

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL ARTÍCULO 308 DEL CÓDIGO CIVIL

ERNESTO M. BELÇAGUY

Las múltiples modificaciones que se introducen en las normas legales, mediante derogaciones, nuevos textos y otras de diverso carácter, crean en múltiples ocasiones ciertas dudas, y a veces incertidumbre de qué ley es la que rige respecto de determinados casos. Un ejemplo de ello es el artículo que sirve de título a este trabajo.

El artículo 308 del Código Civil en su origen tuvo la siguiente redacción: "La madre viuda que contrajere segundas nupcias, pierde la patria potestad".

El artículo 239 del mismo Código estatuye: "La viuda que teniendo bajo su patria potestad hijos menores de edad, contrajere matrimonio, debe pedir al juez que les nombre tutor", artículo que pasó a ser reemplazado por el 95 de la ley 2393, con la sola variante de que el vocablo "contrajere" fuera suplantado por "contrajese".

La ley 10903 referente al Patronato de Menores, por su artículo 3º, entre otros derogó el mencionado 308, acordándole el siguiente contenido:

"El padre o la madre que haya sido condenado por delito grave o que haya sido objeto de varias condenas, que demuestren que se trata de un delincuente profesional o peligroso, pierde el ejercicio de la patria potestad. La madre que contrajere nuevas nupcias pierde el ejercicio de la patria potestad de los hijos de matrimonios anteriores, pero

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

enviudando lo recupera".

Por razones de lógica y buen sentido, en lugar de haber colocado el primer apartado en ese artículo, me parece que hubiera estado más acertado incluyéndolo como un nuevo inciso, o sea el 4º del artículo 307, que se refiere a los distintos casos en que la patria potestad se pierde.

Más tarde al promulgarse la ley 11357, de Derechos Civiles de la Mujer, en su artículo 1º instituyó: "La mujer mayor de edad (soltera, divorciada o viuda) tiene capacidad para ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes reconocen al hombre mayor de edad", y en el 3º estableció que: "La mujer mayor de edad, casada: 1º Conserva y ejerce la patria potestad de sus hijos de un matrimonio anterior", agregando por el 9º, que: "Quedan derogadas las disposiciones del Código Civil y de las leyes complementarias en cuanto sean modificadas o se opongan a la presente, la que formará parte de dicho Código".

Como enseña Salvat(1)(288): "Derogar o abrogar una ley significa dejarla sin efecto, quitarle su fuerza obligatoria, sea que se la reemplace por otra o no".

En consecuencia esa derogación expresa de las disposiciones del segundo apartado del artículo 308 las tornan inexistentes.

Pese a cuanto se indica precedentemente, he consultado varias ediciones del Código Civil, aparecidas con las reformas introducidas por la ley 17711, en los cuales el recordado artículo 308 figura en sus dos apartados, impreso en el mismo carácter de letra con que lo fueron todos los artículos modificados por dicha ley, lo que induciría a creer que el mismo volviera a tener vigencia. Esas ediciones son: la de Víctor P. de Zavalía, año 1971; Abeledo - Perrot, año 1969; Librería Jurídica, La Plata, año 1972 y Depalma - Código Civil anotado año 1971, en todas las cuales se hace una llamada de que el segundo apartado del 308 ha quedado sin efecto por el artículo 3º de la ley 11357.

Induce a la creencia de que aquel artículo subsistió, al sancionarse por el Poder Legislativo el 30 de setiembre de 1975 la ley 21182, que además de modificar el artículo 264, derogaba el 308, ley que fue vetada por el Poder Ejecutivo Nacional por el decreto N° 3049 del 22 de octubre del mismo año.

En mérito de cuanto expongo, me formulo la siguiente pregunta: ¿Tiene vigencia o ha sido derogado el artículo 308 del Código Civil?

Al respecto dice Belluscio(2)(289): "El artículo 308 del Código Civil imponía la pérdida de la patria potestad a la viuda que contraía nuevas nupcias. Modificado este artículo por la ley 10903, su segundo párrafo limitó la pérdida al ejercicio, disponiendo la restitución en caso de enviudar"; y luego agrega que a partir de la ley 11357 y en virtud de su artículo 3º inciso 1º, la mujer casada conservó la patria potestad de los hijos del matrimonio anterior y su ejercicio.

Por su parte Acdeel Salas(3)(290), refiriéndose al mismo artículo, dice: "Madre binuba. - Desde la vigencia de la ley 11357 (artículo 3º, inciso 1º) la madre que contrae nuevas nupcias no pierde la patria potestad de los hijos del matrimonio anterior", citando al efecto el fallo de la Cámara Civil

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2ª del 30 de abril de 1928, publicado en Jurisprudencia Argentina, 27 - 584.

A su vez Borda(4)(291) expresa: "El Código Civil establecía la pérdida de la patria potestad para la madre viuda que contrajere nuevas nupcias (art. 308), disposición que hoy resulta anacrónica pero que se explicaba en aquella época por la situación de incapacidad y dependencia en que se encontraba la mujer casada. La ley 10903 modificó ligeramente esa disposición con el propósito de poner término a algunas cuestiones que su interpretación había suscitado en los fallos de los tribunales; en este caso, la pérdida se limitaría al ejercicio, que se recuperaba si enviudaba nuevamente (art. 308, 2º apartado). La ley 11357 terminó con este estado de cosas disponiendo que la mujer casada conserva la patria potestad de los hijos de un matrimonio anterior."

Debo aclarar que la ley 17711 derogó el artículo 3º de la ley 11357 y modificó el 1º, dándole la siguiente redacción: "La mujer casada mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil".

En una vista evacuada por el señor Asesor de Menores, en el juicio sucesorio de don Nicanor César Miguens, manifestó que el artículo 308 quedó derogado por las disposiciones del inciso 1º del artículo 3º de la ley 11357, y por el decreto - ley 9983/57 por el cual el Gobierno Nacional ratificó la Convención de Bogotá de 1948, por la que otorga a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre, y robusteció su opinión con el texto nuevo del artículo 1º de la ley 11357, en su actual redacción de la ley 17711. El Juzgado hizo lugar, en base a dicho dictamen, a una autorización que se solicitaba, facultando a la madre a suscribir una escritura de venta en nombre de sus hijos menores de un anterior matrimonio, a pesar de haber celebrado nuevas nupcias.

Quiero aclarar por mi parte que el artículo 3º de la ley 11357 invocado por el Asesor de Menores fue abrogado por el artículo 3º de la ley 17711.

No tengo conocimiento de que haya alguna otra resolución judicial sobre el tan discutido artículo, pero mi opinión es que no debe regir, en mérito a las siguientes consideraciones:

a) La capacidad es la aptitud legal para ejercitar un derecho, y un simple cambio del estado civil, no puede hacer que la persona que hasta ayer tuvo esa capacidad la pierda por ese hecho.

b) La mujer ha demostrado acabadamente que tiene plena capacidad para desempeñarse en todos los terrenos, por cuya causa debe serle reconocida.

c) Si el menor que se emancipa al contraer matrimonio, adquiere capacidad civil, con ciertas limitaciones en lo referente a cierta clase de bienes, y el artículo 133 del Código Civil asegura que esa emancipación es irrevocable, aun cuando el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de los esposos, tengan o no hijos, ¿qué razón puede invocarse para que la madre mayor de edad, por el simple hecho de contraer nuevas nupcias, que tuvo hasta ese momento capacidad, pierda su ejercicio?

d) El artículo 4046 establece que: "La capacidad civil de las personas es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

regida por las nuevas leyes, aunque abroguen o modifiquen las cualidades establecidas por las leyes anteriores; pero sólo para los actos y efectos posteriores, sin que la nueva ley pueda invalidar o alterar lo que se hubiese hecho en virtud de la capacidad que tenían las personas por las leyes anteriores, ni los efectos producidos bajo el imperio de la antigua ley." Si las posteriores leyes derogaron la segunda parte del artículo 308, y ninguna ley le volvió a acordar vigencia, considero que la capacidad civil que la mujer casada tuvo, y que le reconoce la nueva redacción del artículo 1º de la ley 11357, hace que la mujer conserve el ejercicio de la patria potestad, cualquiera sea su estado civil.

Referente a la interpretación de la ley, Borda(5)(292) dice: "Los órganos de aplicación de la ley son los jueces; a ellos les toca velar por su cumplimiento y cuidar que las relaciones humanas se desenvuelvan en concordancia con las normas del derecho positivo". Más adelante expresa: "Interpretar la ley es, por consiguiente, establecer su recto sentido en relación al caso dado.... En definitiva la ley es lo que los jueces dicen que es. . . . La primera regla interpretativa es que el juez debe atenerse al texto de la ley, considerando el lenguaje técnico - jurídico. Por texto de la ley debe entenderse no sólo la letra, sino también su espíritu."

En nuestro caso, ¿cuál sería el texto de una ley que tantas modificaciones sufrió? Entiendo que si no existe una norma legal expresa, sería de aplicación lo que establece el artículo 16 del Código Civil, que reza: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración la circunstancia del caso." Y el 15 dice: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes".

Ante una pregunta que le formulara, en lo que concierne al caso, al jurista doctor Carlos A. Pelosi, éste planteó la siguiente situación: "Al derogarse el artículo 3º de la ley 11357 por la ley 17711, se crea este interrogante: 1) ¿Vuelve a producir efecto el art. 3º de la ley 10903? A esto se puede objetar que si la norma quedó derogada, no puede tener nuevamente vigencia sin un texto expreso que así lo declare. 2) La otra alternativa es que renace el vigor de la norma derogada por la ley 11357, porque se considera que no existe, o mejor dicho, que no ha existido ésta. Pero adviértase que también la ley 10903 había quedado derogada, y entonces el texto que viene a quedar vigente es el originario del art. 308, segundo párrafo, del Código Civil. Esta conclusión estaría corroborada por el art. 2º de la ley vetada 21182 que deroga esa disposición, lo cual demuestra que para el legislador, la norma vigente es la del art. 308, segundo párrafo, del Código Civil".

Todo cuanto se dice anteriormente demuestra cuán juiciosas son las palabras del doctor Aquiles Guaglianone, aparecidas en una colaboración publicada por "La Nación" del 19 de noviembre de 1976,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

intitulada Sobre la abundancia de las leyes. De entre otras frases entresaco y transcribo las siguientes: "Medítese acerca de que todas esas leyes materiales, cuya obligatoriedad no puede ser discutida dentro del ámbito constitucional y territorial, se multiplican cada vez en grado mayor por el aumento incesante y acelerado que va asumiendo el Estado, de ordinario por necesidad y para atender a servicios públicos, urgencias sociales, protección de clases desvalidas y nuevas circunstancias de la vida de la población, relacionadas con los cambios científicos y técnicos que, con velocidad también acelerada, influyen sobre las relaciones humanas."

"Medítese acerca de que toda ley, luego de su emisión es susceptible de reformas sucesivas que la oscurecen, a menos que se la reestructure en términos que permitan saber cuál es el texto vigente en un momento dado; o es derogada total o parcialmente o resucitada en su redacción original o modernizada; sin hablar de las derogaciones tácitas por incompatibilidad con otras normas posteriores o simplemente por olvido o desuso. Medítese acerca de que las leyes extranjeras, en señalados supuestos, pueden cobrar vigencia en la República, por razones propias del derecho internacional. Y medítese, en fin, acerca de que todas las leyes, por sencillas que sean en su redacción o formulación, deben ser interpretadas para que puedan entrar en vigencia; en otras palabras, es indispensable que alguien declare qué quieren decir, lo cual resultará del examen a que las someten las autoridades de aplicación o los tribunales administrativos y judiciales; ese examen abre la posibilidad de decisiones contradictorias, que de hecho significan multiplicar los textos, uno para el individuo a quien alcanza una decisión, y otro para el que es alcanzado por la adversa."

"Obsérvese que los aparatos productores de leyes actúan constantemente; a veces no descansan ni en los días inhábiles. Porque los gobernantes en sentido lato, experimentan la sensación de que todo hecho social, de cualquier tipo, que entra en los marcos de su competencia decisoria, debe ser regulado, solucionado, paralizado, destruido, repelido, sancionado, etc., por una nueva norma o por la reforma o abrogación de otra existente, o repitiendo decisiones anteriores que se van convirtiendo así en reglas generales o leyes anormales, o aplicando por analogía viejos preceptos a situaciones novedosas (con lo cual se amplía el objeto de aquéllos). A veces esa sensación se transforma en una suerte de furor legislativo; se quiere confeccionar leyes como artículos de consumo en una fábrica, cada vez con mayor ritmo, como si la cifra de normas creadas estuviese en relación directa con la eficacia del funcionario... Así se ha dado a luz un monstruo; un monstruo que crece y crece, y que, al oscurecer el panorama jurídico de la Nación, pone en peligro la seguridad de los derechos individuales y trastoca el equilibrio de la sociedad por la falta de permanencia de las normas que la regulan. Porque es evidente que ningún hombre sabe en forma cabal qué le es permitido y qué le está prohibido, y los grupos sociales ignoran cuál es, con precisión, su estructura, y dónde están

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

colocados los límites de su acción. . . "

"La desprotección del hombre común y aun del letrado ante la complejidad de las leyes, es cosa clara y definitiva. Importa, pues, decidir cómo debe abordarse este problema de la multiplicación acelerada de normas generales y particulares; cómo detener - supuesto que sea conveniente hacerlo - el afán legislativo, y consiguientemente paralizar la acción destructora del monstruo. . . "

"De todos modos, las perspectivas para los años próximos no son halagüeñas. El mundo seguirá creciendo en población y en normas, con una doble previsión malthusiana, y si no nos apresuramos a solucionar el problema que el afán legislativo suscita, la multiplicación de los hombres y leyes estallará en asfixia y desobediencia. O tal vez no."

CONCLUSIÓN

El segundo apartado del art. 308 del Código Civil ha sido derogado por una ley posterior y no fue reemplazado por ninguna otra norma similar. Por tanto, actualmente es inexistente.