho vida marital después de conocida la incapacidad; 3° En caso de impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos. La acción corresponde al cónyuge que alega la impotencia del otro, o la común de ambos; 4° Cuando el matrimonio fuere celebrado adoleciendo el consentimiento de alguno de los vicios a que se refiere el artículo 175. La nulidad sólo podrá ser demandada por el cónyuge que haya sufrido el vicio de error, dolo o violencia, si hubiese cesado la cohabitación dentro de los treinta días de haber conocido el error o de haber sido suprimida la violencia.*”

³¹ Esta causal que obsta a la validez del matrimonio desaparece de las previsiones del Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012.

bién en relación a las cualidades personales, siempre que las mismas hayan sido determinantes y esenciales. Concordantemente con lo que señala Solari, es menester entender que no cualquier error en las cualidades personales del otro contrayente habilitaría, sin más, a declarar la nulidad del matrimonio, siendo preciso que tales cualidades sean determinantes. En consecuencia, dichas circunstancias serán valoradas por el juez en el caso concreto, siendo el juzgador el intérprete final, quien deberá analizar las particularidades concretas para determinar si, en definitiva, el error del cónyuge que lo alega ha sido de suficiente entidad como para deducir que, de haberlo sabido, no habría razonablemente contraído matrimonio³².

Los complejos sociológicos actuales y los nuevos paradigmas esbozados por la bioética que trascienden el campo del derecho, introducen el concepto de competencia en aras de la plenitud de la autonomía personal, haciéndonos cuestionar el alcance que debe consignarse al inciso 2 del artículo 220 del Código Civil con posterioridad a la vigencia de la Ley 26.657. La misma, a través del artículo 42 ha incorporado el artículo 152 ter al Código Civil, estableciendo que *“Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”*. Con anterioridad a la reforma, Zannoni propugnaba que el impedimento descansaba en el supuesto de hecho de la alienación mental y no en la interdicción, subrayando que en el caso del interdicto se presumía el estado de permanente alienación mental, en tanto que en el insano no interdicto la alienación es un hecho, objeto de prueba³³. Ahora bien, nos cuestionamos si estos postulados son contestes con los nuevos desfraccionamientos y fraccionamientos realizados por la norma, preguntándonos si para que tal presunción opere, se requiere que en la sentencia se mencione de manera expresa la limitación para contraer matrimonio. El nuevo escenario normativo nos hace reflexionar asimismo sobre el plazo previsto en dicha norma, y si los efectos de tal limitación operarían luego de

³² SOLARI, Néstor E. (2011); véase también MAFFÍA, Jorge (LL 108-1134).

³³ ZANNONI (2002-I: 367).

transcurridos los tres años sin que el pronunciamiento judicial sea revisado. Dentro de los lineamientos del derecho proyectado, se erige a la falta permanente o transitoria de salud mental como un impedimento de carácter dispensable (artículo 405), manteniéndose la sanción de nulidad relativa en caso de matrimonios celebrados sin la dispensa respectiva.

En suma, sólo estarán legitimados para ejercer la acción de nulidad quienes establecen los artículos 219 y 220 del cuerpo legal mencionado, siendo improcedente la declaración de oficio de la nulidad absoluta, por requerirse en todos los supuestos el *ius acussandi* como condición de juzgamiento según lo previsto en el artículo 239 del Código Civil³⁴. Este trato especial queda demostrado además, con la inclusión entre los legitimados para demandar la nulidad al cónyuge que obró de mala fe, vislumbrándose una vez más la ausencia de remisión al régimen de nulidades de los actos jurídicos en general. Por último, en relación a las consecuencias de la nulidad del matrimonio, la sentencia produce efectos *ex nunc*: a partir del momento en que quede firme y para el futuro el vínculo quedará sin efecto alguno; pero en cuanto al pasado –*ex tunc*– la nulidad no impide considerar la unión como si hubiese sido civilmente válida³⁵. Éste configura un supuesto más que materializa y reafirma la especialidad en materia de nulidad matrimonial.

En las líneas que nos preceden, hemos hecho referencia a los supuestos de nulidad del acto jurídico matrimonial, pero adelantamos que en esta materia se admite la inexistencia del acto, observando que no es lo mismo no existir que existir viciado. A los casos de inexistencia contemplados en la ausencia de los presupuestos de existencia previstos en el artículo 172 del Código Civil, se

³⁴ Artículo 239 Código Civil, “*La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de ambos esposos. Uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiera la nulidad del anterior, se juzgará previamente esta oposición. El supérstite de quien contrajo matrimonio mediando impedimento de ligamen puede también demandar la nulidad del matrimonio celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior. La prohibición del primer párrafo no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez del matrimonio y su nulidad absoluta fuere invocada por descendientes o ascendientes. La acción de nulidad de matrimonio no puede ser promovida por el Ministerio Público sino en vida de ambos esposos. Ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo*”.

³⁵ ZANNONI (2002-I: 391).

suma el inciso 9 del artículo 166 “*La sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera*”, que si bien está conceptualizado como impedimento que conllevaría la nulidad del acto, es una hipótesis de inexistencia por no existir consentimiento, subsumiéndose en los presupuestos exigidos por el artículo 172 mencionado. Esta observación ha sido recogida por el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, eliminándose como impedimento.

No es menor hacer el distingo entre inexistencia y nulidad, en razón de las consecuencias diversas que cada instituto supone, ya que la declaración de nulidad exige de la promoción de la acción judicial respectiva; en tanto que la inexistencia, comprobada por el juez en un proceso, permite a éste negar todo efecto al pretendido matrimonio. Además, la inexistencia implica que el matrimonio sea privado de todo efecto; en cambio la declaración de nulidad no obsta al reconocimiento de ciertas consecuencias en los supuestos de matrimonio putativo. Asimismo la inexistencia puede ser opuesta por cualquier interesado, aunque su interés sea meramente moral, en tanto que la acción de nulidad sólo puede ser demandada por quienes tienen legitimación, es decir por los cónyuges y por los que pueden oponerse a la celebración del matrimonio. Finalmente, la inexistencia impide la confirmación del acto, o en su caso, la caducidad del derecho a alegarla, en tanto que la nulidad –en determinados supuestos- no obsta a la caducidad de la acción respectiva³⁶.

2. INEFICACIAS QUE SUPONEN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL DE NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

2.1 Nulidad del reconocimiento

Las litigios que controvierten las relaciones jurídicas paterno filiales de carácter extramatrimonial, generalmente van asociadas en nuestro Derecho a discutir los presupuestos de hecho de la aludida relación, la existencia misma del vínculo biológico entre el padre y su hijo. Por ello, la vía prevista por el ordenamiento jurídico a tales fines, es la acción de impugnación del reconocimiento. Típica acción de filiación de carácter desplazatorio, se halla prevista

³⁶ ZANNONI (2002-I: 344).

en el artículo 263 del Código Civil, y estipula que *“El reconocimiento que hagan los padres de los hijos concebidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento.”*

Ahora bien, no obstante que dicha acción cuenta con un elenco amplio de legitimados activos, parte de la doctrina y de los pronunciamientos jurisprudenciales le han negado al reconociente la facultad de incoar tal proceso a fin de controvertir la filiación establecida. Entre las principales razones aducidas para tal negativa, se hallan el carácter irrevocable que asume el reconocimiento efectuado válidamente³⁷ (artículo 249 CC), como constitutivo de un título de estado de familia. Además, se ha fundamentado en la doctrina de los actos propios, considerando inadmisibles una pretensión que importe ponerse en contradicción con los propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces³⁸. Asimismo, si el reconocimiento se ha efectuado a sabiendas de que no se es el padre, tal conducta importa un delito, y nadie puede invocar su propia torpeza para fundar un derecho³⁹. Así, se ha entendido que *“... una vez reconocido no puede luego pretender que la justicia ampare su arrepentimiento. La ley no puede proteger comportamientos irresponsables. Es de la esencia de la conducta jurídica de las personas que su accionar sea coherente, no pudiendo defraudar la confianza suscitada por la conducta anterior, mediante una acción posterior contraria y aceptarlo importaría tanto como —por la sola voluntad del recurrente— revocar lo que la ley expresamente declara irrevocable”*⁴⁰.

Pero esta interpretación se ha sostenido que cederá, si el reconociente demuestra con prueba sólida (que sería la prueba de ADN), prácticamente irreductible, el interés que requiere el artículo 263 del Código Civil para deducir la pre-

³⁷ ZANNONI (2002-II: 486).

³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos “P., O. M. c. A., D. H. y otro”, 27/10/2004, LLBA 2005 (marzo), 172.

³⁹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, fallo citado.

⁴⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, autos “A., A. M. c. S., A.”, LLBA 2009 (febrero), 86.

tensión⁴¹.

A su vez, existe una línea que se abre hacia la admisión de la legitimación del reconociente para impugnar su reconocimiento, con argumentos basados en que el interés superior del niño se traduce en no permanecer con una identidad falsa, o en la ponderación de los derechos en juego, que hace que el principio general que usualmente se hace jugar en estos casos, la teoría de los actos propios, se subsuma en mérito de otro por considerarlo de mayor jerarquía⁴².

La posición amplia en materia de legitimación activa surge de los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012.

A la par de esta acción, que tiende a desplazar del estado de familia ante la inexistencia de vínculo biológico, se encuentra la acción de nulidad del reconocimiento, que obedece a una finalidad diversa: dejar sin efecto el acto jurídico del reconocimiento. Es decir, ataca la validez sustancial del acto jurídico que lo contiene, por vicios que atañen a su eficacia constitutiva como tal. No se discute si el reconociente es el padre o la madre, sino el vicio sustancial que impide que el acto jurídico produzca sus efectos propios⁴³; ello en razón de tratarse de una acción prevista para atacar la eficacia de los actos jurídicos, y no de una acción de filiación regulada por el derecho de familia⁴⁴.

Por ello, la irrevocabilidad que un sector esgrime como característica definitoria del acto de reconocimiento de la filiación, no es óbice para el progreso de la acción de nulidad incoada por el reconociente, si es que mediaron defectos en el acto pasibles de aparejar su ineficacia⁴⁵. Lo que llevan en común ambas acciones, es que el resultado en definitiva será el mismo: el reconocimiento caerá. En un caso por comprobarse la ausencia del supuesto fáctico que le da-

⁴¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, fallo citado. Del voto de la Dra. Dabadie.

⁴² Puede verse: OTERO (2011: 5).

⁴³ ZANNONI (2002-II: 483).

⁴⁴ En este sentido, se ha sostenido que esta acción no está contemplada en la ley como acción de filiación, sino que surge de una construcción doctrinaria jurisprudencial aplicando los principios generales de los actos jurídicos. Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza, autos A., C. c. C., M. N. p/ Acciones de Filiación, de fecha 30/06/2009, www.jus.mendoza.gov.ar

⁴⁵ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, fallo citado.

ba sustento. En el otro, por tornarse ineficaz el acto jurídico que lo contiene. Pero, y esta es otra de las diferencias sustanciales entre ambas acciones, los efectos de la cosa juzgada en la acción de impugnación impiden su reiteración en otro proceso, mientras que la anulación del reconocimiento, no impide en el futuro un nuevo reconocimiento mediante un acto válido⁴⁶. Pero, si se plantea la acción de nulidad, y el demandado acredita la existencia de nexo biológico, se entendería que prevalece la verdad biológica por encima de las causales de nulidad relativa que puedan afectar el acto jurídico del reconocimiento, situación que impide que dicha acción prospere.

En razón de tratarse el reconocimiento de un acto jurídico unilateral, procede la aplicación de las normas que regulan la nulidad de los actos jurídicos en general (de los que el acto jurídico familiar hace parte); entre ellas, las que captan los supuestos de procedencia o causales de nulidad. Por tanto, y trasladando tales conceptos generales a las particularidades del acto de reconocimiento, podemos entender que la nulidad procedería en los siguientes casos⁴⁷:

1) Vicios de la voluntad: Aquí nos encontramos con aquellos supuestos en que la voluntad del reconociente se halla afectada de error, dolo o violencia. Si bien los precedentes jurisprudenciales en la materia no resultan abundantes, los casos llevados a juzgamiento giran en torno al error como vicio de la voluntad alegado por el reconociente.

Las particularidades del acto jurídico familiar del reconocimiento, exigen precisar cuál es la diligencia que debe observar el sujeto para alegar que ha incurrido en un error excusable al momento de reconocer. Resulta importante, a tal efecto, colocarnos en las específicas circunstancias que rodean a hechos de tal naturaleza y, entonces, apreciar la magnitud de la conducta que se pretende encuadrar en el error, como vicio de la voluntad, en el acto jurídico del reconocimiento⁴⁸.

Así, el artículo 929 del Código Civil reza: "El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignoran-

⁴⁶ ZANNONI (2002-II: 483).

⁴⁷ En materia de supuestos de procedencia de la nulidad del reconocimiento, puede verse: KRASNOW (2005: 93/94). ZANNONI (2002-II: 483-485).

⁴⁸ SOLARI (2008).

cia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable". En materia de error aplicado al reconocimiento paterno, ha dicho la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que "El error excusable requiere un comportamiento normal, razonable, prudente y adecuado a las circunstancias, no resultando sancionable cuando haya habido razón para errar; por tanto, no es posible su alegación cuando esa ignorancia provenga de una negligencia culpable"⁴⁹. En el caso juzgado por dicho Tribunal, se entendió que surgía nítida la negligencia, en virtud de que previamente al reconocimiento, el padre había recibido consejo de un amigo, acerca de la conveniencia de realizar una prueba de ADN y que el actor le dijo no haberlo hecho porque estaba enamorado de la madre de la niña, y si le planteaba esa duda la perdería. De ello se pudo desprender la falta de cuidado y previsión con la que actuó el demandante en la emergencia y, en definitiva, que el error pudo evitarse empleando la diligencia necesaria. Solari discrepa, entendiendo que "... si ante la menor duda de una paternidad —para no incurrir en error, en términos jurídicos—, la ley exigiera al sujeto que debe recurrir a la prueba biológica para no caer en negligencia culpable, fácil es deducir que las acciones de filiación serían innumerables en la práctica judicial"⁵⁰. Por ello entiende que la simple duda al momento de la paternidad no impide alegar luego el error basado en el artículo 929 citado, salvo que existan elementos precisos y concordantes que lleven a encuadrarlo como un obrar negligente. Ello en razón de que, en primer lugar, la negligencia en el error no cabe analizarla en abstracto, sino en el caso concreto. Segundo, porque el error a veces es admisible teniendo en cuenta la "posición particular del sujeto", lo que debe valorarse especialmente cuando el reconociente tiene una relación afectiva con la madre del menor⁵¹. Esto último constituye una plataforma fáctica común en los decisivos dictados en la materia, infiriéndose de ello que ha habido "razón para errar", y por ende excusabilidad del error⁵².

⁴⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, autos F., H. E. v. B., R. E. y otro, 21/11/2007, *AbeledoPerrot Online*, Lexis N° 70046190

⁵⁰ SOLARI (2008).

⁵¹ SOLARI, (2008).

⁵² C. Familia Córdoba, 2ª, autos CH. M. v. M. E. CH., 13/06/2008, *Abeledo Perrot Online*, Lexis N° 70053708. En el mismo sentido de apreciar la relación afectiva que unía al reconociente con la madre, Juzg. Civ. y Com. Rosario, n. 18, autos M, A. M v. N., P.,

2) Falta de discernimiento: Aquí nos hallamos frente al reconocimiento prestado en casos de ausencia momentánea o circunstancial del discernimiento; cabría incluir asimismo, el reconocimiento otorgado por menores impúberes, en razón de no mediar en este caso, discernimiento para los actos lícitos (que a la postre coincide con la edad mínima exigida para reconocer hijos, según artículo 286 del Código Civil). Respecto de la incapacidad decretada en razón de padecimientos psíquicos, cabe traer a colación la ley número 26.657 que incorpora el artículo 152 ter al cuerpo del Código Civil. Tal norma, además de limitar el período de las declaraciones judiciales de incapacidad, prevé que deberán especificarse las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Cabría pensar, de acuerdo asimismo con una interpretación acorde con la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, que si no está específicamente limitado, podría la persona declarada incapaz en razón de padecimientos psíquicos, efectuar libremente el reconocimiento de sus hijos.

3) Vicios de forma: Aquí se alude al reconocimiento efectuado sin cumplir con las formas previstas por el artículo 248 del Código Civil. Sin embargo, cuando aludimos a reconocimientos que no importan la constitución de un título de estado, por tratarse los mismos de un acto formal no solemne, si el instrumento público donde consta es declarado nulo por vicios de forma, el reconocimiento tendrá validez si el documento cumple los requisitos de instrumento privado⁵³.

4) Por mediar un emplazamiento previo: Por aplicación del principio contenido en el artículo 250 del Código Civil, que establece que no se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida, en razón de que una persona no puede ser titular de dos estados filiales al mismo tiempo, es pasible de nulidad el acto de reconocimiento que contraría una filiación anterior, mientras ésta no haya sido impugnada. En caso de que el oficial público del Registro Civil anotase un reconocimiento que se refiera a una persona cuya paternidad o maternidad resultan ya del acta de nacimiento del reconocido, (por aplicación del artículo 1.044 del Código Civil) el mismo sería

17/10/2008, *Abeledo Perrot Online*, Lexis N° 70057354.

⁵³ KRASNOW (2005: 93).

pasible de nulidad, que al decir de Zannoni, sería una nulidad absoluta (artículo 1.047 CC), por afectar la estructura del estado de familia⁵⁴. Así lo entendió un decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala II, donde se dispuso que *“El reconocimiento realizado con posterioridad del Sr. R. R., como dice la sentencia atacada, es nulo y de nulidad absoluta, porque no se puede reconocer a una persona cuya maternidad y paternidad surge de un acta o partida de nacimiento del reconocido”*⁵⁵.

5) Por imposibilidad de que el reconociente sea el padre o la madre del reconocido: Se trata de supuestos en los que, por diferencia de edad mínima, o ser el reconocido mayor que el reconociente, se demuestra la imposibilidad de la descendencia biológica entre el padre emplazado y el hijo⁵⁶.

6) Reconocimiento del niño adoptado bajo la forma plena: Conforme lo previsto en el artículo 327 del Código Civil, no procede la reclamación de filiación o el reconocimiento posterior a la adopción plena⁵⁷.

Ahora bien, en relación a los plazos de prescripción que rigen en la materia, y por aplicación del régimen genérico de los actos jurídicos, la acción de nulidad en razón de vicios del consentimiento, está sujeta al plazo de prescripción de dos años desde que la violencia o intimidación hubiese cesado, y desde que el error o el dolo fuesen conocidos (artículo 4.030 del CC); en los demás supuestos, rige el plazo genérico de diez años desde haber tomado noticia del acto del reconocimiento (artículo 4.023, párr. 2do., CC). Si se trata de una causal de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible⁵⁸.

Por último, y en materia de efectos, cabe remitirse a la doctrina general de la nulidad de los actos jurídicos. Pero correspondería citar una particularidad que propone la jurisprudencia, en razón de los intereses en juego en la materia aludida. Y es la posibilidad del mantenimiento del uso del apellido, no obstante la ausencia de vínculo filial y los efectos de la nulidad del acto jurídico fa-

⁵⁴ ZANNONI (2002-II: 484).

⁵⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala II, autos S., M. y otro c. R., R. y/u otro, 23/12/2008, AR/JUR/23572/2008.

⁵⁶ KRASNOW (2005: 93).

⁵⁷ KRASNOW (2005: 93).

⁵⁸ KRASNOW (2005: 93).

miliar en cuestión. Así, en un decisorio de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, por mayoría se resuelve que la persona desplazada del vínculo filiatorio en razón de la nulidad del reconocimiento, siga llevando el apellido paterno. Citando precedentes que así lo dispusieron en el marco de acciones de impugnación de la filiación⁵⁹, y partiendo de que la filiación biológica y el nombre merecen un tratamiento jurídico diverso, una protección diferenciada, se concluye que “... *el derecho protege de manera diferenciada la filiación y el nombre por cuanto éste, mucho más que la fría asignación documental de la inscripción ante el Estado, es atributo de la persona humana, provocando su sola invocación la representación total de lo que ese ser es (...)* Luego, después de veinte años de uso de un nombre, no pueden haber dudas que la persona y su nombre ya son inescindibles, ni hay derecho a separarlos”⁶⁰. En este sentido, entiende Krasnow que “*Siendo la identidad un conjunto de eslabones que se unen para permitir la proyección social de la persona, la pérdida de uno de ellos no debe conducir necesariamente a la pérdida de otros*”⁶¹.

2.2 Actos de disposición otorgados sin asentimiento del cónyuge. Artículo 1.277 del Código Civil

En el marco de la regulación del régimen patrimonial del matrimonio, nuestro ordenamiento normativo sienta el principio de gestión separada, según el cual cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y los gananciales de su titularidad (artículo 1.276 del Código Civil según texto otorgado por la ley 17.711). Pero a renglón seguido, el artículo 1.277 consagra límites a la libre disponibilidad; estableciendo que será necesario el consentimiento del otro cónyuge para disponer de los bienes gananciales que allí se enumeran. Restricción que alcanza incluso a los bienes propios, y se extiende en el tiempo más allá de la disolución de la sociedad conyugal, cuando se trate de un inmueble en que se halle asentado el hogar

⁵⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 2003/10/24, G. de M., A. c. M., G, LL 2004-D, 635. C. Familia 1º Nominación, Córdoba, 23/10/2003, LL, 2003-C, 299.

⁶⁰ Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza, autos A., C. c. C., M. N. p/ Acciones de Filiación, de fecha 30/06/2009, www.jus.mendoza.gov.ar

⁶¹ KRASNOW (2004).

conyugal y vivan allí hijos menores o incapaces⁶².

Dicha disposición normativa, merece dos aclaraciones preliminares. En primer lugar, la citada limitación constituye una restricción al poder de disposición de los cónyuges, pero no importaría, al decir de Zannoni, una incapacidad de derecho. Ello en virtud de que el cónyuge **posee** esa facultad de disposición, pero el negocio se integra con la conformidad del otro, o bien se da al otro un derecho de oposición⁶³. Otras posiciones autorales lo ven, ora como una restricción a la capacidad, ora como una incapacidad de derecho⁶⁴.

En segundo lugar, en vez de aludir a la voz consentimiento, el texto legal debería haber dicho **asentimiento**, por cuanto tal disposición de voluntad no forma parte del negocio principal, sino que es una condición jurídica para su validez. Esto es, el cónyuge que debe otorgar la autorización no es co-disponente en el negocio jurídico en cuestión⁶⁵.

En suma, el asentimiento requerido por la norma se erige en una condición de eficacia del acto jurídico que el cónyuge pretende otorgar. Si éste prescinde de requerir tal conformidad, sobrevendría una sanción de ineficacia sobre el acto jurídico celebrado en tales condiciones. La ausencia de mención específica acerca de la misma, hace que se discuta en doctrina y jurisprudencia cuál es la concreta sanción que le cabría al acto, debatiéndose las posturas entre la

⁶² Artículo 1277 Código Civil: *“Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.*

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

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

⁶³ ZANNONI (2002-I: 612/613).

⁶⁴ PERRINO (2006).

⁶⁵ Puede verse in extenso: ZANNONI (2002-I: 614). PERRINO (2006). Citan asimismo la postura de FASSI y BOSSERT para quienes, en cambio, es correcto el término consentimiento, por cuanto la concurrencia del cónyuge no administrador, exterioriza un acto de co-disposición en su carácter de socio de la sociedad conyugal.

nulidad y la inoponibilidad.

a) **NULIDAD:** entre quienes se pronuncian por considerar a la nulidad, como la sanción jurídica que se corresponde con la falta de asentimiento, se cita como aplicable el artículo 1.043 del Código Civil, según el cual “*Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare*”. En el presente género de casos, si bien la ley no prohíbe absolutamente al cónyuge titular el otorgamiento del acto, le coarta celebrarlo con su sola intervención⁶⁶.

Se ha dicho asimismo, que corresponde anular el acto, por cuanto la ausencia de asentimiento implica la carencia de un presupuesto de validez del acto por integrar la voluntad del cónyuge disponente⁶⁷. A su vez, los partidarios de considerar la exigencia de asentimiento como una incapacidad de derecho relativa, traen a colación el artículo 1.040 del Código Civil, que exige para la validez del acto, que sea otorgado por persona capaz de cambiar su estado de derecho⁶⁸. Se recurre también al artículo 18 de Código Civil el cual estipula que “*Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención*”. En nuestro caso, al no tener específicamente contemplada la sanción ante la inobservancia de la exigencia legal, cabría tal remisión.

Si bien puede discreparse acerca de los fundamentos que llevan a considerar al acto pasible de nulidad, puede hablarse de un consenso acerca de que la misma es relativa, por cuanto se decreta en interés del cónyuge que tuvo que prestar el asentimiento, estando legitimados para invocarla sólo él o sus herederos⁶⁹.

El efecto de considerar a la nulidad como la sanción a aplicar al acto carente de asentimiento conyugal, es la prevista en el artículo 1.050 del Código Civil, que establece que “*La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado*”. Aquí

⁶⁶ ZANNONI (2002-I: 636).

⁶⁷ Cámara Civil y Comercial de Tucumán, sala I, autos Falcucci de Warnes, Marta v. Fayoni de Leiró, Blanca I. y otros, 09/05/1984, JA 1984-IV-593.

⁶⁸ PERRINO (2006).

⁶⁹ Cámara Civil y Comercial de Rosario, sala II, autos Evans, Arnaldo v. Wasser, Julio, 22/11/1994, JA 1995-III-83.

implicaría la restitución del bien, o que el gravamen sea dejado sin efecto; ello, sin perjuicio de los daños a resarcir por el cónyuge que dispuso inválidamente. Sostiene Azpiri, que en caso de que se haya transmitido a un tercero de buena fe y a título oneroso, la nulidad no tendrá tal efecto restitutorio. Pero tratándose de inmuebles, considera que el adquirente no será de buena fe cuando del estudio de título, resulte el estado civil del transmitente y la consiguiente necesidad de obtener el asentimiento conyugal⁷⁰.

En razón de tratarse de una nulidad relativa, el cónyuge no disponente podría confirmarlo (artículo 1.059 CC), de manera expresa o tácita; e incluso el juez convalidarlo.

b) INOPONIBILIDAD: La doctrina autoral y jurisprudencial que comparte la idea de que la inoponibilidad es la sanción de ineficacia aplicable en este género de casos, entiende que en razón de que el cónyuge que debió prestar el asentimiento no es parte del negocio jurídico que pasara sin su autorización, el acto como tal no es inválido sino inoponible a dicho cónyuge⁷¹.

Perrino cita a Vidal Taquini quien, partidario de la tesis de la inoponibilidad, sostiene que "... el asentimiento del cónyuge no administrador es un elemento de eficacia del acto, por la falta de legitimación del cónyuge disponente (...) como la nulidad puede ser una sanción demasiado grave y toda vez que no siempre es imprescindible que el acto caiga en su totalidad, la idea de la inoponibilidad es la que mejor responde a la falta de asentimiento"⁷². Considera asimismo, que la acción de inoponibilidad podría promoverse sin esperar la disolución del régimen, ni a la partición, pero en tal caso, no se podrá reivindicar el bien enajenado, lo que sí se podrá hacer después de la terminación del régimen y antes de la partición al sobrevenir la indivisión en la medida de su mitad indivisa⁷³.

⁷⁰ AZPIRI (2002: 151/152).

⁷¹ Podemos encontrar fallos que sostienen la postura de la inoponibilidad, tal como el dictado por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, con fecha 10/12/1981, autos Gauna de Dezalot, Petrona v. Dezalot, Víctor Hugo, publicada su síntesis en JA 1982-II, según el cual "*El acto oneroso de disposición de un bien inmueble ganancial, realizado por uno de los cónyuges a favor de un tercero, sin el asentimiento del otro cónyuge, es inoponible a éste*".

⁷² PERRINO (2006).

⁷³ Op. cit. En el mismo sentido, la Cámara Civil y Comercial de Junín, en fallo de fecha 28/05/1981, autos Traberso de Bisio, Santa M. v. Meana, José, publicado en JA 1982-I-677,

Sobre esta última cuestión, atinente al tiempo de promoción de la acción de inoponibilidad, algunos sostienen que tal acción solo podrá ser ejercida una vez producida la disolución de la sociedad conyugal exigiendo el cónyuge que no prestó el asentimiento, se incluya en el activo o masa partible el bien dispuesto; y si éste se adjudica en su hijuela, tendría acción de restitución contra el adquirente o tercero. Esta última posición, le vedaría el incoar su pretensión durante la vigencia del régimen patrimonial, por cuanto el bien no integra su masa de gestión y sólo tiene sobre él derechos eventuales⁷⁴.

Por último, hay quienes propician calificar el acto de fraudulento, por lo que el cónyuge podría plantear la acción del artículo 1.298 del ordenamiento civil, sin necesidad de aguardar la disolución del régimen⁷⁵.

En suma, ¿cuáles serían las consecuencias de admitir una u otra sanción de ineficacia?⁷⁶

Si el acto de disposición es **nulo, es prescriptible**, no entre cónyuges (artículo 3.969 CC) sino respecto del tercero que adquirió (arts. 3.981 y 4.023 del mismo cuerpo legal); en cambio, si es inoponible, no existiendo plazo para plantear la cuestión, la acción de inoponibilidad no se extingue;

Por otra parte, si el acto es nulo, el tercer adquirente deberá restituir el bien (artículo 1050 CC); si es inoponible, el acto como tal se reputa válido, y el tercero si es pasible de acción reipersecutoria, podría ofrecer satisfacer el valor

se estableció que “*Si durante la vigencia de la sociedad conyugal una de las partes dispone de un bien ganancial de su administración sin el asentimiento del otro cónyuge, este acto le es inoponible al último, y la inoponibilidad puede deducirse sin esperar la disolución del régimen conyugal, ni la partición; pero en esta situación no se podrá reivindicar el bien enajenado; sólo en el caso de haber disolución de la sociedad conyugal puede reivindicar por su parte indivisa la cosa mientras dure la indivisión postcomunitaria, y luego de la partición la reivindicación será viable siempre y cuando el bien haya quedado en el lote que le fuera adjudicado al cónyuge que no asintió en el acto de disposición.*”

⁷⁴ Posición citada por ZANNONI (2002-I: 637).

⁷⁵ Posición de CICHERO: “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, ED 63-471, citada por ZANNONI (2002-I: 638). ZANNONI entiende que el acto concluido sin asentimiento, no necesariamente es fraudulento, ya que por ejemplo puede no existir complicidad del otro; ello sin desconocer que, a su vez, el acto de disposición carente de asentimiento puede ser también pasible de fraude; en cuyo caso asiste al cónyuge accionante la posibilidad de acudir a la acción prevista en el artículo 1298 CC (ZANNONI 2002-I: 639).

⁷⁶ Seguimos en este punto el criterio diferenciador que expone ZANNONI (2002-I: 638/639).

del bien y retenerlo en su patrimonio;

A su vez, los efectos de la nulidad no podrían extenderse a terceros de buena fe y a título oneroso (artículo 1.051 CC)⁷⁷; mientras que en la inoponibilidad, los efectos declarativos de la partición en que se incluyó el bien en la hijuela del cónyuge del disponente, permitirán perseguirlo en poder de quien se encuentre;

Para Zannoni, sostener la inoponibilidad, y diferir sus efectos a una futura y eventual liquidación de la sociedad conyugal, implica desconocer el sentido tuitivo del artículo 1.277 del Código Civil, que exige control de gestión por parte del cónyuge no disponente; y si bien éste no tiene derechos actuales sobre la masa de gestión del otro, si tiene un derecho actual a preservar la integridad del patrimonio ganancial⁷⁸.

En definitiva, el punto de partida de cada opinión reside en la naturaleza del asentimiento, y su carácter en el acto de otorgamiento del acto de disposición. Si se entiende que el asentimiento integra el acto, el cónyuge alegará invalidez; si se lo conceptúa tercero, será inoponible⁷⁹.

En cualquier caso, las normas generales sobre ineficacias de los actos jurídicos acuden aquí a coadyuvar con la finalidad perseguida por el legislador a través de las restricciones impuestas al poder dispositivo; que se traducen tanto en proteger la expectativa que sobre los gananciales tiene y se le reconoce al cónyuge no disponente, como en otro caso, el interés familiar en la protección del hogar conyugal.

El Proyecto del año 2012 se pronuncia por la sanción de nulidad ante la omisión de requerir el consentimiento tanto en las previsiones comunes a ambos regímenes patrimoniales, como en las propias del régimen de comunidad.

3. REFLEXIONES FINALES

El estudio realizado lejos de plantear una contradicción entre el derecho de

⁷⁷ Tener en cuenta en este punto, la postura de AZPIRI, en la cita 70 del presente, quien no calificaría de buena fe al tercero adquirente de inmuebles a título oneroso cuando del estudio de títulos surja su estado civil y la necesidad de asentimiento.

⁷⁸ ZANNONI (2002-I: 639).

⁷⁹ ZANNONI (2002-I: 638).

familia y el derecho privado en general, muestra la posibilidad de diferentes respuestas jurídicas en atención a las particularidades de los fenómenos en cuestión, en aras de una armonización.

Por una parte, consideramos que en los supuestos del acto jurídico matrimonial no debe mediar remisión alguna al régimen de nulidades de los actos jurídicos, *“siendo el establecido autosuficiente y dando lugar a las consecuencias propias de la especialidad que consagra, de tanta importancia en lo vinculado con la extensión de los supuestos, la legitimación de los invocantes y los efectos que derivan de la declaración de nulidad”*⁸⁰. En tanto, frente al reconocimiento y a la ausencia de asentimiento conyugal en actos de disposición patrimonial, debe recurrirse a los postulados genéricos de las ineficacias en el Derecho Privado. Todo ello, en razón de que *“el derecho de familia se integra en el derecho civil – en razón de la materia – aunque el contenido de las relaciones jurídicas familiares trascienda el mero interés particular de los individuos para satisfacer, en muchos casos, contenidos de orden público. No dejan de ser relaciones de coordinación entre personas, aunque estén en función –o para lograr- la satisfacción de intereses familiares”*⁸¹.

⁸⁰ D´ANTONIO (1987: 162).

⁸¹ ZANNONI, (2002-I: 50/51).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZPIRI, Jorge O., (2002): *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., Editorial Hammurabi.

BERNÁNDEZ CANTÓN, (1966): *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid, Tecnos.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1998): “La Teoría General del Derecho como sistema jurídico, urgente necesidad de la ciencia jurídica occidental”, N° 23, *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, (1976): *Aporte para una teoría de las Respuestas Jurídicas*, Rosario, Consejo de Investigaciones, Universidad Nacional de Rosario.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, (1994): “Comprensión trialista del Derecho de Familia”, *Investigación y Docencia*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho Público y Derecho Privado”, LL 1979 – D, 956 ss. <http://www.laleyonline.com.ar/app/laley/documentBody?num2re=15&collection...>

D’ANTONIO, Daniel H, (1987): *Régimen legal del matrimonio civil*, comentario al artículo 219, pág.162

DÍAZ de GUIJARRO, Enrique (1965): “Matrimonios prohibidos sin sanción prevista de nulidad”, JA 1965, III, 75, sección doctrina.

KRASNOW, Adriana N., (2004): “El desplazamiento del estado filial y su repercusión en el derecho de identidad. La facultad concedida al hijo de continuar con el uso del apellido paterno”, *La Ley 2004-D*, 635.

KRASNOW, Adriana N., (2005): *Filiación*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2005.

LEVY, Lea - MONTEAVARO, Graciela C., (2011): “Modificaciones al Código Civil sobre matrimonio. Personas del mismo sexo. Reseña debate parlamentario (Poder Legislativo)”, *Revista de Derecho de Familia*, N° 48, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 6 y ss.

LORENZO DE FERRANDO, María Rosa, (1994): “Nulidades Matrimoniales”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Tomo III, Directores: Carlos Lagomarsino – Marcelo Salerno, Coordinador General: Jorge Uriarte, Buenos Aires, Editorial Universidad.

MAFFÍA, Jorge, “Dolo y error en materia matrimonial”, *LL* 108-1134.

MENDEZ COSTA, María Josefa (2006): *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

MOLINARIO, Alberto (1969): “De la cuasi inexistencia matrimonial”, *JA* 3-1969-494.

MOLINARIO, Alberto, (1960) “De un supuesto de inexistencia matrimonial”, *JA* 1960, II, 77.

MOLINARIO, Alberto: “De los nuevos supuestos de inexistencia matrimonial”, *LL*, 108-1059.

OTERO, Mariano C., (2011): “Impugnación de paternidad extramatrimonial. Legitimación del reconociente y plazo de caducidad de la acción”, en *Diario La Ley*, Lunes 13 de junio de 2011, pág. 5 y ss.

PÉREZ LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime – MAGAZ Y SANGRO, Carlos (1987): *Derecho Canónico matrimonial para juristas*, Madrid;

PEREZ ZABALA, Victoria, (2011): “Es la historia de un amor”, *La Nación Revista*, 17 de julio de 2011.

PERRINO, Jorge O., (2006): *Derecho de Familia*, Lexis Nexis, 2006. Lexis N° 7002/011286.

PLANIOL – RIPERT, (1997): *Tratado práctico de derecho civil francés*, t.II.

RÉBORA, Juan C., (1946), *Instituciones de la familia*, T. 2, Buenos Aires, Kraft.

SOLARI, Néstor E., (2008): “La teoría del error en el reconocimiento de hijo”, *LL* 2008-C, 213.

SOLARI, Néstor E., (2011): “El error en el matrimonio”, *La Ley* 03/05/2011, 7.

ZANNONI, Eduardo A. (2002): *Derecho de Familia*, Tomo I, Cuarta Edi-

ción actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea.

ZANNONI, Eduardo A. (2002): *Derecho de Familia*, Tomo II, Cuarta Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea.